Evaluatie Wet bestuur en toezicht

Instituut voor Ondernemingsrecht
Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen

Institute for Governance and Organizational Responsibility
Faculteit Economie en Bedrijfskunde, Rijksuniversiteit Groningen

Prof. mr. H.E. Boschma
Prof. mr. M.L. Lennarts
Prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra
Dr. K. van Veen

Kenmerk WODC: 2730

Oktober 2017

INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT

Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv

KENMERK WODC: 2730

Rapport aan het WODC uitgebracht door:
Instituut voor Ondernemingsrecht
Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen

Institute for Governance and Organizational Responsibility
Faculteit Economie en Bedrijfskunde, Rijksuniversiteit Groningen

Groningen, oktober 2017

Begeleidingscommissie:
Voorzitter: Prof. mr. L. Timmerman, Hoge Raad der Nederlanden

Leden:
Dr. K. van Aeken, Tilburg University
Prof. mr. B. Bier, Nyenrode Business Universiteit
Mr. E.C. van Ginkel, opgevolgd door Dr. F.W. Beijaard, WODC
Drs. N.E.J. Kuyper, Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
Mr. dr. M. Meinema, Ministerie van Veiligheid en Justitie/DWJZ

Onderzoeksteam:
Overkoepelend projectleider: Prof. mr. H.E. Boschma

Onderzoekers:
Prof. mr. H.E. Boschma, projectleider deelonderzoek I
Prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, projectleider deelonderzoek II
Dr. K. van Veen, deelonderzoek II
Prof. mr. M.L. Lennarts, projectleider deelonderzoek III

© 2017 Wetenschappelijk onderzoek- en Documentatiecentrum. Auteursrechten voorbehouden.

Niets uit dit rapport mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm, digitale verwerking of anderszins, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het WODC.

Voorwoord

In september 2016 verleende het WODC opdracht aan de Rijksuniversiteit Groningen om wetenschappelijk onderzoek te verrichten naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv die op 1 januari 2013 in werking is getreden. Voormeld evaluatieonderzoek is door ondergetekenden uitgevoerd in de periode van 15 september 2016 tot 1 september 2017 en spitst zich met name toe op een drietal onderwerpen: (1) het monistische bestuursmodel, (2) de limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen en (3) het streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen. Hiertoe is het evaluatieonderzoek in drie deelonderzoeken opgesplitst, waarvan in dit rapport per deelonderzoek verslag wordt gedaan.

Bij het verrichten van dit evaluatieonderzoek konden wij rekenen op de medewerking van een groot aantal personen en instanties.
Allereerst de vanuit het WODC ingestelde begeleidingscommissie, die wij bedanken voor het steeds kritisch doorlezen van de onderzoekrapportages en de constructieve besprekingen.
Daarnaast gaat grote dank uit naar Edou Ritsma van de Kamer van Koophandel voor het aanleveren van gegevens uit het handelsregister en voor zijn aanhoudende bereidheid om vragen die in dat verband rezen, te beantwoorden. Ook andere instanties zoals de AFM, Eumedion, Houthoff Buruma, Van Doorne en de NVP waren bereid om ons van informatie te voorzien.
De kwalitatieve analyses in de drie deelonderzoeken hadden niet kunnen worden verricht zonder de medewerking van de geïnterviewde personen. Veel dank zijn wij verschuldigd aan alle personen die wij mochten interviewen en aan de kantoren CMS Derks Star Busmann, Houthoff Buruma en Van Doorne die op ons verzoek bij hen bekende monistische vennootschappen benaderden.

Tot slot een woord van dank aan een aantal Groningse collega's. Allereerst Jan Berend Wezeman voor het meeschrijven aan de offerte en voor het meedenken gedurende het onderzoek. Ella Gepken-Jager en Frank Veenstra voor het door hen verrichte rechtspraak- en literatuuronderzoek in het kader van deelonderzoek I. Student Nicolet Drenth voor haar hulp bij het in kaart brengen van de parlementaire geschiedenis van de voor deelonderzoek I relevante wetsartikelen. Voor deelonderzoek II bedanken we Peter van der Meer voor zijn substantiële bijdrage aan de kwantitatieve data-analyse en het vervaardigen van de tabellen. Studenten Marieke de Zwaan en Sander de Raad voor hun snelle en noodzakelijke hulp bij het verder coderen en opzoeken van ontbrekende informatie.

Ook bedanken we Tineke Kooijenga voor de Engelse vertaling van de samenvatting en Ina Mennega voor haar ondersteuning bij de redactionele vormgeving van het rapport.

Het rapport verschijnt tevens als boek in de Serie uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht bij uitgeverij Wolters Kluwer.

Groningen, oktober 2017

Instituut voor Ondernemingsrecht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, RUG

Hylda Boschma
Loes Lennarts
Hanny Schutte-Veenstra

Institute for Governance and Organizational Responsibility, Faculteit Economie en Bedrijfskunde, RUG

Kees van Veen

Korte inhoudsopgave

Afkortingen- en begrippenlijst v

Inleiding ix

Deelonderzoek I: het monistische bestuursmodel, taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid, tegenstrijdig belang bestuurders en commissarissen 1

Hoofdstuk 1 Inleiding 9
Hoofdstuk 2 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen 14
Hoofdstuk 3 Het monistische bestuursmodel in de praktijk 39
Hoofdstuk 4 De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk 100
Hoofdstuk 5 De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk 114
Hoofdstuk 6 Deelonderzoek I: conclusies en aanbevelingen 133

Bijlagen 146

Deelonderzoek II: limitering aantal toezichthoudende functies bij grote NV's, BVs en commerciële/semipublieke stichtingen

Hoofdstuk 1 Inleiding 171
Hoofdstuk 2 Parlementaire geschiedenis limiteringsregeling Boek 2 BW 177
Hoofdstuk 3 Inhoud en betekenis limiteringsregeling Boek 2 BW 233
Hoofdstuk 4 Het grootte-criterium 243
Hoofdstuk 5 Sectorale limiteringsregelingen 257
Hoofdstuk 6 Wettelijke regeling versus 'pas-toe-of-leg-uit' 274
Hoofdstuk 7 De effecten van de limiteringsregeling in de praktijk: een kwantitatieve en kwalitatieve analyse 305
Hoofdstuk 8 Deelonderzoek II: conclusies en aanbevelingen 356

Bijlagen 386

Deelonderzoek III: streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen

Hoofdstuk 1 Inleiding 401
Hoofdstuk 2 Parlementaire geschiedenis streefcijferregeling Boek 2 BW 402
Hoofdstuk 3 Inhoud en betekenis streefcijferregeling Boek 2 BW 418
Hoofdstuk 4 Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 432
Hoofdstuk 5 Regelingen ter bevordering van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de top van bedrijven in België, Duitsland, Frankrijk en Italië en het voorstel voor een Europese streefcijferrichtlijn 441
Hoofdstuk 6 De streefcijferregeling van Boek 2 BW in de praktijk: kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen 487
Hoofdstuk 7 Deelonderzoek III: conclusies en aanbevelingen 522

Bijlagen 546

Samenvatting 553

Summary 581

Afkortingen- en begrippenlijst

Aedes	De landelijke branchevereniging van woningcorporaties in Nederland
AG	Aktiengesellschaft
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AktG	Aktiengesetz
AMvB	Algemene Maatregel van Bestuur
AV	Algemene vergadering
AWGB	Algemene wet gelijke behandeling
BAVA	Buitengewone aandeelhoudersvergadering
Bpb	Best practice bepaling (opgenomen in de Nederlandse Corporate Governance Code)
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BZT	Bestuur zonder toezicht; bestuursstructuur waarbij slechts een bestuursorgaan is ingesteld (waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders) en een toezichthoudend orgaan ontbreekt
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CEO	Chief executive officer
CFSA	Consolidated Financial Services Act
CFO	Chief financial officer
CGB	Commissie gelijke behandeling
Commerciële stichting	Een stichting die een of meer ondernemingen in stand houdt en daarom behoort tot het bedrijfsleven
Consob	Commissione Nazionale per le società e la Borsa
COR	Centrale ondernemingsraad
CRD	Capital Requirements Directive
CRM	College voor de Rechten van de Mens
CSEP	Conseil Supérieur de l'Égalité Professionelle
DNB	De Nederlandsche Bank
ECB	Europese Centrale Bank
EER	Europees Economische Ruimte
EFRAG	European Financial Reporting Advisory Group
EIGE	European Institute for Gender Equality
eG	Eingetragene Genossenschaft, te vergelijken met de coöperatie
EU	Europese Unie
Eumedion	Onafhankelijke stichting die de belangen behartigt van de bij haar aangesloten institutionele beleggers op het gebied van corporate governance en duurzaamheid
ExCo	Executive Committee
FD	Het Financieele Dagblad

FidAR	Frauen in die Aufsichtsräte
FüPoG	Gesetz über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst
GCV	Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRI	Global Reporting Initiative
HCEfh	Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes
HGB	Handelsgesetzbuch
HR	Hoge Raad
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IASB	International Accounting Standard Board
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
IZG	Inspectie voor de Gezondheidszorg
KGaA	Kommanditgesellschaften auf Aktien
KLM	Koninklijke Luchtvaart Maatschappij
KvK	Kamer van Koophandel
Limiteringsregeling	Regeling die het aantal toezichtfuncties per persoon en per bestuurder beperkt bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen (art. 2:132a/242a, 2:142a/252a, 2:297a en 2:297b BW)
MIFID	Markets in Financial Instruments Directive
MNO	Multinationale Ondernemingsradenoverleg
NBA	Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants
NCD	Nederlandse vereniging van Commissarissen en Directeuren
NCGC	Nederlandse Corporate Governance Code
NJB	Nederlands Juristen Blad
NMBS	Nationale Maatschappij Belgische Spoorwegen
nub	Niet-uitvoerende bestuurder
NV	Naamloze vennootschap
NVP	Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OK	Ondernemingskamer
OR	Ondernemingsraad
OTB	One-tier board; bestuursstructuur waarbij slechts één bestuursorgaan is ingesteld waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders
OWM	Onderlinge waarborgmaatschappij
PbEU	Publicatieblad Europese Unie
PE	Private Equity
RvB	Raad van Bestuur
RvC	Raad van Commissarissen

RvT	Raad van Toezicht
SA	Société anonyme
SAS	Société par actions simplifiée
SCA	Société en commandite par actions
SBI-code	Standaard Bedrijfsindeling 2008 opgesteld door het CBS
SBF	Société des Bourses Francaises
SCE	Europese coöperatieve vennootschap (Societas Cooperativa Europaea)
SE	Europese naamloze vennootschap (Societas Europaea)
Semipublieke stichting	Een stichting die mede een publiek belang dient en veelal wordt gefinancierd – geheel of gedeeltelijk – uit publieke middelen (woningcorporaties, pensioenfondsen, zorg- en onderwijsinstellingen)
SE-statuut	De op 8 oktober 2001 door de Raad van de Europese Unievastgestelde Verordening nr. 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Structuurvennootschap	De NV of BV die aan bepaalde grootte-criteria voldoet (een geplaatst kapitaal plus reserves van ten minste € 16 miljoen, ten minste 100 werknemers en een verplicht ingestelde ondernemingsraad; art. 2:153/2:263 BW)
TAO	Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TTB	Two-tier board; bestuursstructuur waarbij personen met een bestuurstaak en personen met een toezichthoudende taak in afzonderlijke organen zijn verenigd
TvJ	Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht
ub	Uitvoerende bestuurder in een OTB
VK	Verenigd Koninkrijk
V&O	Vennoot en Onderneming
VNO-NCW	Verbond van Nederlandse Ondernemers en het Nederlands Christelijk Werkgeversverbond
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, te vergelijken met de onderlinge waarborgmaatschappij
VTW	Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wft	Wet op het financieel toezicht
WGB	Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WOR	Wet op de ondernemingsraden
W.Venn	Wetboek van Vennootschappen
WTZI	Wet toelating zorginstellingen
zzp	Zelfstandige zonder personeel

Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv in werking getreden. Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer heeft de Minister van Veiligheid en Justitie toegezegd dat de wet inclusief de amendementen na drie jaar zal worden geëvalueerd.[1] Aanleiding voor de evaluatie was met name de beperking van het door één persoon uit te oefenen aantal toezichtfuncties bij NV's, BV's en stichtingen, dat bij amendement in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is opgenomen. Op verzoek van het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft het WODC aan de Rijksuniversiteit Groningen – in het bijzonder het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen/Rotterdam (IVO) en het institute for Governance and Organizational Responsibility (iGOR) – de opdracht verleend het evaluatieonderzoek naar 'De werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet bestuur en toezicht' uit te voeren. Het onderzoek is uitgevoerd in de periode van 15 september 2016 tot 1 september 2017.

De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft ten aanzien van uiteenlopende onderwerpen geleid tot invoering van nieuwe wettelijke bepalingen alsmede tot wijziging van bestaande wettelijke bepalingen. Onderhavig evaluatieonderzoek spitst zich met name toe op een drietal onderwerpen:

(I) het monistische bestuursmodel;
(II) limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders;
(III) streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen.

Hiertoe is het evaluatieonderzoek in drie deelonderzoeken opgesplitst, waarvan in dit rapport per deelonderzoek verslag wordt gedaan. Per deelonderzoek worden de door het WODC gestelde onderzoeksvragen vermeld alsmede de methoden en technieken die zijn aangewend om deze te beantwoorden. In deze inleiding volstaan wij met een korte beschrijving van de (deel)onderwerpen die in de verschillende deelonderzoeken aan bod komen.

1.2 Deelonderzoek I: het monistische bestuursmodel

In deelonderzoek I ligt het accent op het monistische bestuursmodel waarbij het bestuur van een NV of BV wordt gevormd door uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Onder het oude recht was een monistisch bestuursmodel toegestaan, maar een nadere wettelijke regeling ontbrak. De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft

[1] Handelingen EK 2010/2011, nr. 28/4.

deze lacune opgevuld door een wettelijke grondslag en regeling te creëren voor het monistische bestuursmodel. De relevante wetsartikelen in dit verband zijn: art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW. Onderzocht wordt hoe de parlementaire geschiedenis luidde en welke de veronderstelde werking van deze wetsartikelen was. Vervolgens is de centrale vraag: hoe is de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, stemmen deze overeen met de wetstheorie en worden de beoogde doelstellingen bereikt?

Naast het monistische bestuursmodel wordt in deelonderzoek I aandacht besteed aan een tweetal andere belangrijke wijzigingen die de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft bewerkstelligd. Deze zijn relevant voor alle BV's en NV's, ongeacht het door deze rechtspersonen gehanteerde bestuursmodel, en behelzen:
(i) een gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid[2];
(ii) een nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW.
De centrale vraag luidt hier: hoe is de toepassing van deze wetsartikelen in de jurisprudentie geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016? Zijn er knelpunten in de praktijk?

1.3 Deelonderzoek II: limitering toezichtfuncties

De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft een limiteringsregeling voor toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en stichtingen geïntroduceerd: art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW. De limiteringsregeling behelst een maximering van het aantal toezichtfuncties dat mag worden gehouden door (uitvoerende en niet-uitvoerende) bestuurders en commissarissen/toezichthouders. De regeling houdt in dat (i) een (uitvoerende) bestuurder slechts twee toezichtfuncties mag vervullen en geen voorzitter van een toezichthoudend orgaan mag zijn, en dat (ii) één persoon maximaal vijf toezichtfuncties mag uitoefenen, waarbij het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt.
Het toepassingsgebied van de limiteringsregeling is beperkt tot NV's, BV's en stichtingen. Verder is van belang dat deze rechtspersonen aan de kwalificatie 'groot' als bedoeld in het jaarrekeningenrecht (art. 2:397 lid 1 en 2 BW) dienen te voldoen. Voor stichtingen geldt de aanvullende voorwaarde van een wettelijke verplichting tot het opmaken van een jaarrekening of een gelijkwaardige financiële verantwoording. Vandaar dat slechts commerciële en semipublieke stichtingen onder de limiteringsregeling vallen.
Drie doelen werden met de limiteringsregeling nagestreefd, te weten het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote entiteiten, het voorkomen van

[2] Volledigheidshalve zij opgemerkt dat art. 2:9 BW niet alleen geldt voor NV's en BV's, maar voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen.

belangenverstrengeling en het leveren van een bijdrage aan het doorbreken van het zogenoemde ‘old boys network’.
Het gaat bij deelonderzoek II om een onderzoek naar de achtergrond, de effectiviteit en mogelijke neveneffecten van de voorgeschreven limitering van het aantal door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties. Meer specifiek maken de volgende onderwerpen deel uit van het onderzoek: de inhoud en betekenis van de limiteringsregeling, de beperking tot grote NV’s, BV’s en commerciële/semipublieke stichtingen, de voor- en nadelen van het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen, de verschillen tussen een wettelijke limiteringsregeling en een ‘pas-toe-of-leg-uit’ bepaling en de werking en effectiviteit van de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling.
De centrale onderzoeksvraag luidt in hoeverre met de limiteringsregeling de door de wetgever gestelde doeleinden zijn bereikt.

1.4 Deelonderzoek III: de streefcijferregeling

Als onderdeel van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is tevens een regeling ingevoerd die inhoudt dat bij grote NV's en BV's gestreefd dient te worden naar een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen over mannen en vrouwen: art. 2:166 en 2:276 BW. Deze regeling berust op een amendement van de Tweede Kamerleden Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers. Van een evenwichtige verdeling is sprake indien ten minste 30% van de hiervoor bedoelde zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen. Ter bepaling of een NV of BV 'groot' is geldt hetzelfde criterium als geldt voor toepassing van de limiteringsregeling. Een verschil is dat het streefcijfer niet van toepassing is op commerciële/semipublieke stichtingen. Aan niet-naleving van de streefcijferregeling is geen harde sanctie verbonden. Wel geldt voor 'grote' NV's en BV's die (nog) niet aan het streefcijfer voldoen dat zij hiervoor een uitleg moeten geven in het bestuursverslag.
De streefcijferregeling bevatte een zogenoemde horizonbepaling, op grond waarvan de regeling op 1 januari 2016 van rechtswege is vervallen. Omdat de doelstelling van de streefcijferregeling niet is bereikt heeft de wetgever besloten tot verlenging. De wet waarbij de streefcijferregeling is verlengd tot 1 januari 2020 is op 13 april 2017 in werking getreden.
In deelonderzoek III wordt onderzocht welke doelstelling met de streefcijferregeling werd nagestreefd, in hoeverre die doelstelling is behaald en tot welke onduidelijkheden en knelpunten de streefcijferregeling aanleiding geeft. Tevens wordt onderzocht hoe men in het buitenland via wettelijke regelingen een evenwichtige verdeling van de zetels in besturen en toezichthoudende organen beoogt te bereiken. Daarbij wordt nagegaan voor welke rechtspersonen en functies deze regelingen gelden, welke sancties worden gehanteerd om de naleving van de regelingen te bevorderen en hoe effectief de regelingen zijn. Op basis van de informatie verkregen door het rechtsvergelijkende

onderzoek en informatie verkregen door expertinterviews wordt nagegaan hoe de effectiviteit en de naleving van de streefcijferregeling zou kunnen worden vergroot.

Deelonderzoek I

Het monistische bestuursmodel

Taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid

Tegenstrijdig belang bestuurders en commissarissen

Projectleider: prof. mr. Hylda E. Boschma

Inhoudsopgave deelonderzoek I

Hoofdstuk 1. Inleiding 9

1.1 Onderzoeksthema's en probleemstelling 9

1.2 Onderzoeksvragen 10

1.3 Onderzoeksmethoden 11

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen 14

2.1 Inleiding 14

2.2 Het monistische bestuursmodel (onderzoeksvraag 1) 14

2.2.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129a /2:239a BW 14

2.2.2 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:132 /2:242 lid 1 BW 21

2.2.3 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:134/2:244 lid 1 BW 22

2.2.4 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:164a/2:274a BW 22

2.2.5 Parlementaire geschiedenis inzake het in evenwicht houden van de verschillende bij de vennootschap betrokken belangen, zoals die van de aandeelhouders, de klanten en de werknemers (onderzoeksvraag 2) 24

2.2.6 Het Rijnlandse *stakeholders* model en de verhouding tot het monistische bestuursmodel (onderzoeksvraag 3) 25

2.2.6.1 Wat houdt het Rijnlandse stakeholders model in? 25

2.2.6.2 De veronderstelde verhouding van het monistische bestuursmodel tot het Rijnlandse stakeholders model 26

2.3 Taakverdeling en aansprakelijkheid van bestuurders (onderzoeksvraag 1) 26

2.3.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:9 BW 26

2.4 Belang van de vennootschap als richtsnoer voor bestuurders (onderzoeksvraag 1) 29

2.4.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129/2:239 lid 5 BW 29

2.5 Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (onderzoeksvraag 1) 30

2.5.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129/2:239 lid 6 BW 30

2.5.2 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:140/2:250 lid 5 BW 33
2.6 Bindende voordracht (onderzoeksvraag 1) 34
2.6.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:133 BW 34
2.7 Overeenkomst met bestuurder beursgenoteerde vennootschap is geen arbeidsovereenkomst (onderzoeksvraag 1) 35
2.7.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:132 lid 3 BW 35
2.8 De veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetsartikelen/wetswijzigingen in verband met elkaar (onderzoeksvraag 1) 36
Hoofdstuk 3. Het monistische bestuursmodel in de praktijk 39
3.1 Inleiding 39
3.2 Toepassing en inrichting van het monistische bestuursmodel in de praktijk; kwantitatieve data KvK (onderzoeksvraag 4) 40
3.2.1 Inleiding 40
3.2.2 Het aantal NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel (onderzoeksvraag 5) 41
3.2.3 Nadere typering van NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel 41
3.2.3.1 Kwalificatie volgens de jaarrekeningcriteria: micro, klein, middelgroot of groot 41
3.2.3.2 Toepasselijkheid structuurregime 42
3.2.3.3 Aantal werknemers 43
3.2.3.4 Soort activiteit 43
3.2.3.5 Concernrelaties 45
3.2.4 Omvang en samenstelling van het bestuur 45
3.2.5 Eenpersoons-NV's/BV's 48
3.2.6 Intermezzo - beursvennootschappen met een monistisch bestuursmodel 49
3.2.6.1 Wet- en regelgeving 49
3.2.6.2 Aantal monistische beursvennootschappen 51
3.2.6.3 Aantal ub's en aantal nub's in monistische beursvennootschappen 52
3.2.7 Intermezzo - SE's met een monistisch bestuursmodel 52
3.2.7.1 Wet- en regelgeving 52
3.2.7.2 Aantal monistische SE's 53
3.2.7.3 SE's vallen buiten reikwijdte evaluatieonderzoek monistische bestuursmodel 53
3.2.8 Intermezzo - bestuursmodellen: bestuur mét en zonder toezicht 53

3.3 Toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk; kwalitatieve bevindingen interviews (onderzoeksvraag 4) **54**

3.3.1 Werkwijze interviews; procesmatig **54**

3.3.1.1 Selectiecriteria vennootschappen en te interviewen personen *55*

3.3.1.2 Geselecteerde vennootschappen en de geïnterviewde personen *56*

3.3.1.3 Werkwijze afname interviews *57*

3.3.1.4 Vragenlijst *57*

3.3.2 Inhoudelijke bevindingen interviews; inhoudsmatig **58**

3.3.3 Keuze voor het monistische bestuursmodel **58**

3.3.4 Omvang en samenstelling van het monistische bestuur **61**

3.3.4.1 Ten tijde van en na de implementatie van de one-tier board *61*

3.3.4.2 Omvang en samenstelling van het bestuur (ub's en nub's, gender, nationaliteit) *63*

3.3.4.3 Vacatures *63*

3.3.5 Functioneren monistisch bestuur/niet-uitvoerende bestuurders **64**

3.3.5.1 Inrichting monistisch bestuursmodel *64*

3.3.5.2 Taakverdeling, besluitvorming en vertegenwoordiging *64*

3.3.5.3 De voorzitter van de one-tier board *70*

3.3.5.4 Beloning nub's *72*

3.3.5.5 Veronderstelde voordelen/meerwaarde monistisch bestuur *72*

3.3.6 Beoordeling/waardering van het monistische bestuursmodel **75**

3.3.7 Aanbevelingen geïnterviewden **75**

3.4 Monistische vennootschappen in de rechtspraak **76**

3.4.1 Rechtspraakonderzoek **76**

3.4.2 Beoordeling **81**

3.5 Onderzoeksvraag 6: werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie? **81**

3.5.1 Inleiding **81**

3.5.2 Keuze voor het monistische bestuursmodel **81**

3.5.2.1 Veronderstelling: monistische bestuursmodel voorziet in behoefte en vergroot bruikbaarheid van de NV en de BV *81*

3.5.2.2 Veronderstelling: monistische bestuursmodel voorziet in behoefte bij structuurvennootschappen *82*

3.5.2.3 Veronderstelling: geen integrale vervanging dualistische model door monistische model *82*

3.5.2.4 Veronderstelling: redenen voor de keuze van een monistisch bestuursmodel *83*

3.5.3 Samenstelling en functioneren van het monistische bestuur 85

3.5.3.1 Veronderstelling: in de praktijk overtreft het aantal nub's vaak het aantal ub's en kunnen nub's hierdoor bestuursbesluiten tegenhouden 85

3.5.3.2 Veronderstelling: besluitvormingsfaciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk..... 87

3.5.3.3 Veronderstelling: de voorzitter van het bestuur is een nub 87

3.5.3.4 Veronderstelling: de bestuursvoorzitter is het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten..... 89

3.5.3.5 Veronderstelling: een variabele beloningscomponent voor toezichthouders in een monistisch bestuursmodel ligt niet voor de hand 89

3.5.3.6 Veronderstelling: de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel bevat voldoende waarborgen voor een goede balans tussen bestuur en toezicht 89

3.5.4 Veronderstelde voordelen monistische bestuursmodel 90

3.5.5 Conclusie bij onderzoeksvraag 6..... 90

3.6 Onderzoeksvraag 7: worden de door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv beoogde doelen behaald? 90

3.7 Onderzoeksvraag 8: zijn er neveneffecten, en zo ja, welke? 91

3.8 Onderzoeksvraag 9: wat betekenen de bevindingen voor de werking van het Rijnlandse *stakeholders* model in Nederland?..... 92

3.9 Conclusies en aanbevelingen (onderzoeksvragen 1-9) 93

3.9.1 Zijn de doelen behaald die met de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werden beoogd? (onderzoeksvragen 1 en 7) 93

3.9.2 De werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, aantal monistische NV's en BV's, neveneffecten (onderzoeksvragen 4, 5 en 8) 94

3.9.3 Werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie? (onderzoeksvragen 1-3, 6 en 9)..... 96

Hoofdstuk 4. De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk..... 100

4.1 Toepassing in de rechtspraak..... 100

4.1.1 Onderzoeksperiode en –methode..... 100

4.1.2 Procedurele onderzoeksbevindingen..... 100

4.2 Materiële onderzoeksbevindingen 101

4.2.1 Inleiding..... 101

4.2.2 Toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf..... 102

4.2.3 Werkkring (art. 2:9 oud) versus taakverdeling (art. 2:9 lid 1 BW)..... 103

4.2.4 Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW)..... 105

4.2.5 Art. 2:9 BW en niet-uitvoerende bestuurders 105
4.2.6 Overgangsrecht 105
4.2.7 Geldt de klachtplicht van art. 6:89 BW wel of niet voor art. 2:9 BW? 106
4.3 Beoordeling 107
4.4 In de vakliteratuur gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten 108
4.5 Conclusies en aanbevelingen (onderzoeksvraag 10) 111
Hoofdstuk 5. De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk 114
5.1 Toepassing in de rechtspraak 114
5.1.1 Onderzoeksperiode en -methode 114
5.1.2 Onderzoeksbevindingen 114
5.1.3 Beoordeling 116
5.2 In de vakliteratuur gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten 118
5.3 Conclusies en aanbevelingen (onderzoeksvraag 11) 128
5.3.1 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraak 128
5.3.2 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraktijk; gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten 130
5.3.3 Beoordeling gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten 130
Hoofdstuk 6. Deelonderzoek I: conclusies en aanbevelingen 133
6.1 Inleiding 133
6.2 Het monistische bestuursmodel in de praktijk (onderzoeksvragen 1-9) 133
6.2.1 Zijn de doelen behaald die met de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werden beoogd? (onderzoeksvragen 1 en 7) 133
6.2.2 De werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, aantal monistische NV's en BV's, neveneffecten (onderzoeksvragen 4, 5 en 8) 135
6.2.3 Werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie? (onderzoeksvragen 1-3, 6 en 9) 136
6.3 De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk (onderzoeksvraag 10) 140
6.4 De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk (onderzoeksvraag 11) 141
6.4.1 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraak 141
6.4.2 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraktijk; gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten 143
6.4.3 Beoordeling gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten 144

Bijlage 1: Verzoek om informatie aan Kamer van Koophandel d.d. 15 december 2016 in het kader van het WODC-onderzoek Evaluatie Wet bestuur en toezicht 146

Bijlage 2: Vragenlijst voor interviews vennootschappen met een monistisch bestuursmodel 150

Bijlage 3: Rechtspraakoverzicht art. 2:9 BW; ernstig verwijt 154

Bijlage 4: Literatuurlijst bij deelonderzoek I 157

Bijlage 5: Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek I..... 161

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Onderzoeksthema's en probleemstelling

In deelonderzoek I ligt het accent op het monistische bestuursmodel waarbij het bestuur van een NV of BV wordt gevormd door één of meer uitvoerende bestuurders en één of meer toezichthoudende, niet-uitvoerende bestuurders. In het monistische bestuursmodel zijn bestuur en toezicht in één bestuursorgaan verenigd. Onder het oude recht was een monistisch bestuursmodel weliswaar toegestaan, maar een nadere wettelijke regeling ontbrak. Het dualistische bestuursmodel waarin bestuur en toezicht zijn ondergebracht in twee afzonderlijke organen, te weten het bestuur en de RvC, was wel wettelijk geregeld. De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft deze lacune opgevuld door voor de NV en de BV een wettelijke grondslag alsmede een wettelijke regeling te introduceren voor het monistische bestuursmodel.[1] De relevante wetsartikelen in dit verband zijn: art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW. Onderzocht wordt hoe de parlementaire geschiedenis luidde en welke de veronderstelde werking van deze wetsartikelen was. Vervolgens is de centrale vraag: hoe is de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, stemmen deze aspecten overeen met de wetstheorie en worden de beoogde doelstellingen bereikt?

Naast het monistische bestuursmodel wordt in deelonderzoek I aandacht besteed aan een tweetal andere belangrijke wijzigingen die de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft bewerkstelligd. Deze zijn relevant voor alle BV's en NV's, ongeacht het door deze rechtspersonen gehanteerde bestuursmodel, en behelzen:
(i) een gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid[2];
(ii) een nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW.
De centrale vraag luidt hier: hoe is de toepassing van deze wetsartikelen in de jurisprudentie geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016? Zijn er knelpunten in de praktijk?
In par. 1.2 zijn de onderzoeksvragen betreffende deelonderzoek I opgenomen zoals deze door het WODC zijn geformuleerd, waarna in par. 1.3 wordt aangegeven welke methoden

[1] Het op 13 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2) voorziet in art. 2:9a in een wettelijke grondslag alsmede een wettelijke regeling voor het monistische bestuursmodel voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen, dus ook voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Zie voor de wenselijkheid hiervan: H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector. Het Voorontwerp Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen nader belicht', *RM Themis* 2014-4, p. 162-164.
[2] Volledigheidshalve zij opgemerkt dat art. 2:9 BW niet alleen geldt voor NV's en BV's, maar voor alle Boek 2 BW-rechtspersonen.

zijn gehanteerd om tot een beantwoording hiervan te komen. Vervolgens wordt in par. 1.4 de onderzoeksopzet uiteengezet, waarbij voor elk onderzoeksthema wordt aangegeven welke methoden zijn ingezet om de respectieve onderzoeksvragen te beantwoorden.

1.2 Onderzoeksvragen

1. Hoe luidde de wetstheorie ten aanzien van art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW (monistisch bestuursmodel), art. 2:9 BW (aansprakelijkheid bestuurders), art. 2:129/2:239 lid 6/2:140/2:250 lid 5 BW (tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen), art. 2:133 lid 1 en 3 BW (bindende voordracht) en art. 2:132 lid 3 BW (overeenkomst met bestuurder beursgenoteerde vennootschap is geen arbeidsovereenkomst)? M.a.w. wat waren de expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van deze artikelen, afzonderlijk, maar ook in verband met elkaar?

2. Hoe luidde de wetstheorie specifiek t.a.v. het in evenwicht houden van de verschillende belangen: aandeelhouders, korte termijn belang versus het belang van de klanten en de werknemers?

3. Wat houdt het Rijnlandse *stakeholders* model in en hoe zou het monistische bestuursmodel zich verhouden tot het Rijnlandse *stakeholders* model volgens de wetstheorie?

4. Hoe is de werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk?

5. Hoeveel NV 's en BV's hebben gekozen voor het monistische bestuursmodel?

6. Werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie?

7. Worden de doelen uit de wetstheorie behaald?

8. Zijn er neveneffecten, en zo ja, welke?

9. Wat betekenen de bevindingen voor de werking van het Rijnlandse *stakeholders* model in Nederland?

10. Hoe is de toepassing in de jurisprudentie geweest van het gewijzigde art. 2:9 BW inzake de aansprakelijkheid van bestuurders? Zijn er knelpunten in de praktijk?

11. Hoe is de toepassing in de jurisprudentie geweest van het nieuwe art. 2:129/2:239 lid 6 BW en art. 2:140/2:250 lid 5 BW inzake tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen? Zijn er knelpunten in de praktijk?

1.3 Onderzoeksmethoden

Deelonderzoek I bevat een theoretisch en een empirisch gedeelte. De juridisch-theoretische methodologie bestaat uit een studie van de wetsgeschiedenis, regelgeving, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur. De empirische methodologie bestaat uit het verzamelen en analyseren van data en het houden van interviews.

1.4 Onderzoeksopzet en –methoden

Deelonderzoek I bestaat uit vijf hoofdstukken.
Hoofdstuk 1 bevat een weergave van de onderzoeksthema's en probleemstelling, de onderzoeksvragen alsmede de gehanteerde onderzoeksmethoden en -opzet.
In **hoofdstuk 2** worden de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen beschreven. Voorts wordt ingegaan op de verhouding van het monistische bestuursmodel tot het Rijnlandse *stakeholders* model. Met de bestudering en weergave van de *parlementaire geschiedenis* worden de **onderzoeksvragen 1-3** beantwoord. Ook wordt hiermee een basis gelegd voor een goed begrip van de onderzoeksthema's die in de latere hoofdstukken 3-5 aan bod komen.

In **hoofdstuk 3** staat de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk centraal. Hiermee is beoogd de **onderzoeksvragen 4-9** te beantwoorden. Hiertoe zijn de volgende methoden (al dan niet gecombineerd) ingezet:
1. Parlementaire geschiedenis. De parlementaire geschiedenis is bestudeerd om na te gaan welke expliciete en impliciete veronderstellingen ten grondslag lagen aan de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel en welke doelen de wetgever beoogde te bereiken. Dit is nodig voor de beantwoording van de **onderzoeksvragen 6 en 7**.

2. KvK-data. Bij de KvK is een veelheid van data opgevraagd en vervolgens geanalyseerd. Met behulp van deze data kan **onderzoeksvraag 5** naar het aantal NV's en BV's dat heeft gekozen voor het monistische bestuursmodel, worden beantwoord. Bovendien kan met deze data een nadere typering van deze monistische NV's en BV's worden gegeven, waaronder de kwalificatie volgens de jaarrekeningcriteria (micro, klein, middelgroot of groot), toepasselijkheid structuurregime, aantal werknemers, soort activiteit dat de NV/BV ontplooit, omvang en samenstelling van het monistische bestuur. Op deze wijze wordt inzicht verkregen welke typen van vennootschappen het monistische bestuursmodel toepassen en over de omvang en samenstelling van het monistische bestuur. Dit inzicht is nodig voor de beantwoording van de **onderzoeksvragen 4, 6 en 7**.

3. Interviews. Een aantal 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel is bevraagd over de keuze voor het monistische bestuursmodel, de wijze waarop dit model is ingericht en

functioneert in hun vennootschap alsmede naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neveneffecten). De interviews hebben plaatsgehad met de bestuurder of general counsel[3] van de vennootschap. Ook is gesproken met een notaris die geregeld betrokken is bij de (statutaire) vormgeving van een monistisch bestuursmodel bij vennootschappen. De interviews beogen bij te dragen aan de beantwoording van de **onderzoeksvragen 4, 6, 7 en 8**.

4. Websites. In verband met **onderzoeksvraag 4** zijn voor de selectie van te interviewen monistische vennootschappen met private equity investeerders en monistische familievennootschappen diverse websites van vennootschappen geraadpleegd alsmede de voor het publiek toegankelijke database van de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen.

5. Statutenonderzoek. In verband met de **onderzoeksvragen 4 en 5** is statutenonderzoek verricht. In de door de KvK verstrekte databestanden was bij een aantal vennootschappen de rubriek 'aantal niet uitvoerend bestuurders' en/of de rubriek 'aantal uitvoerend bestuurders' niet ingevuld. De statuten van deze vennootschappen zijn daarom door de KvK en/of de onderzoekers geraadpleegd om na te gaan of de vennootschap (nog) een monistisch bestuursmodel heeft.
Voorts heeft de onderzoeker die de interviews afnam de statuten van de betrokken vennootschappen geanalyseerd, voordat het interview met de bestuurder of general counsel plaatshad.

6. Jurisprudentieonderzoek. In verband met de **onderzoeksvragen 6, 8 en 9** is in de jurisprudentie nagegaan of hieruit blijkt van incidenten/bijzondere problematiek ten aanzien van vennootschappen met een monistisch bestuursmodel.

7. Juridische literatuurstudie. In verband met de **onderzoeksvragen 3, 4, 6 en 8** is literatuuronderzoek verricht.

In **hoofdstuk 4** wordt ingegaan op de gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid. Aan de hand van een *jurisprudentieonderzoek* wordt nagegaan hoe de toepassing van art 2:9 BW in de rechtspraak is geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016. In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is ook een *juridische literatuurstudie* verricht, omdat daaruit knelpunten naar voren kunnen komen die nog niet in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. Hiermee kan **onderzoeksvraag 10** worden beantwoord.

In **hoofdstuk 5** staat de nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW centraal. Aan de hand van een *jurisprudentieonderzoek* wordt nagegaan hoe de toepassing van deze wetsartikelen in de rechtspraak is geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31

[3] Of met een persoon die een vergelijkbare positie in de vennootschap heeft.

december 2016. In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is ook een *juridische literatuurstudie* verricht, omdat daaruit knelpunten naar voren kunnen komen die nog niet in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. Hiermee kan **onderzoeksvraag 11** worden beantwoord.

Hoofdstuk 6 bevat de belangrijkste conclusies en aanbevelingen inzake deelonderzoek I.

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetswijzigingen beschreven. Voorts wordt ingegaan op de verhouding van het monistische bestuursmodel tot het Rijnlandse *stakeholders* model (par. 2.2.6). Met de bestudering en weergave van de *parlementaire geschiedenis* worden de onderzoeksvragen 1-3 beantwoord. Ook wordt hiermee een basis gelegd voor een goed begrip van de onderzoeksthema's die in de latere hoofdstukken 3-5 aan bod komen.

2.2 Het monistische bestuursmodel (onderzoeksvraag 1)

2.2.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129a /2:239a BW

Art. 2:129a/2:239a BW luidt:

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet-uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Niet-uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.
2. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
3. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

Inhoud/betekenis

1. Wettelijke grondslag. Door de invoering van art. 2:129a/2:239a BW is een expliciete *wettelijke grondslag* gecreëerd voor de toepassing van het monistische bestuursmodel bij de NV en de BV. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. Een monistisch bestuur is een meerhoofdig bestuur. Uitgangspunt is immers dat er een taakverdeling tussen uitvoerende- en niet-uitvoerende bestuurders plaatsvindt, hetgeen uitsluitend vorm krijgt in een bestuur dat uit meerdere bestuurders

bestaat.[4] Ten gevolge van het amendement Weekers is voor de NV in art. 2:132 lid 1 BW en voor de BV in art. 2:242 lid 1 BW opgenomen dat het benoemde orgaan bepaalt of een persoon tot uitvoerende dan wel niet-uitvoerende bestuurder wordt benoemd.[5] Hoewel dat wettelijk niet wordt vereist, gaat de minister[6] ervan uit dat het in de praktijk vaak zo is dat de niet-uitvoerende bestuurders groter in aantal zijn dan de uitvoerende bestuurders. De invoering van een monistisch bestuursmodel kan uitsluitend 'bij de statuten' plaatsvinden. Dit kan reeds bij oprichting van de NV of BV geschieden, maar ook nadien kan door middel van een statutenwijziging worden geopteerd voor een monistisch bestuursmodel. De AV is dwingendrechtelijk bevoegd het hiertoe vereiste besluit tot statutenwijziging te nemen. Aanvankelijk was in het wetsvoorstel opgenomen dat de keuze voor de invoering van een monistisch bestuursmodel ook 'krachtens' de statuten, dus bij een bestuursbesluit of bestuursreglement tot stand kon komen. Bij nota van wijziging[7] is het woord 'krachtens' geschrapt, zodat de keuze voor een monistisch bestuursmodel na oprichting van de NV of BV altijd moet worden voorgelegd aan de AV. Hiermee wordt voorkomen dat de aandeelhouders verrast worden door de invoering van een monistisch bestuursmodel.[8] De voorgenomen invoering van een one-tier board dient op grond van art. 25 lid 1 sub e WOR ter advisering aan de ondernemingsraad te worden voorgelegd.
De keuze voor een monistisch bestuursmodel werkt exclusief. Een NV of BV die statutair een one-tier board kent, kan dit niet combineren met een RvC. Dit is vastgelegd in art. 2:140/2:250 lid 1 (eerste volzin) BW: "Tenzij toepassing is gegeven aan artikel 129a[9] kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn."[10]

2. Wettelijke invulling en begrenzing taakverdeling. Naast een wettelijke grondslag is voorzien in een *wettelijke invulling* van het monistische bestuursmodel. Zo schrijft art. 2:129a/2:239a lid 1 BW dwingend voor dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen dienen zijn. Van belang is dat de wetgever de inrichtingsvrijheid heeft begrensd door dwingendrechtelijk voor te schrijven dat bepaalde taken dienen te worden vervuld door de niet-uitvoerende bestuurder(s), te weten:
- het toezicht houden op de taakuitoefening door de bestuurders[11];
- het voorzitterschap van het bestuur.

[4] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 22.
[5] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 16, p. 2 (amendement Weekers).
[6] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4-21.
[7] NvW 1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 7.
[8] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 2-3, 10.
[9] Bij de BV: artikel 239a.
[10] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19: "Het artikellid legt vast dat een raad van commissarissen kan worden ingesteld als toezichthouders niet in het bestuur hebben plaatsgenomen op grond van artikel 2:9 jo. 129a/239a BW."
[11] Deze verduidelijking is aangebracht bij nota van wijziging: NvW 1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 7.

De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door de bestuurders kan niet aan de niet-uitvoerende bestuurders worden ontnomen. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt over toezicht opgemerkt:

> "De niet uitvoerende bestuurders moeten in elk geval toezicht uitoefenen, op de uitvoerende bestuurders maar ook op elkaar. Ook de uitvoerende bestuurders moeten optreden wanneer zij er kennis van dragen dat een mede-uitvoerend bestuurder zijn taak niet goed vervult (vgl. artikel 2:9 lid 2 BW). Toezicht is daarmee niet exclusief een aangelegenheid voor de niet uitvoerende bestuurders."[12]

Wat betreft het voorzitterschap van het bestuur volstaat de wettekst van art 2:129a/2:239a BW ermee dat deze taak niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het voorzitterschap van het bestuur *moet* worden vervuld door een niet-uitvoerende bestuurder.

In de MvT wordt in dit verband ook gewezen op de in Engeland en Frankrijk bestaande regelgeving:

> "Achtergrond is in beide landen dat het verenigen van beide functies in één persoon het onderscheid vertroebelt tussen het uitvoerende bestuur dat is gericht op het leiden van het bedrijf dat door de rechtspersoon in stand wordt gehouden en het bestuur van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Korte termijn prestaties kunnen zo de overhand krijgen ten detrimente van lange termijn doelstellingen en rechtspersonenrechtelijke overwegingen. (...) In het belang van een goed toezicht wordt in het onderhavige wetsvoorstel bepaald dat aan een uitvoerende bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen."[13]

Voorts wordt in de nota naar aanleiding van het verslag opgemerkt:

> "De taak van het voorzitterschap van het bestuur is voorbehouden aan een niet uitvoerende bestuurder; hier is sprake van exclusiviteit. Hoe de benoeming van de voorzitter plaatsvindt, hangt af van de statuten. De statuten kunnen inhouden dat de algemene vergadering een voorzitter - niet uitvoerend bestuurder benoemt. Wanneer de statuten een dergelijke regeling niet inhouden, besluiten de bestuurders over de vraag wie als hun voorzitter optreedt, maar kunnen zij de taak van het voorzitterschap niet toebedelen aan een uitvoerende bestuurder (lid 1)."[14]

[12] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 26.
[13] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16.
[14] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 26 (zie ook p. 8, 12).

In de MvA wordt gesteld:

> "De toezichthoudende rol in een monistisch bestuur krijgt meer gewicht doordat is bepaald dat de voorzitter van een monistisch bestuur moet behoren tot de niet-uitvoerende bestuurders. De voorzitter kan daardoor voorkomen dat de uitvoerende bestuurders een overheersende positie kunnen innemen. Hij zal bijvoorbeeld de agenda van bestuursvergaderingen kunnen bepalen."[15]

Een andere begrenzing inzake de taakverdeling in een monistisch bestuursmodel is dat bepaalde taken niet aan een uitvoerende bestuurder mogen worden toebedeeld. Het betreft de volgende taken:
- het doen van voordrachten voor benoeming van een uitvoerende en/of niet-uitvoerende bestuurder[16];
- het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

Indien de vaststelling van de bezoldiging aan het bestuur is toegekend, geldt dat de uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders (art. 2:129a/2:239a lid 2 BW).[17]
Hoewel dat niet wettelijk is vastgelegd, wordt er in de parlementaire geschiedenis[18] vanuit gegaan dat de niet-uitvoerende bestuurders als hoofdtaak hebben het algemeen besturen en dat aan hen geen specifieke uitvoerende taken, zoals het aansturen van een bepaalde onderneming of het financiële bestuur, worden opgedragen.
Tot slot is van belang dat ingevolge art. 2:9 lid 2 BW de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken op elke bestuurder rust. Deze verantwoordelijkheid kan niet door een taakverdeling aan een bestuurder worden ontnomen.

3. Vergelijking positie niet-uitvoerende bestuurder met die van commissaris. In de parlementaire geschiedenis zijn het takenpakket en de aansprakelijkheidspositie van niet-uitvoerende bestuurders vergeleken met die van commissarissen. De minister[19] heeft hierover het volgende opgemerkt:

> "De taken van de niet uitvoerende bestuurders zijn meeromvattend dan het houden van toezicht en advisering in de tot op heden bekende zin. De niet uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid. Zij zijn meer dan commissarissen actief betrokken bij het algemene beleid van de vennootschap; zij zijn betrokken bij de besluitvorming van het bestuur over – en zijn

[15] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 2 (zie ook p. 26).
[16] Deze begrenzing is aangebracht door het amendement van het lid Weekers c.s., *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 12.
[17] Dit volgt ook reeds uit art. 2:129 lid 6/2:239 lid 6 BW.
[18] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14. NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 6.
[19] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 4.

verantwoordelijk voor – de algemene beleidslijnen. Voor alle bestuurders en commissarissen geldt dat zij moeten ingrijpen wanneer zij op de hoogte raken van onbehoorlijk bestuur van een bestuurder, maar bestuurders in een monistisch bestuur zijn ook collectief verantwoordelijk voor het bestuursbeleid. In het geval van onbehoorlijk bestuur moet een bestuurder en commissaris zijn best doen om maatregelen te treffen om de gevolgen daarvan af te wenden. Doet hij dat niet, dan riskeert hij aansprakelijkheid (artikel 2:9 lid 2 BW jo. artikel 2:149/259 BW). Verondersteld mag worden dat de niet-uitvoerende bestuurders vaak eerder en meer informatie over (de consequenties) van het bestuursbeleid ontvangen dan commissarissen. Vanuit de gedachte dat kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen, kan een niet-uitvoerend bestuurder onder omstandigheden inderdaad eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris met een meer beperkte taak in het dualistische bestuurssysteem. Of in een specifiek geval aansprakelijkheid optreedt, hangt af van de omstandigheden van het geval."

4. Besluitvorming door deel van het bestuur. Art. 2:129a/2:239a lid 3 BW bevat een faciliteit voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel: bij of krachtens de statuten kan aan een deel van het bestuur de bevoegdheid worden toegekend een besluit te nemen over aangelegenheden die tot zijn/hun taak behoren. Bepaling 'krachtens' de statuten dient schriftelijk te geschieden. Een besluit dat door een deel van het bestuur wordt genomen op basis van een dergelijke regeling geldt als bestuursbesluit, waarvoor alle bestuurders verantwoordelijk zijn. Volgens de MvT wordt hiermee in een praktische behoefte voorzien.[20] Blijkens de wetsgeschiedenis[21] is de faciliteit van art. 2:129a/2:239a BW uitsluitend bedoeld voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel.
Op grond van art. 2:8 BW is de bestuurder die een besluit neemt op de voet van art. 2:129a/2:239a BW verplicht medebestuurders daarover te informeren. Een bestuurder die een besluit neemt dat wordt aangemerkt als bestuursbesluit handelt onbehoorlijk wanneer hij zijn medebestuurders niet op redelijke termijn, bijvoorbeeld in de eerstvolgende bestuursvergadering, hiervan op de hoogte stelt. De minister achtte het niet nodig om expliciet een informatieplicht in de wet op te nemen.[22]

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:129a/2:239a BW
1. Door te voorzien in een wettelijke grondslag en nadere wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel (alsmede met flankerende wettelijke bepalingen) wordt beoogd bij te dragen aan het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen.[23]

[20] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.
[21] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 23-24.
[22] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 25.
[23] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 1-2.

Het streven te voorzien in bruikbare rechtsvormen moet worden gezien tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU inzake de vrijheid van vestiging, die tot een vergrote concurrentie van rechtsvormen binnen de EU heeft geleid. Bij de keuze van een rechtsvorm zullen de internationale herkenbaarheid van de geboden structuren en aanpassing aan eventuele bijzondere behoeften van de onderneming een grote rol spelen. De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv speelt hierop in en beoogt de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en BV te vergroten.

2. Een aantal vennootschappen had de bestuursstructuur reeds zodanig ingericht dat het monistische stelsel, zoals dat uit de Anglo-Amerikaanse traditie bekend is, benaderd werd. Het ging dan bijvoorbeeld om enkele Nederlandse vennootschappen die aan het hoofd staan van een internationaal concern. In de literatuur en de praktijk bestond echter onzekerheid over de inrichting van het monistische systeem en de verenigbaarheid van een ver(der-)gaande taakverdeling met de wet, om tot een veelvuldig gebruik aanleiding te geven. Vastlegging van de verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders in het monistische stelsel in de wet vergroot de rechtszekerheid en draagt bij aan de voorgestane verruiming van de gebruiksmogelijkheden van de NV en de BV.[24]

3. In Nederland wordt door grote vennootschappen traditioneel gebruik gemaakt van een dualistisch bestuursmodel. De middelgrote en kleine vennootschappen stellen echter regelmatig geen raad van commissarissen in. Verondersteld wordt dat de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv niet zal leiden tot de integrale vervanging van het dualistische systeem door een monistisch systeem bij Nederlandse vennootschappen. Een deel van de vennootschappen is volgens de Minister van Veiligheid en Justitie zeer content met het bestaande dualistische bestuursmodel, andere zullen een systeemwijziging overwegen. De minister[25] kan zich kan zich in elk geval twee omstandigheden voorstellen die van belang kunnen zijn bij een dergelijke afweging:

(i) De voorkeur van de AV voor een monistisch bestuursmodel
Indien een vennootschap veel aandeelhouders heeft die goede ervaringen hebben met een monistisch bestuursmodel, ligt het voor de hand dat die aandeelhouders daarvoor een voorkeur hebben. Het monistische model is voor dergelijke aandeelhouders meer herkenbaar dan het dualistische model. De minister stelt zich voor dat dit argument vooral van belang is voor vennootschappen die ook buitenlandse aandeelhouders willen aantrekken en behouden.

(ii) De voorkeur van de raad van commissarissen in een moeilijke bedrijfseconomische situatie
Sommige commissarissen hebben een voorkeur voor een monistisch bestuursmodel

[24] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 13. MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 2.
[25] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 3.

indien een vennootschap in zwaar weer terecht is gekomen, omdat zij dan meer en eerder informatie zouden ontvangen over de beoogde besluitvorming van het bestuur en zij daardoor – in een crisissituatie – beter in staat zouden zijn om toezicht te houden.

4. In een monistisch bestuurssysteem vervalt de functie van commissaris en worden de toezichthoudende taken vervuld door personen die deel uitmaken van het bestuur en bestuursverantwoordelijkheid dragen. De parlementaire geschiedenis vermeldt als mogelijke voordelen van het monistische systeem dat: (i) niet-uitvoerende bestuurders eerder en meer informatie zouden krijgen dan commissarissen, (ii) bestuurders meer betrokken zouden zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap dan de commissarissen, (iii) een monistisch bestuur slagvaardiger zou kunnen optreden[26] en (iv) niet-uitvoerende bestuurders bij het nemen van bestuursbesluiten invloed kunnen uitoefenen op hun medebestuurders en daarmee actief invulling kunnen geven aan hun rol als toezichthouder. Indien de meerderheid van het bestuur, waaronder de niet-uitvoerende bestuurders, het beoogde besluit niet steunt, komt het besluit niet tot stand.[27]

5. De minister gaat ervan uit dat het in de praktijk vaak zo is dat de niet-uitvoerende bestuurders groter in aantal zijn dan de uitvoerende bestuurders. Daardoor kunnen de niet-uitvoerende bestuurders bestuursbesluiten tegenhouden. Daarmee is volgens de minister de toezichthoudende functie en de onafhankelijkheid geborgd.[28]

6. Art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in de mogelijkheid dat aan een deel van de bestuurders de bevoegdheid wordt toegekend om een bestuursbesluit te nemen over aangelegenheden die tot zijn/hun taak behoren. In dit geval wordt een besluit dat door de desbetreffende bestuurder(s) is genomen, toegerekend aan het bestuur. Deze specifiek aan vennootschappen met een monistisch bestuursmodel geboden mogelijkheid zou in een behoefte van de praktijk voorzien. [29]

7. Met het voorschrift dat het voorzitterschap van het bestuur moet worden vervuld door een niet-uitvoerende bestuurder wordt beoogd bij te dragen aan het toezicht op en het behouden van voldoende afstand (onafhankelijkheid) van de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van de uitvoerende bestuurders. Voorts wordt verondersteld dat de voorzitter van het bestuur het belangrijkste aanspreekpunt is voor de aandeelhouders en andere externe contacten.[30]

8. Naar aanleiding van de vraag of de beloning van de niet-uitvoerende bestuurders hoger zal zijn dan die van commissarissen en of zij vaker variabele beloningselementen zullen

[26] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 3.
[27] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 1-5.
[28] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4-21.
[29] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.
[30] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16; NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 7-8.

bevatten, merkt de Minister het volgende op.[31] Gezien de omstandigheid dat een niet-uitvoerende bestuurder vaak meeromvattende verantwoordelijkheden heeft dan een commissaris in een dualistisch bestuursmodel, kan de minister zich voorstellen dat partijen alsdan op een hoger salaris uitkomen. Of daarmee de totale bezoldiging van het bestuur in een monistisch model hoger komt te liggen dan de totale bezoldiging van de bestuurders en commissarissen in een dualistisch model hangt af van de omstandigheden van het geval. De minister leidt uit de Preambule en de Corporate Governance Code 2008 in onderlinge samenhang af dat een variabele beloningscomponent voor toezichthouders in een monistisch bestuursmodel in algemene zin niet voor de hand ligt. Hun onafhankelijkheid zou in het geding kunnen komen doordat zij een beloning ontvangen die afhankelijk is van de resultaten van de vennootschap.

9. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel onverkort het Rijnlandse *stakeholders* model geldt. Bestuurders en toezichthouders dienen zich, ongeacht het gekozen bestuursmodel, te richten naar het belang (op langere termijn) van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hierbij dienen alle deelbelangen waaronder die van de aandeelhouders, werknemers, schuldeisers en klanten, te worden betrokken. Volgens de minister zijn er in de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel voldoende waarborgen opgenomen om tot een goede balans tussen toezicht en bestuur te komen. Naar aanleiding van een vraag van mevrouw Tan over de wijze waarop de praktijk omgaat met het monistische model en speciaal over de vraag in hoeverre er een evenwichtige belangenafweging plaatsvindt, zegt de minister een wetsevaluatie toe.[32]

2.2.2 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:132 /2:242 lid 1 BW

Art. 2:132/2:242 lid 1 BW[33] luidt:

1. De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting en later door de AV. Indien een vennootschap toepassing geeft aan artikel 129a bepaalt de AV of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder onderscheidenlijk niet-uitvoerende bestuurder. De voorgaande twee zinnen zijn niet van toepassing indien benoeming overeenkomstig artikel 162 geschiedt door de raad van commissarissen.

Inhoud/betekenis

Bij een NV/BV die gekozen heeft voor een monistisch bestuursmodel bepaalt de AV - en bij de BV in voorkomende gevallen een BGA - of de bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder dan wel niet-uitvoerende bestuurder. Voor de structuur-NV/BV

[31] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 6-7.
[32] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4, p. 18, 23-26.
[33] Met dien verstande dat in het voor de BV geldende art. 2:242 lid 1 BW de mogelijkheid is opgenomen om in de statuten te bepalen dat de benoeming van een bestuurder geschiedt door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding (BGA).

bevat art. 2:164a/2:274a lid 2 BW een uitzondering die inhoudt dat de niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders benoemen.

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:132/2:242 lid 1 BW
N.v.t.

2.2.3 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:134/2:244 lid 1 BW

Art. 2:134/2:244 lid 1 BW[34] luidt:
1. Iedere bestuurder kan te allen tijde worden geschorst en ontslagen door degene die bevoegd is tot benoeming. Is uitvoering gegeven aan artikel 129a, dan is het bestuur te allen tijde bevoegd tot schorsing van een uitvoerend bestuurder.

Inhoud/betekenis
Het orgaan dat bevoegd is om bestuurders te benoemen, heeft het recht om die bestuurders te allen tijde te schorsen of te ontslaan. De AV - en bij de BV in voorkomende gevallen een BGA - kan derhalve als benoemingsbevoegd orgaan (art. 2:132/2:242 BW) bestuurders schorsen of ontslaan. Is sprake van een structuur-NV/BV met een one-tier board dan zijn de niet-uitvoerende bestuurders bevoegd om de uitvoerende bestuurders te benoemen (art. 2:164a/2:274a lid 2 BW) en dus ook te schorsen of te ontslaan.
Bij iedere NV/BV met een monistisch bestuursmodel komt bovendien aan het bestuur dwingendrechtelijk de bevoegdheid toe een uitvoerende bestuurder te schorsen (art. 2:134/2:244 lid 1 laatste volzin BW). In de MvT wordt opgemerkt dat juist in een monistisch stelsel met een vergaande taakverdeling gekoppeld aan een gezamenlijke verantwoordelijkheid behoefte kan bestaan aan de mogelijkheid van schorsing als bij het bestuur het vertrouwen in de desbetreffende bestuurder ontbreekt.[35]

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:134/2:244 lid 1 BW
In een monistisch stelsel met een vergaande taakverdeling gekoppeld aan een gezamenlijke verantwoordelijkheid kan bij het bestuur behoefte bestaan aan de mogelijkheid van schorsing van een bestuurder als het vertrouwen in de desbetreffende bestuurder ontbreekt.

2.2.4 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:164a/2:274a BW

Art. 2:164a/2:274a BW[36] luidt:
1. In afwijking van artikel 158 lid 1 kan toepassing worden gegeven aan artikel 129a. In dat geval is het bepaalde ten aanzien van de raad van commissarissen onderscheidenlijk de

[34] Met dien verstande dat in het voor de BV geldende art. 2:244 lid 1 BW de mogelijkheid is opgenomen om in de statuten te bepalen dat een bestuurder eveneens kan worden ontslagen door een ander orgaan.
[35] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19.
[36] Met dien verstande dat in het voor de BV geldende art. 2:274a BW wordt verwezen naar de relevante BV-bepalingen.

commissarissen in artikel 158 leden 2 tot en met 12, 159, 160, 161 en 161a van overeenkomstige toepassing op de niet-uitvoerende bestuurders van de vennootschap.
2. Indien toepassing is gegeven aan artikel 129a, benoemen de niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders van de vennootschap; deze bevoegdheid kan niet door enige bindende voordracht worden beperkt. Artikel 162, tweede en derde zin, is van overeenkomstige toepassing.
3. Van de toepassing van artikel 129a lid 3 zijn uitgesloten de besluiten van het bestuur in de zin van artikel 164.
4. Indien toepassing is gegeven aan artikel 129a vereisen de besluiten in de zin van artikel 164 lid 1 de goedkeuring van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders van de vennootschap. Het ontbreken van de goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.

Inhoud/betekenis

1. Toepassing structuurregeling op het monistische bestuur. Art. 2:164a/2:274a lid 1 BW biedt structuurvennootschappen de mogelijkheid te kiezen voor een monistisch bestuursmodel. Het voorontwerp voorzag niet in deze mogelijkheid. In de consultatieronde werd echter door vrijwel alle respondenten expliciet verzocht om openstelling van het monistische bestuursmodel voor structuurvennootschappen. Dit gold voor respondenten die zowel de werknemersorganisaties als de werkgeversorganisaties vertegenwoordigden. Door ook aan structuurvennootschappen de keuze tussen beide bestuursmodellen te bieden, wordt tegemoet gekomen aan de wens van de praktijk.[37]
Een structuur-NV/BV die in haar statuten kiest voor een monistisch bestuur hoeft in afwijking van art. 2:158/2:268 lid 1 BW geen raad van commissarissen in te stellen. Wel wordt hetgeen in een reeks van wettelijke bepalingen ten aanzien van de raad van commissarissen respectievelijk commissarissen is bepaald van overeenkomstige toepassing verklaard op de niet-uitvoerende bestuurders. Het gaat om art. 2:158/2:268 leden 2 t/m 12, 2:159/2:269, 2:160/2:270, 2:161/2:271 en 2:161a/2:271a BW. Hierin zijn onderwerpen geregeld als de omvang van de RvC, de wijze van benoeming van commissarissen inclusief het gewone en versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad[38], het ontslag van commissarissen, de benoemingsregeling bij het ontbreken van alle commissarissen, onverenigbaarheid van functies en het heenzendrecht.
Om zoveel mogelijk aan te sluiten bij hetgeen geldt voor een structuurvennootschap met een dualistisch bestuursmodel is in art. 2:164a/2:274a lid 2 BW opgenomen dat de uitvoerende bestuurders door de niet-uitvoerende bestuurders worden benoemd. Deze bevoegdheid kan niet door een bindende voordracht worden beperkt. Ontslag van de

[37] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 1-2, p. 16.
[38] De (beïnvloeding)positie van de ondernemingsraad ten aanzien van de benoeming van niet-uitvoerende bestuurders is gelijkwaardig aan die van de ondernemingsraad in een dualistisch bestuursmodel ten aanzien van commissarissen. Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4, p. 23, 26.

uitvoerende bestuurders vindt plaats door de niet-uitvoerende bestuurders, nadat de AV over het voorgenomen ontslag is gehoord.

2. Goedkeuring van bestuursbesluiten (art. 2:164/2:274 lid 1 BW) en het monistische bestuursmodel. Een belangrijke, dwingende wetsbepaling die geldt voor een structuurvennootschap met een dualistisch bestuursmodel is dat de in art. 2:164/2:274 lid 1 BW opgesomde bestuursbesluiten de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeven. Het gaat hierbij om ingrijpende bestuursbesluiten, zoals grote investeringen en het nemen van grote deelnemingen. Het is de raad van commissarissen die vanuit een onafhankelijke positie belangrijke bestuursbesluiten kan goed- of afkeuren. Dit vormt een belangrijk onderdeel van het interne toezicht bij structuurvennootschappen met een dualistisch bestuursmodel.
Voor de structuurvennootschap met een monistisch bestuursmodel is ten aanzien van de hiervoor bedoelde bestuursbesluiten in art. 2:164a/2:274a lid 3 en lid 4 BW een 'eigen' regeling opgenomen. Deze houdt in dat bestuursbesluiten in de zin van art. 2:164/2:274 lid 1 BW niet door een deel van de one-tier board worden genomen (lid 3). Het verdraagt zich namelijk niet met het systeem van de structuurregeling dat één of meer uitvoerende bestuurders een dergelijk besluit nemen zonder de betrokkenheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Indien er meer uitvoerende dan niet-uitvoerende bestuurders zijn, kunnen laatstgenoemden bij de besluitvorming door het bestuur worden *overruled*. Met het oog hierop is in art. 2:164/2:274a lid 4 BW opgenomen dat bestuursbesluiten in de zin van art. 2:164/2:274 lid 1 BW moeten worden goedgekeurd door de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders.[39] Het ontbreken van goedkeuring leidt weliswaar tot nietigheid van het bestuursbesluit, maar tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of bestuurders niet aan.

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:164a/2:274a BW
Door ook aan structuurvennootschappen de keuze tussen beide bestuursmodellen te bieden, wordt tegemoet gekomen aan de wens van de praktijk.[40]

2.2.5 Parlementaire geschiedenis inzake het in evenwicht houden van de verschillende bij de vennootschap betrokken belangen, zoals die van de aandeelhouders, de klanten en de werknemers (onderzoeksvraag 2)

Naar aanleiding van het verslag van de vaste commissie van veiligheid en justitie heeft de minister hierover het volgende opgemerkt:

> "In een NV/BV komen de belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen samen. Het bestuur en de raad van

[39] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 28.
[40] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 1-2, p. 16.

commissarissen van een NV/BV hebben op grond van de wet de opdracht om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Zij moeten de hiervoor bedoelde verschillende belangen behoorlijk afwegen bij de vervulling van hun taak.
In de regel moeten zij zich richten op de continuïteit van de onderneming voor de langere termijn. Het voortbestaan van ondernemingen is van groot belang voor de werkgelegenheid en het behoud van inkomen van de Nederlandse beroepsbevolking. In meer brede zin is een goed en verantwoord bestuur van ondernemingen ook van groot belang voor het welzijn van burgers en instellingen, bijvoorbeeld omdat zij in ondernemingen beleggen of doordat ondernemingsactiviteiten invloed hebben op het leefmilieu. Het voorgaande geldt voor beursvennootschappen maar evenzeer voor vennootschappen zonder beursnotering. Het kabinet hecht derhalve grote waarde aan een goede corporate governance bij NV's en BV's.
Tegelijkertijd dwingt het streven naar een goede corporate governance niet tot een bepaald bestuursmodel. In de westerse wereld hebben zowel het monistische bestuursmodel als het dualistische model met een raad van commissarissen vorm gekregen. Niet is aangetoond dat het ene model telkens leidt tot betere resultaten dan het andere model. Naar de overtuiging van het kabinet kan een goede corporate governance worden gerealiseerd binnen de beide genoemde bestuursmodellen; een goed en onafhankelijk toezicht op het bestuur kan in beide varianten vorm krijgen. Ten behoeve van een goede corporate governance wordt in dit wetsvoorstel voorzien in belangrijke waarborgen, zoals het voorschrift dat de voorzitter van een monistisch bestuur een niet uitvoerend bestuurder moet zijn en dat een bestuurder niet deelneemt aan besluitvorming waarbij hij een persoonlijk belang heeft dat tegengesteld is aan het belang van de vennootschap. De wetgever kan niet garanderen dat een bestuurder zijn taak goed vervult, maar dat wel aanmoedigen door regels voor bestuurdersaansprakelijkheid in geval van taakverzuim. Ook die regels maken deel uit van het wetsvoorstel."[41]

2.2.6 Het Rijnlandse *stakeholders* model en de verhouding tot het monistische bestuursmodel (onderzoeksvraag 3)

2.2.6.1 Wat houdt het Rijnlandse stakeholders model in?

Het Rijnlandse *stakeholders* model houdt in dat het bestuur en de toezichthouders zich dienen te richten naar het belang (op langere termijn) van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hierbij dienen alle belangen te worden betrokken, waaronder die van de aandeelhouders, werknemers, schuldeisers en klanten. Bestuurders en toezichthouders mogen zich met andere woorden niet uitsluitend richten naar het (korte termijn) belang van aandeelhouders. Dit uitgangspunt ligt al lange tijd ten

[41] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 1-2.

grondslag aan onze wetgeving en wordt door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv niet gewijzigd.[42]

2.2.6.2 *De veronderstelde verhouding van het monistische bestuursmodel tot het Rijnlandse stakeholders model*

Ook voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel geldt onverkort het Rijnlandse *stakeholders* model. Bestuurders en toezichthouders dienen zich te richten naar het belang (op langere termijn) van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hierbij dienen alle deelbelangen (waaronder die van aandeelhouders, werknemers en schuldeisers) te worden betrokken; vgl. art. 2:9, art. 2:129/2:239 leden 5-6 BW.[43]

In een monistisch bestuursmodel zijn bestuur en toezicht ondergebracht in één orgaan en is er één bestuursvoorzitter. Als de functie van toezicht en besturen verenigd worden in één persoon dan kunnen korte termijn prestaties de overhand krijgen. Om deze reden bepaalt art. 2:129a/2:239a lid 1 BW dat aan een uitvoerende bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen.[44]

Ook is in art. 2:129/2:239 lid 5 BW gecodificeerd dat de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming dienen te richten. Zij moeten hierbij diverse deelbelangen afwegen en derhalve mag het belang van de aandeelhouders *niet automatisch* voorop worden gesteld.[45]

Voorts wordt in de MvT[46] aangegeven dat ondersteuning van bepaalde partijen die belang hebben bij het goed functioneren van de vennootschap vorm kan krijgen in bijvoorbeeld de enquêteprocedure, die ook open is gesteld voor aandeelhouders en vakbondsorganisaties.

2.3 Taakverdeling en aansprakelijkheid van bestuurders (onderzoeksvraag 1)

2.3.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:9 BW

Art. 2:9 BW luidt:

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet

[42] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 3.
[43] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4, p. 18, 23-26.
[44] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16.
[45] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 9.
[46] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 2.

nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Inhoud/betekenis

1. Behoorlijke taakvervulling door de bestuurder; taakverdeling; algemene gang van zaken. De introductie van de mogelijkheid om een monistisch bestuursmodel in te voeren bij de NV en de BV noopte tot precisering van art. 2:9 BW.[47] Onder art. 2:9 (oud) was het, mede gelet op het daarin opgenomen begrip 'werkkring', onduidelijk in hoeverre een taakverdeling tussen bestuurders mocht worden gemaakt en welke de precieze gevolgen waren van een taakverdeling voor besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders. Deze onduidelijkheid kon vennootschappen weerhouden van een keuze voor een monistisch bestuursmodel.[48] Volgens de MvT[49] wordt door de wettelijke vastlegging van de verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders in het monistische stelsel de rechtszekerheid vergroot. Hiermee wordt bijgedragen aan de voorgestane verruiming van de gebruiksmogelijkheden van de NV en de BV. Met het oog hierop is art. 2:9 BW opnieuw geredigeerd. In art. 2:9 lid 1 BW is bepaald dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. In de MvT wordt opgemerkt:

> "Voor een negatieve formulering is gekozen om te voorkomen dat taken bij de taakverdeling tussen wal en schip vallen, omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld.
> De omvang van de taak van de bestuurder hangt dus mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt die desbetreffende bestuurder er niet een nieuwe taak bij (de taak behoorde al tot zijn takenpakket), maar weet hij dat deze taak door de taakverdeling valt buiten het takenpakket van de andere bestuurders. Taken die niet zijn toebedeeld, rusten op alle bestuurders, derhalve op zowel de niet-uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Omdat de taakverdeling, voor zover al niet uit de wet kenbaar (vgl. art. 2:129a/2:239a lid 1 BW), bij of krachtens de statuten wordt vastgelegd, bestaat veel vrijheid om tot een taakverdeling te komen en kan elke bestuurder hiervan ook eenvoudig kennisnemen."[50]

Een taakverdeling laat onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor 'de algemene gang van zaken' (art. 2:9 lid 2 BW). Dit is een nieuw begrip dat niet in art. 2:9 (oud) BW voorkwam. In de parlementaire geschiedenis wordt niet verduidelijkt wat onder 'de algemene gang van zaken' valt.

[47] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7.
[48] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 26.
[49] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 3-4.
[50] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7.

In de MvT wordt slechts opgemerkt:

> "Artikel 2:9 lid 2 BW legt vast dat een bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Deze door artikel 14, lid 3 van de Antilliaanse Landsverordening geïnspireerde tekst was tot op heden niet in de wet opgenomen."[51]

2. Hoofdelijke aansprakelijkheid bestuurders; ernstig verwijt en disculpatie. Het beginsel van collectief bestuur leidt ertoe dat alle bestuurders in beginsel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor onbehoorlijk bestuur, ook als een kwestie tot de taak van een bepaalde bestuurder behoorde (art. 2:9 lid 2 BW). Een individuele bestuurder kan zich disculperen indien hem – mede gelet op de taakverdeling – (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Art. 2:9 (oud) liet enige twijfel toe over de vraag of een bestuurder die kon aantonen dat een aangelegenheid niet tot zijn werkkring behoorde, reeds bevrijd was, waarna men niet meer toekwam aan de vraag of de bestuurder maatregelen had moeten treffen om het onheil af te wenden.[52] Door het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW staat buiten kijf dat voor een geslaagd disculpatieberoep is vereist dat aan beide elementen is voldaan. De MvT[53] meldt dat met het hanteren van het begrip 'ernstig verwijt' wordt aangesloten bij de jurisprudentie op de voet van art. 2:9 (oud) BW. Ten aanzien van het onder (ii) bedoelde vereiste geldt dat wanneer een bestuurder waarneemt dat een mede-bestuurder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, die bestuurder zal moeten ingrijpen om beroep te kunnen blijven doen op de disculpatiegrond, ook wanneer de desbetreffende taak slechts aan de mede-bestuurder is toebedeeld. Voor wat betreft de informatiepositie wordt in de MvT[54] opgemerkt dat de bestuurder of commissaris die geen deel uitmaakt van de audit commissie zich tot op zekere hoogte mag laten leiden door de bevindingen van de commissie.
Blijkens de parlementaire geschiedenis is met art. 2:9 (nieuw) BW geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW beoogd. Zo merkte de minister tijdens de parlementaire behandeling op:

> "Tekstueel is artikel 2:9 aangepast aan de invoering van artikel 2:129a/239a BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarmee is de aansprakelijkheidspositie van bestuurders verduidelijkt, maar naar mijn mening niet inhoudelijk gewijzigd." [55]

[51] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.
[52] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8.
[53] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8-9.
[54] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 9.
[55] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 27.

3. Aansprakelijkheid niet-uitvoerende bestuurders. Over de toepassing van art. 2:9 BW op een niet-uitvoerende bestuurder wordt door de minister opgemerkt:

> "Elke bestuurder is in beginsel aansprakelijk bij onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder. Hij kan zich normaliter disculperen met een beroep op de onderlinge taakverdeling. Zo zal een niet-uitvoerende bestuurder niet aansprakelijk zijn voor fouten van een uitvoerende bestuurder vanwege de taakverdeling. Dat is logisch. Dat is alleen anders wanneer de niet-uitvoerende bestuurder slecht toezicht heeft gehouden of niet heeft ingegrepen terwijl hij wist dat de uitvoerende bestuurder onbehoorlijk bestuurde." [56]

Wat betreft de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende bestuurder ten opzichte van die van een commissaris veronderstelt de minister[57] dat de niet-uitvoerende bestuurders vaak eerder en meer informatie over (de consequenties van) het bestuursbeleid ontvangen dan commissarissen. Vanuit de gedachte dat kennis over misstanden verplicht tot ingrijpen, kan een niet-uitvoerende bestuurder onder omstandigheden volgens de minister eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris met een meer beperkte taak in het dualistische bestuurssysteem.

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:9 BW
1. Blijkens de MvT[58] wordt met het hanteren van het begrip 'ernstig verwijt' beoogd aan te sluiten bij de jurisprudentie op de voet van art. 2:9 (oud) BW. Met art. 2:9 (nieuw) BW is geen koerswijziging inzake de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder beoogd.

2. Een niet-uitvoerende bestuurder kan onder omstandigheden volgens de minister eerder aansprakelijk zijn dan de commissaris vanwege de omstandigheid dat hij vaak eerder en meer informatie over (de consequenties van) het bestuursbeleid ontvangt dan een commissaris.

2.4 Belang van de vennootschap als richtsnoer voor bestuurders (onderzoeksvraag 1)

2.4.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129/2:239 lid 5 BW

Art. 2:129/2:239 lid 5 BW luidt:
5. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

[56] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4, p. 21.
[57] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 4.
[58] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 8-9.

Inhoud/betekenis

Art. 2:129/2:239 lid 5 BW legt de norm voor het handelen van iedere bestuurder vast: bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij maakt het niet uit of zijn taak uitvoerend of algemeen/toezichthoudend is.[59] De bestuurders dienen een afweging tussen de belangen van onder meer de aandeelhouders, werknemers en schuldeisers van de vennootschap te maken. Zij mogen niet bij voorbaat het belang van de aandeelhouders dan wel de werknemers laten prevaleren. Dit geldt zowel in het monistische als in het dualistische bestuursmodel.[60]

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:129/2:239 lid 5 BW

N.v.t.

2.5 Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen (onderzoeksvraag 1)

2.5.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129/2:239 lid 6 BW

Art. 2:129/2:239 lid 6 BW luidt:

6. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Inhoud/betekenis

1. Tegenstrijdig belangregeling; van externe vertegenwoordigingsregeling naar besluitvormingsregeling. Bestuurders dienen zich bij hun handelen te richten naar het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Het kan zich voordoen dat een bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft bij een transactie dat strijdt met het belang van de vennootschap. Tot de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv was de regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders vormgegeven als een vertegenwoordigingsregeling. Art. 2:146/2:256 (oud) BW wees de RvC aan als vertegenwoordiger. De statuten konden hiervan afwijken, waarbij zelfs bepaald kon worden dat de geconflicteerde bestuurder niettemin vertegenwoordigingsbevoegd was. De AV was steeds bevoegd een andere vertegenwoordiger aan te wijzen. Werd de vennootschap bij het verrichten van een transactie vertegenwoordigd door een vanwege tegenstrijdig belang onbevoegde

[59] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10.
[60] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 2.

bestuurder dan kon dat extern effect hebben. De vennootschap kon zich onttrekken aan een transactie met de wederpartij, indien deze van het tegenstrijdig belang op de hoogte was of had moeten zijn. Art. 2:146/2:256 (oud) BW gaf, mede gelet op de inmiddels omvangrijke jurisprudentie, aanleiding tot nogal formeel aandoende besluitvorming door de AV en tot rechtsonzekerheid bij zowel de vennootschap als de wederpartij.
De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werd door de wetgever bij uitstek als de gelegenheid gezien om de tegenstrijdig belangregeling te heroverwegen, omdat zij raakt aan de verhouding tussen de bestuurder, het bestuur en de RvC.[61]
Er is voor gekozen om de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/256 (oud) BW te vervangen door de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW, omdat het tegenstrijdig belang een gedragsnorm betreft die allereerst de besluitvorming door het bestuur raakt.[62] In de parlementaire geschiedenis wordt als voordeel hiervan genoemd dat de rechtszekerheid wordt gediend. Derden worden niet geconfronteerd met de aantastbaarheid van een transactie die zij met de vennootschap zijn aangegaan vanwege een kwestie - het tegenstrijdig belang van een bestuurder - die primair de interne verhoudingen in de vennootschap raakt.[63]

2. Begrip tegenstrijdig belang; melding en vaststelling. Uit de MvT[64] blijkt dat de vraag of er sprake is van een tegenstrijdig belang moet worden beantwoord aan de hand van het criterium dat de Hoge Raad daarvoor in het *Bruil*-arrest[65] heeft gegeven. Dit brengt mee dat er daadwerkelijk sprake dient te zijn van een tegenstrijdig belang, hetgeen moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Degene die zich beroept op tegenstrijdig belang dient omstandigheden aan te voeren die zodanig van invloed kunnen zijn geweest op de besluitvorming van de betrokken bestuurder dat deze zich niet in staat had mogen achten het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming met de vereiste integriteit en objectiviteit te behartigen. Uit de parlementaire geschiedenis volgt voorts dat een zuiver kwalitatief belang - een persoon is bestuurder van verschillende concernvennootschappen die met elkaar contracteren - niet leidt tot toepassing van de regeling van tegenstrijdig belang.[66]
Art. 2:129/2:239 BW bevat geen nadere regeling inzake de melding en vaststelling van tegenstrijdig belang. Blijkens de parlementaire geschiedenis ligt het op de weg van de bestuurder met het mogelijk tegenstrijdig belang om hiervan melding te doen aan zijn medebestuurders.[67] De beoordeling of er sprake is van tegenstrijdig belang wordt hiermee in eerste instantie aan hen overgelaten.

[61] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10-11.
[62] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.
[63] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 23.
[64] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.
[65] HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420.
[66] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 18.
[67] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 21.

Omdat het tegenstrijdig belang is geplaatst in de sleutel van de interne verhoudingen, gaat een algemene publicatieplicht volgens de minister te ver. Wel volgt uit art. 2:9 BW dat bestuurders (en commissarissen) zich moeten verantwoorden aan de AV en aangeven hoe met het tegenstrijdig belang is omgegaan. Een aanvullende wettelijke regeling achtte de minister daarom niet nodig.[68]

3. Besluitvormingsregeling bij tegenstrijdig belang. Art. 2:129/2:239 lid 6 BW houdt in dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming van het bestuur indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap. Vanaf het moment dat een agendapunt van het bestuur wordt opengesteld voor discussie en gedachtevorming, dient de bestuurder met een tegenstrijdig belang daarbij niet langer aanwezig te zijn. Wel kan de desbetreffende bestuurder voorafgaand aan de bestuursvergadering of zelfs bij de introductie van het agendapunt in de bestuursvergadering worden gehoord door zijn medebestuurders, zodat hij hen informatie kan verschaffen over de kwestie ten aanzien waarvan het tegenstrijdige belang bestaat. Vervolgens kan dan de beraadslaging en stemming over het agendapunt buiten de aanwezigheid van de desbetreffende bestuurder plaatsvinden.[69] Maakt de bestuurder met een tegenstrijdig belang deel uit van een monistisch bestuur, dan geldt dwingendrechtelijk dat het besluit door de overige bestuurders (waaronder de niet-uitvoerende bestuurders) dient te worden genomen. Zijn alle bestuurders geconflicteerd dan voorziet lid 6 in een verschuiving van de beslissingsbevoegdheid naar de AV, tenzij de statuten een andere regeling bevatten. Ook in het dualistische model geldt dwingendrechtelijk dat indien één van de bestuurders geconflicteerd is de overige bestuurders het besluit dienen te nemen. Zijn echter alle bestuurders geconflicteerd dan verschuift de beslissingsbevoegdheid dwingendrechtelijk naar de RvC. Is deze er niet[70] of zijn alle leden van de RvC zelf geconflicteerd[71] dan is de AV bevoegd om het besluit te nemen. Van deze laatste regel kan in de statuten worden afgeweken. De parlementaire geschiedenis biedt geen antwoord op de vraag of een afwijkende regeling in de statuten kan inhouden dat de beslissingsbevoegdheid verschuift naar een derde.

4. Sanctie. Het niet-naleven van de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW maakt het genomen bestuursbesluit vernietigbaar op grond van art. 2:15 lid 1 onder a BW. De vernietiging kan worden gevorderd door ieder die een redelijk belang heeft bij de naleving van de bepaling die niet is nagekomen, welk belang bij betwisting ook zal moeten worden aangetoond (art. 2:15 lid 3 onder a BW).[72] Indien het besluit inmiddels is uitgevoerd en de vennootschap rechtsgeldig is vertegenwoordigd, kan een redelijk

[68] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 23-24.
[69] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.
[70] Dit is de situatie van art. 2:129a/2:239a BW.
[71] Dit is de situatie van art. 2:140/2:250 lid 5 slotzin BW.
[72] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13.

belang ontbreken.[73]
Van belang is dat de bestuurder die de besluitvormingsregels van art. 2:129/2:239 lid 6 BW heeft overtreden, door de vennootschap aansprakelijk kan worden gesteld op grond van art. 2:9 BW (onbehoorlijk bestuur) of art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) tot vergoeding van de schade die aan de vennootschap is toegebracht door de gewraakte transactie.[74]
De rechterlijke vernietiging van het bestuursbesluit vanwege tegenstrijdig belang is geen voorwaarde om de desbetreffende bestuurder aansprakelijk te kunnen stellen. De aansprakelijkstelling van een bestuurder kan met andere woorden ook plaatsvinden zonder een voorafgaand beroep op art. 2:15 BW.[75]

5. Overgangsrecht. De tegenstrijdig belangregeling van art. 2:146/2:256 (oud) blijft van toepassing op rechtshandelingen die zijn verricht voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv op 1 januari 2013.

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:129/2:239 lid 6 BW
In de parlementaire geschiedenis wordt ervan uitgegaan dat met het vervangen van de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) door de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 BW de rechtszekerheid wordt gediend. Derden worden niet geconfronteerd met de aantastbaarheid van een transactie die zij met de vennootschap zijn aangegaan vanwege een kwestie - het tegenstrijdig belang van een bestuurder - die primair de interne verhoudingen in de vennootschap raakt.[76]

2.5.2 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:140/2:250 lid 5 BW

Art. 2:140/2:250 lid 5 BW luidt:
5. Een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 2. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Inhoud/betekenis
Een NV of BV die geen one-tier board kent, kan kiezen voor een dualistisch bestuursmodel door statutair in een RvC te voorzien (art. 2:140/2:250 lid 1 BW). Commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:140/2:250 lid 2 BW). Het kan zich voordoen dat een commissaris een daarmee strijdig direct of indirect persoonlijk belang heeft. Art. 2:140/2:250 lid 5 BW bepaalt dat een geconflicteerde commissaris niet

[73] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 24.
[74] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13.
[75] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 8.
[76] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 23.

deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming van de RvC. Zijn alle commissarissen geconflicteerd dan voorziet lid 5 in een verschuiving van de beslissingsbevoegdheid naar de AV. De statuten kunnen hiervan afwijken.
Voor wat betreft de sanctie op de niet-naleving van de besluitvormingsregeling zij verwezen naar hetgeen hiervoor onder art. 2:129/2:239 BW is vermeld.

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:140/2:250 lid 5 BW
N.v.t.

2.6 Bindende voordracht (onderzoeksvraag 1)

2.6.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:133 BW

Art. 2:133 leden 1 en 3 BW luiden:
1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de benoeming door de algemene vergadering geschiedt uit een voordracht.
3. Indien de voordracht één kandidaat voor een te vervullen plaats bevat, heeft een besluit over de voordracht tot gevolg dat de kandidaat is benoemd, tenzij het bindend karakter aan de voordracht wordt ontnomen.

Inhoud/betekenis
In art. 2:133 lid 1 BW is de verplichting dat een bindende voordracht ten minste uit twee personen dient te bestaan, geschrapt. In de praktijk bleek deze verplichting tot een formaliteit te zijn geworden.[77] Het nieuw ingevoegde lid 3 bepaalt dat indien op de voordracht één kandidaat staat deze wordt benoemd, tenzij de AV het bindend karakter aan de voordracht ontneemt. Met deze regeling wordt voorkomen dat de AV eerst formeel een stem moet uitbrengen over de wenselijkheid om de voordracht te doorbreken en vervolgens afzonderlijk een benoemingsbesluit moet nemen. Indien de voordracht niet wordt doorbroken, dan heeft dat tot gevolg dat de enige kandidaat is benoemd. De aanvankelijk in het wetsvoorstel opgenomen voorwaarde dat dan wel aan de vereisten voor die benoeming (bijvoorbeeld een statutair voorgeschreven hogere meerderheid) moet zijn voldaan, is ten gevolge van een amendement van het Kamerlid Weekers geschrapt.[78]
Art. 2:133 lid 2 BW bevat een nadere regeling voor de doorbreking van de voordracht door de AV. Hiertoe volstaat een besluit van de AV genomen met een meerderheid van twee derde van de uitgebrachte stemmen, welke meerderheid ten minste de helft van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigt. In de statuten kan deze grens niet worden verhoogd, maar wel worden verlaagd. De mogelijkheid van verlaging is bijvoorbeeld van belang voor beursgenoteerde vennootschappen die rekening willen houden met het bepaalde in de Corporate Governance Code 2008. In deze code is bepaald dat het AV-

[77] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17-18.
[78] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 17.

besluit tot doorbreking kan worden genomen met een eenvoudige meerderheid die ten hoogste een derde van het kapitaal vertegenwoordigt.[79]

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:133 BW
N.v.t.

2.7 Overeenkomst met bestuurder beursgenoteerde vennootschap is geen arbeidsovereenkomst (onderzoeksvraag 1)

2.7.1 Parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:132 lid 3 BW

Art. 2:132 lid 3 BW luidt:
3. Indien van een vennootschap aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten daarvan zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in *artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht*, of tot een met een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, wordt de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap niet aangemerkt als arbeidsovereenkomst.

Inhoud/betekenis
Lid 3 is toegevoegd aan art. 2:132 BW ten gevolge van een amendement van de Kamerleden Weekers en Vroonhoven-Kok.[80] Hierin wordt bepaald dat tussen een beursvennootschap en haar bestuurders geen arbeidsovereenkomst kan bestaan. Afspraken die in strijd hiermee worden gemaakt, zijn nietig. Het overgangsrecht[81] brengt mee dat het bepaalde in lid 3 niet geldt voor arbeidsovereenkomsten die al bestonden bij inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv op 1 januari 2013.
Met de regeling van lid 3 wordt beoogd te voorkomen dat een bestuurder van een beursvennootschap met een beroep op zijn arbeidsovereenkomst een hogere vertrekvergoeding eist dan die welke is opgenomen in de Corporate Governance Code 2008 (in beginsel maximaal één jaarsalaris).[82] Tijdens de parlementaire behandeling[83] zijn twijfels geuit of met deze regeling het beoogde doel wordt bereikt. Zo kan een bestuurder van een beursvennootschap een arbeidsovereenkomst aangaan met een dochtervennootschap. Voorts staat de regeling van lid 3 er niet aan in de weg dat een hoge(re) vertrekvergoeding wordt afgesproken in een tussen de bestuurder en de beursvennootschap gesloten overeenkomst van opdracht.

[79] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 18.
[80] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 10, p. 1-2.
[81] Art. V van *Stb.* 2011, 275.
[82] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 10, p. 1-2.
[83] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 11-12.

Tijdens de parlementaire behandeling[84] kwam aan de orde dat een neveneffect van de regeling van lid 3 is dat bestuurders van beursvennootschappen niet langer kunnen deelnemen aan een collectieve pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet, indien het niet een door een verplicht bedrijfstakpensioenfonds uitgevoerde regeling betreft. Het regelen van een oudedagsvoorziening buiten een collectieve pensioenregeling in de zin van de Pensioenwet is voor bestuurders en daarmee voor vennootschappen normaliter meer kostbaar. De minister heeft toegezegd dat bij ministeriële regeling de desbetreffende bestuurders van beursvennootschappen voor de toepassing van de Pensioenwet worden gelijkgesteld met personen die een arbeidsovereenkomst hebben met de beursvennootschap. De minister heeft zijn toezegging gestand gedaan.[85]

Expliciete en impliciete veronderstellingen over de werking van art. 2:132 lid 3 BW
Met art. 2:132 lid 3 BW wordt beoogd te voorkomen dat een bestuurder van een beursvennootschap met een beroep op zijn arbeidsovereenkomst een hogere vertrekvergoeding eist dan die welke is opgenomen in de Corporate Governance Code 2008 (in beginsel maximaal één jaarsalaris).

2.8 De veronderstelde wijze van werking van de bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wetsartikelen/wetswijzigingen in verband met elkaar (onderzoeksvraag 1)

- *Art. 2:129a/2:239a BW in samenhang met art. 2:9 BW*

  1. Het uitgangspunt van een monistisch bestuursmodel is dat de taken van het bestuur kunnen worden verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders; zie art. 2:129a/2:239a lid 1 BW. Voor de vraag of een individuele bestuurder aansprakelijk is voor grote fouten (ernstig verwijt) van het bestuur, wordt rekening gehouden met de onderlinge taakverdeling. Volgens de minister[86] is de niet-uitvoerende bestuurder in beginsel niet aansprakelijk voor fouten van een uitvoerende bestuurder. Dat is anders wanneer de niet-uitvoerende bestuurder slecht toezicht heeft gehouden of niet heeft ingegrepen, terwijl hij wist dat de uitvoerende bestuurder onbehoorlijk bestuurde.

  2. Ingevolge art. 2:129a/2:239a lid 3 BW kan bij of krachtens de statuten worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. In dat geval wordt een besluit dat door de desbetreffende bestuurder(s) is genomen, toegerekend aan het bestuur. De MvT[87] geeft uitdrukkelijk aan dat ondanks deze toerekening hun gezamenlijke

[84] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 13-14.
[85] Zie Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 oktober 2012, nr. AV/PB/2012/15766, tot wijziging van de Regeling Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling in verband met aanwijzing van bestuurders als werknemers, Staatscourant 2012 nr. 21850 29 oktober 2012.
[86] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4, p. 21.
[87] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 17.

bestuursverantwoordelijkheid voor het besluit volledig in stand blijft. De vraag van de aansprakelijkheid lost zich volgens de MvT op via art. 2:9 BW.

- *Art. 2:129a/2:239a lid 1 BW in samenhang met art. 2:129/2:239 lid 5 BW*
  Art. 2:129/2:239 lid 5 BW legt de norm voor het handelen van iedere bestuurder vast: bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij maakt het niet uit of zijn taak uitvoerend of algemeen/toezichthoudend is.[88] De bestuurders dienen een afweging tussen de belangen van onder meer de aandeelhouders, werknemers en schuldeisers van de vennootschap te maken. Zij mogen niet bij voorbaat het belang van de aandeelhouders dan wel de werknemers laten prevaleren. Dit geldt zowel in het monistische als in het dualistische bestuursmodel.[89]
  Met het bepaalde in art. 2:129a/2:239a BW dat een niet-uitvoerende bestuurder de taak van voorzitter dient te vervullen, wordt getracht te voorkomen dat korte termijn prestaties de overhand krijgen.[90]

- *Art. 2:129a/2:239a lid 1 BW in samenhang met art. 2:129/2:239 lid 6 BW*
  De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werd door de wetgever bij uitstek als de gelegenheid gezien om de tegenstrijdig belangregeling te heroverwegen, omdat zij raakt aan de verhouding tussen de bestuurder, het bestuur en de RvC.[91] Er is voor gekozen het tegenstrijdig belang te reguleren in de interne besluitvorming van het bestuur, omdat het tegenstrijdig belang een gedragsnorm betreft die allereerst de besluitvorming door het bestuur raakt.[92] De nieuwe tegenstrijdig belangregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW beperkt zich niet tot NV's en BV's met een monistische bestuursstructuur, maar is van toepassing op alle vennootschappen.

- *Art. 2:129a/2:239a lid 1 BW in samenhang met art. 2:133/2:243 BW*
  Bij amendement[93] is aan art. 2:129a/2:239a lid 1 BW toegevoegd dat de bevoegdheid tot het doen van voordrachten voor de benoeming van bestuurders niet kan worden toebedeeld aan een uitvoerende bestuurder. Deze toevoeging was volgens de indieners van het amendement nodig omdat in een dualistisch bestuursmodel deze bevoegdheid veelal is toegekend aan de RvC. Met de toevoeging is verduidelijkt dat in een monistisch bestuursmodel de bevoegdheid tot het doen van een voordracht wel aan de niet-uitvoerende bestuurder(s) kan worden toegekend.

---

[88] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10.
[89] MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 2.
[90] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 16.
[91] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 10-11.
[92] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12.
[93] Amendement van het lid Weekers c.s., *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 12.

- *Art. 2:129a/2:239a BW in samenhang met art. 2:134/2:244 lid 1 BW*
  Bij iedere NV/BV met een monistisch bestuursmodel komt aan het bestuur dwingendrechtelijk de bevoegdheid toe een uitvoerende bestuurder te schorsen (art. 2:134/2:244 lid 1 tweede volzin BW). In de MvT wordt opgemerkt dat juist in een monistisch stelsel met een vergaande taakverdeling gekoppeld aan een gezamenlijke verantwoordelijkheid behoefte kan bestaan aan de mogelijkheid van schorsing als bij het bestuur het vertrouwen in de desbetreffende bestuurder ontbreekt.[94]

- *Art. 2:129a/2:239a BW in samenhang met art. 2:140/2:250 BW*
  De keuze voor een monistisch bestuursmodel werkt exclusief. Een NV of BV die statutair een one-tier board kent, kan dit niet combineren met een RvC. Dit is vastgelegd in art. 2:140/2:250 lid 1 (eerste volzin) BW.

- *Art. 2:129a/2:239a lid 3 BW in samenhang met art. 2:164a/2:274a lid 3 BW*
  Voor de structuurvennootschap met een monistisch bestuursmodel geldt een bijzondere regeling ten aanzien van de in art. 2:164/2:274 lid 1 BW omschreven bestuursbesluiten. Deze houdt in dat bij deze bestuursbesluiten niet gebruik kan worden gemaakt van de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW. Voormelde bestuursbesluiten kunnen niet door een deel van de one-tier board worden genomen (art. 2:164a/2:274a lid 3 BW).

- *Art. 2:9 BW in samenhang met art. 2:129/2:239 lid 6 BW*
  De bestuurder die de besluitvormingsregels van art. 2:129/2:239 lid 6 BW heeft overtreden, kan door de vennootschap aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:9 BW tot vergoeding van de schade die aan de vennootschap is toegebracht door de gewraakte transactie.[95]

[94] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 19.
[95] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13.

Hoofdstuk 3. Het monistische bestuursmodel in de praktijk

3.1 Inleiding

Nadat in hoofdstuk 2 is ingegaan op de theoretische uitgangspunten door de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van het monistische bestuursmodel te beschrijven, staan in dit hoofdstuk de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk centraal. Hiermee is beoogd de onderzoeksvragen 4-9 te beantwoorden. Hiertoe zijn met name twee methoden (al dan niet gecombineerd) ingezet.[96] Ten eerste zijn bij de KvK data opgevraagd inzake **alle** NV's en BV's die in maart 2017 een monistisch bestuursmodel hadden (*kwantitatieve* dataverzameling).[97] Deze data zijn nader geanalyseerd. Hiermee kan niet alleen onderzoeksvraag 5 naar het aantal NV's en BV's dat heeft gekozen voor het monistische bestuursmodel worden beantwoord, maar kan bovendien een nadere typering van alle monistische NV's en BV's worden gegeven. In par. 3.2.1-par. 3.2.5 wordt het uit de data van de KvK voortvloeiende beeld inzake NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel weergegeven. De tweede methode die is ingezet betreft een *kwalitatieve* dataverzameling: een aantal daartoe geselecteerde 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel is bevraagd over de keuze voor het monistische bestuursmodel, de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap, alsmede naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neveneffecten). Er zijn in totaal negen interviews afgenomen bij beursvennootschappen, vennootschappen met een of meer private equity investeerders en familievennootschappen. De bevindingen uit de interviews worden beschreven in par. 3.3.
Om een beeld te krijgen of, en zo ja op welke wijze, monistische vennootschappen aan bod kwamen in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016, is rechtspraakonderzoek verricht. De bevindingen uit het rechtspraakonderzoek worden beschreven in par. 3.4.
In de daaropvolgende par. 3.5 - par. 3.8 wordt specifiek aandacht besteed aan de onderzoeksvragen 6-9. Hierbij worden naast de data verkregen via de KvK en de interviews, ook rechtspraak, rechtswetenschappelijke literatuur en mediaberichten betrokken.

[96] Zie voor andere methoden die zijn ingezet par. 1.3 en par. 1.4.
[97] Zie voor een empirisch onderzoek dat negen maanden na inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is verricht: W.J.L. Calkoen, 'One-Tier Board: een empirisch onderzoek', *Ondernemingsrecht* 2014/4, p. 21-26.

3.2 Toepassing en inrichting van het monistische bestuursmodel in de praktijk; kwantitatieve data KvK (onderzoeksvraag 4)

3.2.1 Inleiding

Om een beeld te krijgen van de toepassing en inrichting van het monistische bestuursmodel door NV's en BV's in de praktijk, heeft het onderzoeksteam op 15 december 2016 een informatieverzoek ingediend bij de KvK (zie Bijlage 1). Naar aanleiding hiervan heeft de KvK op 10 februari 2017 een opdrachtbevestiging gestuurd voor de levering van de daarin omschreven maatwerkselecties.

Ter uitvoering hiervan heeft de KvK in maart 2017 een tweetal bestanden toegestuurd:
1. Bestand peildatum 13 maart 2017: dit bestand betreft de vennootschappen die na 1 januari 2013 een monistisch bestuursmodel hebben geïmplementeerd. Het systeem van de KvK is per 1 januari 2013 op de registratie van een monistisch bestuursmodel ingericht. Sindsdien worden de functionarissen met een aparte code als niet-uitvoerend bestuurder respectievelijk uitvoerend bestuurder geregistreerd. In het bestand was bij een aantal vennootschappen de rubriek 'aantal niet uitvoerend bestuurders' en/of de rubriek 'aantal uitvoerend bestuurders' niet ingevuld. De statuten van deze vennootschappen zijn vervolgens door de KvK en/of de onderzoekers geraadpleegd om na te gaan of de vennootschap (nog) een monistisch bestuursmodel heeft.

2. Bestand peildatum 20 maart 2017: dit bestand bevat entiteiten die al voor 1 januari 2013 functionarissen hadden laten inschrijven als uitvoerende bestuurder respectievelijk niet-uitvoerende bestuurder (dan wel met Engelstalige equivalente benamingen). Dit kon in een 'vrije tekst' worden aangegeven. Er is derhalve door de KvK gezocht in de 'vrije tekst' op uitvoerende respectievelijk niet-uitvoerende bestuurders (en op Engelstalige equivalente benamingen). Uit dit bestand kon een groot aantal entiteiten worden geschrapt omdat zij niet de rechtsvorm van een NV of BV hadden. Van de overgebleven entiteiten was in het KvK-bestand bij een groot aantal vennootschappen de rubriek 'aantal niet uitvoerend bestuurders' of de rubriek 'aantal uitvoerend bestuurders' niet ingevuld. Vervolgens zijn door de KvK en/of de onderzoekers de statuten van deze vennootschappen geraadpleegd om na te gaan of de vennootschap al dan niet een monistisch bestuursmodel kent. Voorts is door de KvK en/of de onderzoekers bij vennootschappen waarbij beide rubrieken wel zijn ingevuld, steekproefsgewijs nagegaan of de statuten van deze vennootschappen een monistisch bestuursmodel kennen. Dit was bij alle vennootschappen het geval.

De bestanden met peildatum 13 maart 2017 respectievelijk 20 maart 2017 zijn na de door de KvK en onderzoekers uitgevoerde controle bijgewerkt en vervolgens samengevoegd

in één bestand (hierna ook aangeduid als: KvK-databestand of KvK-data).[98] Dit KvK-databestand is als uitgangspunt genomen in par. 3.2.2 - par. 3.2.5.

3.2.2 Het aantal NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel (onderzoeksvraag 5)

In maart 2017 waren volgens de door de KvK verstrekte data 3998 NV's en 896.613 BV's ingeschreven in het handelsregister. Hiervan hadden in totaal 443 NV's en BV's een monistisch bestuursmodel, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's.
Het aantal NV's en BV's met een monistische bestuursstructuur betreft ongeveer 0,00049 % van het totale aantal NV's en BV's.
Van de in totaal 443 vennootschappen met een monistisch bestuursmodel bestonden 251 vennootschappen (56,7%) al voor het moment van inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv en zijn 192 vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 opgericht.

3.2.3 Nadere typering van NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel

3.2.3.1 Kwalificatie volgens de jaarrekeningcriteria: micro, klein, middelgroot of groot

In het jaarrekeningenrecht worden rechtspersonen naar gelang de omvang van het uitgeoefende bedrijf gekwalificeerd als micro, klein, middelgroot of groot. Bij deze kwalificatie zijn van belang: de waarde van de activa, de netto omzet over het boekjaar en het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar.[99] In het jaarrekeningenrecht is de kwalificatie van betekenis voor de voorgeschreven inrichting en publicatie van de financiële verslaglegging van de rechtspersoon. Aan de hand van de door de vennootschap verstrekte gegevens kwalificeert de KvK de vennootschap als micro (C), klein (K), middelgroot (M) en groot (G). De data van de KvK vermelden bij 90 vennootschappen (20,3%) geen nadere kwalificatie met een C, K, M of G. De verklaring hiervoor is dat ofwel de vennootschap recent is opgericht ofwel voor de vennootschap een zogenoemde instemmings- en aansprakelijkheidsverklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1 onder b en f BW is gedeponeerd bij de KvK, teneinde de vennootschap onder de concernvrijstelling te doen vallen.

[98] Hierbij is gecontroleerd of vennootschappen niet twee keer in het bestand voorkomen.
[99] Zie voor de criteria: art. 2:395a BW (micro-onderneming), art. 2:396 BW (klein), art. 2:397 BW (middelgroot).

De kwalificatie volgens de jaarrekeningcriteria van de overige 353 NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel toont het volgende beeld:

Tabel 1: Micro, klein, middelgroot, groot

Aantal vennootschappen

			Frequentie	%	% (valide)	% (cum.)
Kwalificatie jaarrekeningcriteria	Valide	Micro	114	25,7	32,3	32,3
		Klein	121	27,3	34,3	66,6
		Middel	34	7,7	9,6	76,2
		Groot	84	19	23,8	100,0
		Totaal	353	79,7	100,0	
	Missend	Systeem	90	20,3		
	Totaal		443	100,0		

Uit tabel 1 blijkt dat het monistische bestuursmodel niet alleen bij grote vennootschappen wordt toegepast, maar vooral ook bij micro en kleine vennootschappen. De onderzoekers plaatsen hierbij de aantekening dat de data van de KvK bij 90 vennootschappen (20,3% van het totale aantal monistische vennootschappen) geen nadere kwalificatie vermelden.

3.2.3.2 Toepasselijkheid structuurregime

Indien een NV of BV aan bepaalde grootte-criteria voldoet (een geplaatst kapitaal plus reserves van ten minste € 16 miljoen, ten minste 100 werknemers en een verplicht ingestelde ondernemingsraad; art. 2:153/2:263 BW), geldt bij de vervulling van een aantal nadere voorwaarden het zogenoemde structuurregime voor de vennootschap. Dit bijzondere regime brengt mee dat de vennootschap een RvC dient in te stellen die onder andere toezicht moet houden op het bestuur, bestuurders benoemt, schorst en ontslaat en ingrijpende bestuursbesluiten dient goed te keuren. Per 1 januari 2013 biedt art. 2:164a/2:274a lid 1 BW structuurvennootschappen de mogelijkheid te kiezen voor een monistisch bestuursmodel waarin aan niet-uitvoerende bestuurders dwingendrechtelijk de taken toekomen die in een dualistisch bestuursmodel worden uitgeoefend door de RvC. Blijkens de data van de KvK had in maart 2017 geen enkele van de 102 structuur-NV's een monistisch bestuursmodel. Van de 318 structuur-BV's zijn vier BV's met een monistisch bestuursmodel ingeschreven bij het handelsregister.[100] Bij ieder van deze vier structuur-BV's overtrof het aantal niet-uitvoerende bestuurders het aantal uitvoerende bestuurders.

[100] De KvK hanteert voor besloten vennootschappen en naamloze vennootschappen die blijkens de statuten structuurvennootschap zijn de afzonderlijke rechtsvormcodes 42 respectievelijk 52.

3.2.3.3 Aantal werknemers

Het aantal werknemers in de NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel is als volgt:

Tabel 2: Aantal werknemers			
Aantal vennootschappen			
		Frequentie	%
Aantal werknemers	,00	260	58,7
	1-9	124	28,0
	10-49	39	8,8
	50-99	8	1,8
	100-249	9	2,0
	250-	3	,7
	Totaal	443	100,0

Met de gekozen categorieën/indeling van aantallen van werknemers is aangesloten bij de jaarrekeningcriteria van art. 2:395a, 2:396 en 2:397 BW en bij de grootte-criteria van het structuurregime van art. 2:153/2:263 BW.
In tabel 2 valt op dat het merendeel van de vennootschappen (58,7%) geen werknemers heeft. Voorts heeft een groot deel van de vennootschappen (28,0%) 1 tot 9 werknemers.

3.2.3.4 Soort activiteit

Ieder bedrijf dat zich inschrijft in het handelsregister krijgt een of meer SBI-codes. Deze code bestaat uit 4 of 5 cijfers en geeft aan wat de activiteit van een bedrijf is. SBI staat voor Standaard Bedrijfsindeling 2008 en is opgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). De Standaard Bedrijfsindeling 2008 is laatstelijk gewijzigd in 2017.[101] Het begincijfer van elke SBI-code varieert van 0 tot 9.[102] Aan de hand daarvan kan ruwweg worden bepaald in welk segment het bedrijf actief is.

[101] https://www.cbs.nl/nl-nl/onze-diensten/methoden/classificaties/activiteiten/standaard-bedrijfsindeling--sbi--/sbi-2008-standaard-bedrijfsindeling-2008.
[102] Vervolgens heeft er een nadere onderverdeling plaats waarbij het begincijfer wordt aangevuld met twee tot en met vier cijfers. Door de vergaande detaillering bevat de Standaard Bedrijfsindeling 2008 die laatstelijk is gewijzigd in 2017 37 pagina's met codes. Gelet hierop hebben de onderzoekers het begincijfer van de SBI-codes tot uitgangspunt genomen.

De SBI-codes van NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel tonen aan de hand van de begincodes het volgende beeld:

Tabel 3: SBI-codes			
Aantal vennootschappen			
		Frequentie	%
SBI – codes – digit	0	8	1,8
	1	6	1,4
	2	15	3,4
	3	6	1,4
	4	46	10,4
	5	13	2,9
	6	274	61,9
	7	60	13,5
	8	11	2,5
	9	4	,9
	Totaal	443	100,0

Tabel 3 toont dat alle segmenten vertegenwoordigd zijn. Het merendeel van de vennootschappen (274 vennootschappen die ruim 61% van het totale aantal monistische vennootschappen vertegenwoordigen) heeft een SBI-code die begint met een 6. Zo hebben 194 vennootschappen de SBI-code 64.20; het betreft financiële holdings, en hebben 31 vennootschappen de SBI-code 62.01; zij houden zich bezig met het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software. De overige vennootschappen die een SBI-code hebben die begint met een 0 tot 5, 7 tot 9 vertegenwoordigen onder meer de sectoren landbouw, industrie en sport[103]

[103] Zo kent Sparta Beheer B.V. een one-tier board. FC Twente '65 B.V. en S.C. Heerenveen Holding B.V. hadden een monistisch bestuursmodel maar hebben dat in 2016 weer ingeruild voor een dualistisch bestuursmodel. Bij FC Twente vond de transitie plaats naar aanleiding van het rapport Knüppe (zie: http://www.fctwente.nl/WP-content/uploads/2016/03/Onderzoek-FCT-20160301.pdf) dat is uitgebracht in opdracht van de (Licentiecommissie van de) KNVB. Eén van de aanbevelingen van het rapport Knüppe luidde: "Het bestuur van de Stichting FC Twente '65 moet als aandeelhoudster de statuten van FCT wijzigen naar een bestuursmodel met een professionele, sterke directie die het gezicht naar buiten vormt, onder toezicht van een RvC op voldoende afstand. Zo ontstaat duidelijkheid over ieders functie en verantwoordelijkheden." Bij S.C. Heerenveen was een bestuurscrisis ontstaan na het ontslag van de voorzitter van de one-tier board en kwam men "tot de conclusie dat het bestuursmodel one-tier board, waarbij de uitvoerende- en de toezichthoudende/adviserende functies in één orgaan zijn vertegenwoordigd, onvoldoende heeft gewerkt en dat S.C. Heerenveen Holding B.V. meer baat heeft bij een two-tier board, waarbij deze functies gescheiden zijn in twee organen (...)." (zie jaarverslag 2015-2016 S.C. Heerenveen Holding B.V., p. 17).

3.2.3.5 Concernrelaties

Tabel 4: CONCERNRELATIE (J/N)			
Aantal vennootschappen			
		Frequentie	%
Concern-relatie	JA	328	74,0
	NEE	115	26,0
	Totaal	443	100,0

Uit tabel 4 blijkt dat de data van de KvK bij 328 vennootschappen een concernrelatie vermelden. Dit betreft 74% van het totale aantal vennootschappen met een monistisch bestuursmodel.
Het kan hierbij gaan om een drietal concernrelaties: (i) rechtspersonen die optreden als bestuurder van een andere rechtspersoon, (ii) rechtspersonen die enig aandeelhouder zijn van een BV of NV, (iii) rechtspersonen ingeschreven in het Nederlandse handelsregister die zich aansprakelijk stellen voor een andere rechtspersoon.[104]
Het opvragen bij de KvK van een concernrelatietabel is achterwege gelaten vanwege de daarmee gemoeide kosten en het feit dat met een analyse van de data veel tijd zou zijn gemoeid.

3.2.4 Omvang en samenstelling van het bestuur

Wettelijk uitgangspunt is dat een monistisch bestuur een meerhoofdig bestuur is, omdat er een taakverdeling tussen ten minste één uitvoerende bestuurder (hierna ook: ub) en ten minste één niet-uitvoerende bestuurder (hierna ook: nub) dient plaats te vinden.
In de praktijk kan het zich voordoen dat de vennootschap blijkens haar statuten formeel een monistisch bestuursmodel kent, dat feitelijk echter niet als zodanig functioneert, omdat er bij de vennootschap (tijdelijk) ofwel geen ub ofwel geen nub in functie is. Ook deze vennootschappen maken deel uit van het onderzoek, nu zij formeel een monistisch bestuursmodel hanteren.

De KvK-data[105] inzake de 443 monistische vennootschappen zijn geanalyseerd op het punt van: (i) omvang van het bestuur, (ii) aantal ub's, (iii) aantal nub's alsmede (iv) verhouding tussen aantal ub's en aantal nub's. Hieruit komt het volgende beeld naar voren.

[104] https://server.db.kvk.nl/wwwsrvu/html/pop_helphr_bot_concernrelaties.htm.
[105] De onderzoekers plaatsen hierbij de kanttekening dat de KvK-data de stand van zaken weergeven zoals die door de rechtspersoon of andere daartoe bevoegde personen, is opgegeven aan de KvK. De KvK-data stemmen niet noodzakelijkerwijs overeen met de juridische situatie. Zo kan een persoon bij de KvK nog als bestuurder zijn ingeschreven, terwijl hij inmiddels als bestuurder is uitgetreden. Ook de spiegelbeeldige situatie kan zich voordoen: een persoon is tot bestuurder benoemd, maar hiervan heeft nog geen inschrijving plaatsgevonden bij de KvK.

Tabel 5: (i) Omvang bestuur			
Aantal vennootschappen			
		Frequentie	%
	1	11	2,5
	2	69	15,6
	3	103	23,3
	4	84	19,0
	5	62	14,0
	6	46	10,4
	7	34	7,7
	8	8	1,8
	9	9	2,0
	10	9	2,0
	11	3	,7
	12	2	,5
	13	2	,5
	14	1	,2
	Totaal	443	100

Uit tabel 5 blijkt dat de omvang van het bestuur varieert van één in functie zijnde bestuurder (elf vennootschappen) tot 14 bestuurders (één vennootschap). Het procentueel hoogste aantal vennootschappen (23,3%/103 vennootschappen) heeft een bestuur bestaande uit drie bestuurders.

Tabel 6: (ii) Aantal uitvoerende bestuurders			
Aantal vennootschappen			
		Frequentie	%
Aantal ub's	0	3	,7
	1	218	49,2
	2	152	34,3
	3	46	10,4
	4	24	5,4
	Totaal	443	100,0

Tabel 6 toont dat het aantal uitvoerende bestuurders varieert van nul tot vier. Het procentueel hoogste aantal vennootschappen (49,2%/218 vennootschappen) heeft één ub.

Tabel 7: (iii) Aantal niet-uitvoerende bestuurders			
Aantal vennootschappen			
		Frequentie	%
Aantal nub's	0	25	5,6
	1	118	26,6
	2	121	27,3
	3	66	14,9
	4	41	9,3
	5	29	6,5
	6	18	4,1
	7	7	1,6
	8	5	1,1
	9	8	1,8
	10	0	0
	11	3	,7
	12	1	,2
	13	1	,2
	Totaal	443	100,0

Uit de gegevens van tabel 7 blijkt dat het aantal niet-uitvoerende bestuurders varieert van 0 tot 13. Het procentueel hoogste aantal vennootschappen (27,3%/121 vennootschappen) heeft twee nub's.

Kijken we naar de verhouding tussen het aantal uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders in het monistische bestuur van de 443 vennootschappen, dan levert dat het volgende beeld op:

Tabel 8: (iv) Aantal nub's * Aantal ub's Kruistabel							
		Aantal uitvoerende bestuurders					
		0	1	2	3	4	Totaal
Aantal niet-uitvoerende bestuurders	0	0	11	10	2	2	25
	1	0	59	40	14	5	118
	2	0	61	41	8	11	121
	3	0	26	27	9	4	66
	4	1	21	10	8	1	41
	5	1	15	11	1	1	29
	6	1	11	5	1	0	18
	7	0	1	3	3	0	7
	8	0	4	1	0	0	5
	9	0	5	3	0	0	8
	11	0	2	1	0	0	3
	12	0	1	0	0	0	1
	13	0	1	0	0	0	1
	Totaal	3	218	152	46	24	443

Uit de bewerking van de KvK-data in kruistabel 8 blijkt dat bij 28 vennootschappen formeel sprake is van een monistisch bestuursmodel, dat feitelijk echter niet als zodanig functioneert.[106] Van deze 28 vennootschappen is bij 25 vennootschappen geen nub en bij drie vennootschappen geen ub ingeschreven bij de KvK.
Het procentueel hoogste aantal vennootschappen (13,8%/61 vennootschappen) heeft een driehoofdig bestuur bestaande uit één ub en twee nub's.

Voorts kan uit kruistabel 8 het volgende worden afgeleid over de verhouding tussen het aantal ub's versus het aantal nub's:
- bij 226 vennootschappen (51%) overtreft het aantal nub's het aantal ub's (groen);
- bij 110 vennootschappen (24,8%) is het aantal ub's gelijk aan het aantal nub's (grijs);
- bij 107 vennootschapen (24,2%) overtreft het aantal ub's het aantal nub's (rood)[107].

3.2.5 Eenpersoons-NV's/BV's

In een eenpersoons-NV of eenpersoons-BV worden alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap gehouden door één persoon.[108] De NV of BV dient van de

[106] Hierbij gaan de onderzoekers van de veronderstelling uit dat de vennootschap geen bestuurders heeft benoemd, waarvan niet blijkt uit het handelsregister omdat (nog) geen opgaaf ter inschrijving van deze bestuurders is gedaan aan de KvK.
[107] Bij 25 vennootschappen is dat het geval omdat er geen nub is ingeschreven bij de KvK.

persoonsgegevens van haar enig aandeelhouder ingevolge art. 2:22 lid 1 onderdeel e Hregb 2008 het handelsregister in kennis te stellen. In maart 2017 waren er blijkens de data van de KvK 144 eenpersoonsvennootschappen met een monistisch bestuursmodel ingeschreven bij het handelsregister. Bij 138 vennootschappen was de enig aandeelhouder een rechtspersoon, en bij de overige zes vennootschappen een natuurlijk persoon.

3.2.6 Intermezzo - beursvennootschappen met een monistisch bestuursmodel

3.2.6.1 Wet- en regelgeving

Beursvennootschappen opteren - in verhouding tot niet beursgenoteerde vennootschappen - relatief vaak voor een monistisch bestuursmodel (zie par. 3.2.2 en hierna par. 3.2.6.2).[109] Voor beursvennootschappen met een one-tier board gelden naast de bepalingen van Boek 2 BW die in beginsel van dwingend recht zijn, de bepalingen uit de Corporate Governance Code.[110] Ten tijde van het verrichten van onderhavig evaluatieonderzoek gold de Corporate Governance Code 2008 als de bij AMvB aangewezen gedragscode in de zin van art. 2:391 lid 5 BW.[111] De Code werkt op basis van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel en biedt hierdoor beursvennootschappen de mogelijkheid de in de Code neergelegde principes en best practice bepalingen toe te passen of desgewenst daarvan gemotiveerd af te wijken. Indien een beursvennootschap de Codebepalingen niet heeft toegepast of niet voornemens is deze in het lopende en daarop volgende boekjaar toe te passen, moet zij daarvan gemotiveerd opgave doen in het bestuursverslag.[112]
Nederlandse beursvennootschappen met uitsluitend een notering in het buitenland die in plaats van de Nederlandse Code een buitenlandse corporate governance code willen naleven, dienen hiervoor uitleg te geven in hun bestuursverslag. De ‘pas-toe-of-leg-uit’ regel biedt hiervoor het kader.[113]

Corporate Governance Code 2008

In de Corporate Governance Code 2008 zijn één principe en vier best practice bepalingen opgenomen die specifiek van toepassing zijn op vennootschappen met een one-tier

---

[108] Van een eenpersoonsvennootschap is eveneens sprake indien alle aandelen tot een huwelijksgemeenschap of gemeenschap van geregistreerd partnerschap behoren.
[109] Vgl. voor redenen van zeven Nederlandse beursvennootschappen om een monistisch bestuursmodel in te voeren: Rients Abma, 'Naar de one-tier Board', *Goed Bestuur* 2012-3.
[110] Vgl. Preambule onder 2 Corporate Governance Code 2008: "De Code is van toepassing op alle vennootschappen met statutaire zetel in Nederland waarvan de aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot een effectenbeurs, of meer specifiek tot de handel van een gereglementeerde markt of een daarmee vergelijkbaar systeem en op alle grote vennootschappen met statutaire zetel in Nederland (> € 500 miljoen balanswaarde) waarvan de aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op een multilaterale handelsfaciliteit of een daarmee vergelijkbaar systeem (hierna: beursvennootschappen)."
[111] Zie meer uitvoerig over de werking van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel: Deelonderzoek II hoofdstuk 6.
[112] Vgl. art. 3 Vaststellingsbesluit nadere voorschriften inhoud bestuursverslag.
[113] Monitoring Commissie Corporate Governance Code, *Advies over de verhouding tussen vennootschap en aandeelhouders en over het toepassingsbereik van de Code*, mei 2007, p. 22.

bestuursstructuur. Principe III.8 luidt: "De samenstelling en het functioneren van het bestuur waarvan zowel bestuurders deel uitmaken die zijn belast met de dagelijkse gang van zaken als bestuurders die daarmee niet zijn belast, moeten zodanig zijn dat een behoorlijk en onafhankelijk toezicht door laatstgenoemden is gewaarborgd." De vier best practice bepalingen zien kort gezegd op de onafhankelijkheid van de voorzitter van het bestuur (bpb III.8.1), de voorzitter van het bestuur (bpb III.8.2), samenstelling commissies (bpb III.8.3) en de samenstelling van het bestuur dat in meerderheid uit bestuurders bestaat die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast (bpb III.8.4). In het kader van onderhavig evaluatieonderzoek wordt met name stil gestaan bij de vraag in hoeverre bpb III.8.4 inhoudende dat het bestuur in meerderheid uit niet-uitvoerende bestuurders bestaat door beursvennootschappen wordt toegepast (zie par. 3.2.6.3).

Corporate Governance Code 2016

Op 8 december 2016 heeft de Monitoring Commissie Corporate Governance Code de herziene Corporate Governance Code 2016 gepubliceerd. Deze Code[114] is aangewezen als gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 5 BW door art. 2 van het Besluit inhoud bestuursverslag, Staatsblad 2017, 332.

Van belang is dat bij de in 2016 gehouden consultatieronde door de Nederlandse vereniging van Commissarissen en Directeuren (NCD) en de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) een aparte Code voor vennootschappen met een one-tier board is bepleit. Volgens deze organisaties zou dit de toegankelijkheid, duidelijkheid en bruikbaarheid van de Code voor vennootschappen met een one-tier board ten goede komen.

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (GCV) liet daarentegen weten de observatie van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code te delen dat de verschillen tussen de diverse one-tier boards zoals die in de Nederlandse rechtspraktijk voorkomen te groot zijn om een separate Code te rechtvaardigen. De GCV achtte het mede met het oog daarop van belang dat er voldoende flexibiliteit blijft voor ondernemingen om een one-tier board zodanig in te richten als passend is voor hun eigen governance model. Daarnaast zijn er veel principes uit de reguliere Code die op gelijke voet ook voor ondernemingen met one-tier boards zullen gelden. Ook om die reden acht de GCV een geïntegreerde aanpak in één Code te prefereren.

De Monitoring Commissie Corporate Governance Code heeft vastgehouden aan één Code die is toegeschreven op vennootschappen met een two-tier bestuursstructuur, maar ook van toepassing is op vennootschappen met een one-tier bestuursstructuur. In een apart hoofdstuk 5 zijn één principe en vijf best practice bepalingen opgenomen die specifiek van toepassing zijn op de one-tier board. Principe 5.1 luidt: "De samenstelling en het functioneren van het bestuur waarvan zowel uitvoerende als niet-uitvoerende bestuurders deel uitmaken moeten zodanig zijn dat het toezicht door niet-uitvoerende

[114] De Nederlandse Corporate Governance Code 2016 is gepubliceerd in Staatscourant nr. 45259 d.d. 21 augustus 2017.

bestuurders naar behoren kan worden uitgevoerd en onafhankelijk toezicht is gewaarborgd." De vijf best practice bepalingen zien kort gezegd op de samenstelling van het bestuur dat in meerderheid uit niet-uitvoerende bestuurders bestaat (bpb 5.1.1), de voorzitter van het bestuur (bpb 5.1.2)[115], de onafhankelijkheid van de voorzitter van het bestuur (bpb 5.1.3), samenstelling commissies (bpb 5.1.4) en de verantwoording van het uitgeoefende toezicht door niet-uitvoerende bestuurders (bpb 5.1.5). Laatstbedoelde best practice bepaling is nieuw en houdt in dat de niet-uitvoerende bestuurders verantwoording dienen af te leggen over het uitgeoefende toezicht in het afgelopen boekjaar. Deze verantwoording betreft in ieder geval onderwerpen bedoeld in de specifieke best practice bepalingen die in bpb 5.1.5 zijn vermeld. Blijkens de toelichting op de herziene Code wordt de verantwoording door de niet-uitvoerende bestuurders opgenomen in het bestuursverslag dan wel in een apart verslag. Het verslag wordt bij of met de jaarstukken gepubliceerd. Voorts is van belang dat in de toelichting op de herziene Code een schakelbepaling is opgenomen waarin de bepalingen in de Code die betrekking hebben op commissarissen ook van toepassing worden verklaard op de niet-uitvoerende bestuurders, onverminderd de overige verantwoordelijkheden die de niet-uitvoerende bestuurders hebben. Waar dat niet mogelijk is, geldt het 'pas-toe-of-leg-uit' principe.
Salemink heeft erop gewezen dat het wenselijk zou zijn dat de herziene Code op een aantal onderdelen meer toelichting of *guidance* geeft voor de specifieke toepassing van codebepalingen omtrent commissarissen op niet-uitvoerende bestuurders. Salemink noemt als voorbeeld het goedkeuringsrecht dat de RvC volgens de herziene Code heeft ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten. Niet duidelijk is hoe dit goedkeuringsrecht moet worden toegepast binnen een one-tier board.[116]

3.2.6.2 Aantal monistische beursvennootschappen

In juli 2017 waren er in totaal 168 Nederlandse vennootschappen, waarvan 102 vennootschappen met een primaire Nederlandse notering en 66 vennootschappen met een buitenlandse notering. Van deze 168 beursvennootschappen zijn 44 vennootschappen uitgerust met een monistisch bestuursmodel. Dit komt neer op een percentage van ruim 26%. Hiervan hebben 11 vennootschappen een primaire officiële notering aan Euronext Amsterdam. Dit komt neer op een percentage van 10,8% van het totale aantal vennootschappen met een primaire officiële notering aan Euronext Amsterdam. De overige 33 monistische beursvennootschappen hebben een officiële of

[115] Ingevolge bpb 5.1.2 leidt de voorzitter van het bestuur de vergaderingen van het bestuur. Hij ziet er op toe dat het bestuur als collectief alsmede de commissies van het bestuur evenwichtig zijn samengesteld en naar behoren functioneren.
[116] T. Salemink, 'De one-tier board volgens de herziene Corporate Governance Code', *MvO* 2017, nummer 1 en 2, p. 18-19.

niet-officiële notering[117] buiten Nederland.[118] Dit komt neer op een percentage van 50% van het totale aantal beursvennootschappen in den vreemde.[119]

Tabel 9: Aantal Nederlandse beursvennootschappen		
	Nederlandse vennootschappen met een primaire officiële notering aan Euronext Amsterdam	Nederlandse vennootschappen met officiële en niet-officiële notering buiten Nederland
Totaal aantal	102	66
waarvan monistisch	11	33
% monistisch	10,8%	50%

3.2.6.3 Aantal ub's en aantal nub's in monistische beursvennootschappen

Bpb III.8.4 Corporate Governance Code 2008 houdt in dat het bestuur van de beursvennootschap in meerderheid uit niet-uitvoerende bestuurders bestaat. Van de elf in Amsterdam genoteerde monistische beursvennootschappen passen negen vennootschappen deze codebepaling toe. Van de 33 monistische beursvennootschappen met een officiële en niet-officiële notering buiten Nederland passen 31 vennootschappen de codebepaling toe en bestaat het bestuur in meerderheid uit niet-uitvoerende bestuurders.
Van de in totaal 44 monistische beursvennootschappen overtreft bij 40 vennootschappen het aantal nub's het aantal ub's. Meer dan 90% van de monistische beursvennootschappen past derhalve bpb III.8.4 toe.

3.2.7 Intermezzo - SE's met een monistisch bestuursmodel

3.2.7.1 Wet- en regelgeving

Het SE-Statuut[120] bood al ruim voor de inwerkingtreding op 1 januari 2013 van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv een rechtsgrondslag voor en een nadere regeling van het monistische bestuursmodel voor de SE (zie art. 43 e.v. SE-Verordening). De achtergrond hiervan is dat de Europese wetgever de SE verplicht om in de statuten in

[117] Dat wil zeggen vennootschappen wier aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of een daarmee vergelijkbaar systeem of toegelaten zijn tot de handel op een multilaterale handelsfaciliteit of een daarmee vergelijkbaar systeem.
[118] De in par. 3.2.6.2 vermelde aantallen zijn mede gebaseerd op gegevens die aan het onderzoeksteam ter beschikking zijn gesteld door Eumedion.
[119] Zie over de keuze van Nederlandse vennootschappen met een buitenlandse notering voor een one-tier board: W.J.L. Calkoen, 'One-Tier Board: een empirisch onderzoek', *Ondernemingsrecht* 2014/4; A.A. Bootsma en J.B.S. Hijink, 'De beurs-NV in den vreemde', *Ondernemingsrecht* 2014/15.
[120] Op 8 oktober 2001 heeft de Raad van de Europese Unie Verordening nr. 2157/2001 vastgesteld betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE-Statuut). De SE is een supranationale rechtsvorm van het NV-type. Bij en na oprichting van de SE moeten de regels van het SE-Statuut in acht worden genomen evenals de nationale uitvoeringswetgeving. De Nederlandse Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap dateert van 17 maart 2005 (*Stb.* 2005, 150) en is op 1 april 2005 in werking getreden (*Stb.* 2005, 151).

intern toezicht te voorzien, waarbij de SE de keuze heeft tussen een monistische bestuursstructuur en een dualistische bestuursstructuur. Van belang is dat de SE-Verordening nadere regels bevat voor de SE met een monistisch bestuur.
Zo dient het bestuursorgaan ten minste om de drie maanden bijeen te komen (art. 44). Het bestuursorgaan kiest uit zijn midden een voorzitter. Wanneer de helft van de leden van het bestuursorgaan door de werknemers wordt benoemd, mag alleen een lid dat door de AV is benoemd tot voorzitter worden gekozen (art. 45). Indien de stemmen staken heeft de voorzitter een doorslaggevende stem, tenzij de statuten anders bepalen (art. 50 lid 2). Ook de Nederlandse Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap bevat nadere regels voor de SE met een monistisch bestuursmodel. Zo bepaalt art. 13 dat het bestuur uit ten minste drie leden dient te bestaan en schrijft art. 14 voor dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen moeten zijn.

3.2.7.2 Aantal monistische SE's

Blijkens de data van de KvK waren er in maart 2017 31 Nederlandse SE's ingeschreven in het handelsregister waarvan er zeventien SE's hebben gekozen voor een monistisch bestuursmodel en veertien SE's voor een dualistisch bestuursmodel.

3.2.7.3 SE's vallen buiten reikwijdte evaluatieonderzoek monistische bestuursmodel

De Nederlandse SE maakt geen deel uit van het evaluatieonderzoek van het monistische bestuursmodel. Weliswaar gaat het om een vennootschap van het NV-type, maar de SE-Verordening en de Nederlandse Uitvoeringswet verordening Europese vennootschap boden al voor 1 januari 2013 een nadere regeling van het monistische bestuursmodel voor de SE.

Onderhavig evaluatieonderzoek ziet op de evaluatie van de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel zoals deze door de inwerkingtreding op 1 januari 2013 van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv voor nationale NV's en BV's met een dergelijk model geldt. Zo nodig wordt bij de beoordeling van voormelde wettelijke regeling een vergelijking gemaakt met de SE-regeling.

3.2.8 Intermezzo - bestuursmodellen: bestuur mét en zonder toezicht

In dit deelonderzoek I staat het monistische bestuursmodel (one-tier board/OTB) centraal. Kenmerk van dit model is dat het interne toezicht op de bestuurders in het bestuursorgaan zelf is georganiseerd: de niet-uitvoerende bestuurders houden toezicht op zowel de uitvoerende bestuurders als de niet-uitvoerende bestuurders.[121] Daarnaast kent Nederland van oudsher het dualistische bestuursmodel (two-tier board/TTB) waarin het interne toezicht op het bestuur en de bestuurders is georganiseerd via een afzonderlijk vennootschapsorgaan: de RvC. Van belang is de notie dat er geen *algemene* verplichting bestaat voor vennootschappen om in toezicht te voorzien. Hoewel de Corporate Governance Code ervan uitgaat dat de beursvennootschap een RvC of een

[121] Zie meer uitvoerig over toezicht in een one-tier board: B. Bier, 'Enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht', *Ondernemingsrecht* 2017/105.

one-tier board heeft ingesteld, is de beursvennootschap daartoe niet wettelijk verplicht. Tijdens het evaluatieonderzoek is de onderzoekers gebleken van in ieder geval drie beursvennootschappen die geen RvC of een one-tier board hebben ingesteld.
In bepaalde gevallen verplicht de wetgever vennootschappen om in toezicht te voorzien. Zo zijn SE's (zie par. 3.2.7.1) en structuurvennootschappen verplicht om een OTB of een TTB in te stellen.[122] Uit data van de KvK blijkt dat er 420 structuurvennootschappen zijn, waarvan vier hebben gekozen voor een OTB en 416 voor een TTB (zie par. 3.2.3.2). Voorts blijkt uit deze data dat 8588 vennootschappen 'vrijwillig' in toezicht hebben voorzien, waarvan 339 hebben gekozen voor een OTB en 8249 voor een TTB. Het overgrote deel van de vennootschappen te weten 891.503 vennootschappen heeft een bestuur zonder toezicht (BZT). Met het BZT-model duiden de onderzoekers het bestuursmodel aan waarbij de vennootschap statutair niet in toezicht op de bestuurders heeft voorzien via een OTB of een TTB. Dit neemt niet weg dat ook in het BZT-model toezicht op de bestuurders plaatsheeft door de AV en voorts, bij een meerhoofdig bestuur, door de bestuurders onderling.

Tabel 10[123]: aantal NV's en BV's met een OTB, TTB of BZT			
	OTB (one-tier board)	TTB (two-tier board)	BZT (bestuur zonder toezicht)
Totaal aantal vennootschappen	443	8665	891.503
Onderverdeeld in: - verplicht toezicht; aantal structuurvennootschappen - 'vrijwillig' toezicht; niet-structuurvennootschappen	4 339	416 8249	n.v.t.

3.3 Toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk; kwalitatieve bevindingen interviews (onderzoeksvraag 4)

3.3.1 Werkwijze interviews; procesmatig

Om een beeld te krijgen van de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk is ook een aantal 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel bevraagd over de keuze voor het monistische bestuursmodel, de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap alsmede naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neveneffecten). De interviews hebben plaatsgehad met personen die als uitvoerend bestuurder, niet-uitvoerend bestuurder, company secretary, general counsel, legal counsel, secretaris of

[122] Een ander voorbeeld is art. 3:19 Wft dat banken en verzekeraars verplicht om te voorzien in een RvC.
[123] De in tabel 10 vermelde aantallen zijn gebaseerd op data (peildatum maart 2017) die de KvK aan de onderzoekers heeft verstrekt.

directeur verbonden zijn aan de vennootschap.

Het aantal gehouden interviews is onvoldoende om daaruit statistisch onderbouwde conclusies te trekken. De interviews beogen een impressie te geven van de wijze waarop het monistische bestuursmodel is ingericht en functioneert in de desbetreffende vennootschappen alsmede van de ervaringen die deze gebruikers met dit bestuursmodel hebben opgedaan.

3.3.1.1 Selectiecriteria vennootschappen en te interviewen personen

Aanvankelijk had het onderzoeksteam in samenspraak met de externe begeleidingscommissie een drietal cumulatieve criteria opgesteld waaraan de negen voor de interviews te selecteren vennootschappen dienden te voldoen:
(i) drie beursvennootschappen, drie met private equity gefinancierde vennootschappen, drie familievennootschappen;
(ii) de vennootschap heeft een transitie doorgemaakt van een dualistisch naar een monistisch bestuursmodel;
(iii) de vennootschap kwalificeert als 'groot' in de zin van het jaarrekeningenrecht.

Via het KvK-databestand en aanvullend onderzoek via websites konden beursvennootschappen met een monistisch bestuursmodel worden getraceerd.
Om monistische vennootschappen met private equity investeerders te traceren, is gebruik gemaakt van het KvK-databestand in combinatie met de voor het publiek toegankelijke database van de Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (NVP).[124] Familievennootschappen met een monistisch bestuursmodel zijn gevonden door raadpleging van websites van vennootschappen.

In de loop van het onderzoek bleek het lastig te zijn om van elk van de onder (i) bedoelde typen van vennootschappen drie vennootschapen (bereid) te vinden die ook aan de onder (ii) en (iii) bedoelde criteria voldeden.

Het onderzoeksteam heeft hierover overleg gehad met de begeleidingscommissie en in samenspraak is besloten dat de selectiecriteria (ii) en (iii) niet noodzakelijkerwijze behoefden te worden gehanteerd. Het gaat immers om de werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk. Ook het functioneren van de one-tier board van vennootschappen die geen transitie hebben doorgemaakt en/of niet als 'groot' kwalificeren, is van belang.
Voorts is in overleg met de begeleidingscommissie besloten om de interviews bij voorkeur af te nemen met een bestuurder van de vennootschap of met de general counsel[125] van de vennootschap (zie hierna par. 3.3.1.2).

[124] De NVP (www.nvp.nl/) is een brancheorganisatie van participatiemaatschappijen in Nederland en vertegenwoordigt 90% van het private equity en venture capital vermogen onder beheer in Nederland.
[125] Of met een persoon die een vergelijkbare positie in de vennootschap heeft.

3.3.1.2 Geselecteerde vennootschappen en de geïnterviewde personen

Er zijn gedurende het onderzoek zestien vennootschappen benaderd met een verzoek om medewerking te verlenen aan een interview. Vier vennootschappen zijn op verzoek van het onderzoeksteam benaderd door de kantoren Van Doorne, Houthoff Buruma en CMS Derks Star Busmann. De overige twaalf vennootschappen zijn door het onderzoeksteam per mail benaderd. Hierbij werd een brief van het WODC met een verzoek tot medewerking aan het evaluatieonderzoek meegestuurd.
Van de benaderde vennootschappen bleken zeven vennootschappen niet bereid te zijn om mee te werken aan een interview. De redenen die hiervoor werden aangegeven varieerden: vijf vennootschappen lieten weten dat de bestuurders respectievelijk de general counsel niet beschikbaar zijn voor een interview, soms onder de specifieke vermelding dat de agenda het niet toeliet. Eén vennootschap liet weten dat het monistische systeem werkt voor de vennootschap en dat men tevreden is over de one-tier board, maar dat er verder geen diepere ideeën hierover bij de vennootschap bestaan. Eén vennootschap heeft - ook na herhaaldelijke verzoeken daartoe - niet gereageerd.

Van de vennootschappen/personen die hebben meegewerkt aan een interview is het beeld als volgt:

Tabel 11: Bij de interviews betrokken vennootschappen en personen

Type vennootschap	BV/ NV	Kwalificatie jaarrekening criteria	Transitie van TTB naar OTB	Functie geïnterviewde personen
Beursvennootschap	NV	G	Ja	Company Secretary
Beursvennootschap	NV	G	Ja	General Counsel
Beursvennootschap	NV	G	Nee	General Counsel
Private equity vennootschap	BV	K	Ja	Uitvoerend bestuurder
Private equity vennootschap	BV	M	Ja	Legal Counsel en CFO
Private equity vennootschap	BV	M	Ja	Uitvoerend bestuurder (CEO) en General Counsel
Familievennootschap	BV	M	Ja	Uitvoerend bestuurder
Familievennootschap	BV	G	Ja	Niet-uitvoerend bestuurder
Familievennootschap	BV	G	Nee	Secretaris

De desbetreffende vennootschappen opereren alle niet alleen nationaal, maar ook internationaal.

De interviews zijn afgenomen vanaf eind maart 2017 tot en met begin juli 2017. Zeven vennootschappen hadden ten tijde van de interviews gedurende bijna twee jaar tot ruim vier jaar ervaring met het monistische bestuursmodel opgedaan. Twee vennootschappen beschikten zelfs over een track record van tien respectievelijk zes ervaringsjaren.

Van belang is voorts dat alle geïnterviewde personen naast ervaring met een one-tier board ook beschikken over ervaring met een two-tier board, hetzij omdat zij in het verleden werkzaam zijn geweest bij een vennootschap met een RvC, hetzij omdat zij een commissariaat bekleden bij een andere vennootschap. Hierdoor waren zij in staat om de werking van beide bestuursmodellen in de praktijk met elkaar te vergelijken.

3.3.1.3 Werkwijze afname interviews

De interviews zijn afgenomen door steeds hetzelfde lid van het onderzoeksteam met behulp van een vragenlijst (zie hierna). Deze vragenlijst werd van tevoren aan de respondenten toegestuurd. Zeven interviews zijn face to face afgenomen en duurden één tot twee uur per interview. Twee interviews hebben uit praktische overwegingen telefonisch plaatsgevonden en duurden een half uur respectievelijk één uur per interview. Om vertrouwelijkheid te garanderen is voorafgaand met de respondenten afgesproken dat de uit de interviews verkregen informatie op anonieme wijze in het onderzoeksverslag wordt verwerkt. De onderzoeker die het interview afnam heeft ter voorbereiding op ieder interview de statuten alsmede een actueel en historisch KvK-uittreksel van de desbetreffende vennootschap bestudeerd.

3.3.1.4 Vragenlijst

De interviews hebben op een semigestructureerde wijze plaatsgevonden aan de hand van een door het onderzoeksteam - in samenspraak met de externe begeleidingscommissie - opgestelde vragenlijst. Bij het opstellen van de vragenlijst waren de door het WODC geformuleerde onderzoeksvragen (zie hiervoor par. 1.2) leidend. In de vragenlijst zijn de volgende vijf onderwerpen opgenomen: (I) Keuze voor het monistische bestuursmodel, (II) Omvang en samenstelling van het monistische bestuur, (III) Functioneren monistische bestuur /niet-uitvoerende bestuurders, (IV) Beoordeling/waardering van het monistische bestuursmodel en (V) Aanbevelingen. Bij ieder onderwerp zijn één of meer deelvragen opgenomen. De vragenlijst is opgenomen in Bijlage 2 van dit rapport.

Tijdens de gesprekken zijn alle onderwerpen ter sprake gebracht. Hierbij verdient aantekening dat het stellen van bepaalde deelvragen soms achterwege is gelaten. De achtergrond hiervan is tweeërlei:

(i) bepaalde vragen konden door de onderzoeker soms al worden beantwoord met behulp van data van de KvK of de statuten respectievelijk de jaarstukken van de desbetreffende vennootschap;

(ii) bepaalde vragen zijn toegesneden op de situatie dat de vennootschap een transitie heeft doorgemaakt van een dualistisch naar een monistisch bestuursmodel en/of als 'groot' kwalificeert. Ingeval een vennootschap werd geïnterviewd die niet aan (één van) deze criteria voldeed, werden de desbetreffende deelvragen niet gesteld.

3.3.2 Inhoudelijke bevindingen interviews; inhoudsmatig

In par. 3.3.3 tot en met par. 3.3.7 wordt per onderwerp een beeld geschetst van hetgeen bij de desbetreffende vennootschappen uit de interviews naar voren is gekomen. Hierbij zijn ook de statuten van de vennootschappen en de data van de KvK betrokken.

3.3.3 Keuze voor het monistische bestuursmodel

Bij zeven van de geïnterviewde vennootschappen is de keuze voor het monistische model tussen januari 2013 - augustus 2015 statutair verankerd. Bij één geïnterviewde vennootschap bestond de board al sinds 2007 uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. In 2013 is in de statuten van deze vennootschap het monistische bestuursmodel scherper neergezet en in overeenstemming gebracht met de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. Een andere geïnterviewde vennootschap beschikte al sinds 2011 over een one-tier board.
Ten tijde van het houden van de interviews beschikten zeven vennootschappen derhalve over bijna twee jaar tot ruim vier jaar en twee vennootschappen zelfs over tien jaar respectievelijk ruim zes jaar ervaring met het monistische bestuursmodel.

Bij twee geïnterviewde beursvennootschappen werd het initiatief om een one-tier board te implementeren genomen door het bestuur/RvC. Bij één beursvennootschap, de private equity-vennootschappen (hierna ook: PE-vennootschappen) en de familievennootschappen lag het initiatief met name bij de groot-aandeelhouder(s).
Bij alle vennootschappen verliep het proces van implementatie van het monistische bestuursmodel in de statuten van de vennootschap soepel en kon de transitie ook op medewerking van de RvC rekenen.

Uit de interviews blijkt dat aan de keuze voor een monistisch bestuursmodel uiteenlopende motieven ten grondslag lagen.

Eén van de geïnterviewde beursvennootschappen wilde haar bestuursstructuur zoveel mogelijk laten aansluiten bij die van haar buitenlandse joint venture partner. In de praktijk vergaderden het bestuur en de RvC al gezamenlijk. Met de keuze voor en statutaire implementatie van het monistische bestuursmodel is gewacht totdat in Nederland een en ander juridisch was uitgekristalliseerd. Toen door de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv op 1 januari 2013 een juridisch kader werd geboden voor het monistische bestuursmodel is de transitie in gang gezet.

Bij een andere beursvennootschap is de one-tier board het referentiekader van de CEO en de voorzitter, omdat dit in het land van herkomst het gangbare model is. Een rol speelde ook het *investment*-perspectief: het monistische bestuursmodel is bekend bij buitenlandse aandeelhouders. Voorts is de vennootschap actief op de Amerikaanse markt waar het monistische model een vertrouwd model is.
Bij een derde beursvennootschap werd in het kader van de beursgang een transitie naar

het monistische bestuursmodel gemaakt, om Amerikaanse en Engelse investeerders een herkenbare omgeving te bieden.

Bij één van de bevraagde PE-vennootschappen stipuleerde de Angelsaksische investeerder het monistische bestuursmodel vanwege de vertrouwdheid met dit systeem.
Bij een andere PE-vennootschap beoogde de investeerder door middel van af te vaardigen nub's een nauwe en actieve betrokkenheid bij het bestuur. Ook speelde bij de keuze voor de one-tier board een rol dat mocht de PE-investeerder in de toekomst haar aandelen in de vennootschap willen verkopen, het aantrekkelijk is dat de vennootschap is uitgerust met een internationaal herkenbaar bestuursmodel.
Bij de derde PE-vennootschap speelde een bijzondere situatie. De vennootschap kende een dualistisch bestuursmodel waarbij haar twee bestuurders tevens aandeelhouder waren en de enig commissaris een 'afgevaardigde' was van de derde aandeelhouder, een PE-investeerder. De bestuurders wilden op een gegeven moment een stapje terug doen. Gelet op de jonge leeftijd van de beoogde nieuwe bestuurders was het raadzaam dat deze hun verantwoording konden delen met meer ervaren nub's. Vandaar dat voor de one-tier board is gekozen, waarin de voormalige bestuurders en de commissaris een positie als nub kregen. Zijdelings speelde bij deze vennootschap ook een rol het mogelijk aantrekken van een buitenlandse bestuurder die bekend was met de one-tier board en niet met de two-tier board.

Ook bij één van de geïnterviewde familievennootschappen werd de keuze voor een one-tier board gemaakt, omdat de bestuurders tevens enige aandeelhouders een stapje terug wilden doen. Zij wilden nog wel direct betrokken blijven bij de vennootschap en vonden de commissarisrol teveel een rol op afstand. Vandaar dat zij kozen voor een one-tier board waarin zij samen met een voormalig commissaris als nub fungeren en een ervaren persoon is geworven om als enig ub te fungeren. Deze professionele 'externe' bestuurder heeft de operationele leiding gekregen.
Een andere familievennootschap maakte de keuze voor het monistische bestuursmodel, omdat volgens de gesprekspartner dit niet-hiërarchische model past bij de directe betrokkenheid die familieleden hebben bij het familiebedrijf. Door de directe betrokkenheid van familieleden als nub of anderszins in de one-tier board, worden alle bij het familiebedrijf betrokken belangen betrokken bij de besluitvorming door het bestuur.
Bij de derde familievennootschap was de keuze voor het monistische bestuursmodel ingegeven door de wens om participatief toezicht te vergroten. Ook deed zich bij deze vennootschap een specifieke situatie voor waarbij een voor de vennootschap belangrijke persoon een positie kon worden gegeven in de one-tier board.

Aan de gesprekspartners is de vraag voorgelegd of de redenen van de vennootschap om voor een monistisch bestuursmodel te kiezen valide zijn gebleken; zijn met andere woorden de verwachtingen uitgekomen?
Het merendeel van de bevraagde vennootschappen liet weten dat het systeem werkt zoals verwacht.

Een van de beursvennootschappen merkte op dat door de one-tier board alles helderder is geworden. In de notulen hoeft ook geen onderscheid meer te worden gemaakt welk orgaan welk besluit genomen heeft. Het is één orgaan, één board die besluiten neemt. Ook wordt erop gewezen dat de nub's dichter op de business zitten. Dit geldt vooral voor de voorzitter. Zijn positie is in dit opzicht volgens de gesprekspartner totaal onvergelijkbaar met die van de voorzitter van een RvC.
Een andere beursvennootschap merkte op dat het merendeel van de board members, gelet op hun roots, al een one-tier board was gewend. Bij hen kan wellicht niet zozeer worden gesproken van verwachtingen die uitkomen. Zij kennen immers geen ander model dan het one-tier model. Daarentegen kenden de Nederlandse board members en de general counsel van deze beursvennootschap destijds alleen het two-tier bestuursmodel. Zij hadden veel meer verschillen verwacht tussen beide bestuursstelsels. Na vier jaar te hebben gewerkt met een one-tier board is hun conclusie nu dat het in essentie heel veel lijkt op een two-tier board. De gesprekspartner signaleert wel een duidelijk verschil met de two-tier board wat betreft de voorzitter. Deze is veel meer en nauwer betrokken bij de business. Zijn rol grenst af en toe aan het uitvoerende. Het is een *fine line*.
Een derde beursvennootschap die in het kader van de beursgang een transitie naar een one-tier board had gemaakt, liet weten dat de vennootschap pre-beursgang weliswaar formeel een two-tier board kende maar dat deze facto een one-tier board benaderde. De verklaring hiervoor was dat in de aandeelhoudersovereenkomst een lijst met bestuursbesluiten was opgenomen die waren onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de RvC. Hierdoor was de RvC al nauw en tijdig betrokken bij de besluitvorming door het bestuur.

Eén van de PE-vennootschappen liet weten dat de one-tier board precies heeft geboden wat men destijds voor ogen gehad. Voor de ub's was de bestuursopdracht, mede gelet op hun jonge leeftijd, (te) groot. Er was ook geen financiële speelruimte om fouten te maken. Het is dan goed om de verantwoording te kunnen delen met nub's die gelet op hun voormalige rol als bestuurder of commissaris bij de vennootschap, beschikken over ruime ervaring en expertise. Indien er een belangrijk gesprek plaats heeft met de bank wordt de ub ook vergezeld door een nub. Diens ervaring en senioriteit leggen gewicht in de schaal. De gesprekspartner van een andere PE-vennootschap relativeerde de herkenbaarheid/vertrouwdheid met een monistisch bestuursmodel in internationale verhoudingen vanwege de omstandigheid dat de regels die gelden voor een one-tier

board per land verschillen. Er is dan wel weer een local counsel nodig om die verschillen uit te leggen.

De gesprekspartner van één van de familievennootschappen merkte op dat de one-tier board aan de verwachtingen voldoet, met de kanttekening dat de rol/positie van ub en die van de nub's steeds goed moeten worden onderscheiden. Volgens deze gesprekpartner moet men zich terdege realiseren dat nub's niet 24/7 bij het bedrijf actief zijn en ook niet dagelijks met de ub aan tafel zitten. De nub's zijn echter wel medeverantwoordelijk. Zij moeten daarom goed worden geïnformeerd, zodat er geen informatieachterstand ontstaat. De ub moet ervoor zorgen (en dat is een extra inspanning) dat er geen informatieachterstand is en door de nub's ook niet gevoeld wordt. Van belang hierbij is dat de ub de informatieverstrekking structureert. Hij moet dus niet constant met allerlei losse e-mails de nub's informeren, want dan bestaat juist de kans dat zij belangrijke informatie missen.
Een gesprekspartner van een andere familievennootschap had wellicht wat meer verwacht van samenwerking in de board, van het participatieve toezicht. Hij realiseert zich nu dat het gekozen boardmodel hiervoor eigenlijk niet uitmaakt en dat dit ook in een RvC-model kan worden gerealiseerd.

De vraag of er in de praktijk andere voor- of nadelen aan het licht zijn gekomen, werd door het merendeel van de bevraagde vennootschappen ontkennend beantwoord.
Wel werd door een beursvennootschap opgemerkt dat de Nederlandse board members een zekere bezorgdheid hadden om als nub een groter aansprakelijkheidsrisico te lopen. Dit is destijds opgelost door de dekkingsomvang van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering te verhogen.

In één van de bevraagde PE-vennootschappen wordt het door de ub soms als lastig ervaren dat de nub's ook aandeelhouder zijn. Volgens de gesprekspartner ontstaat hierdoor soms een spanningsveld doordat de ub op de groei van het bedrijf let, terwijl bij de nub's soms meer de waarde van het bedrijf en het aandeel voorop staan. Hierdoor kan de ub in bepaalde gevallen niet zo goed klankborden met de nub's.
Bij een andere PE-vennootschap wordt het juist door de ub als een meerwaarde ervaren dat de nub's ook de grootaandeelhouder vertegenwoordigen. Doordat het bedrijfsbelang en het belang van de aandeelhouder hierdoor dicht tegen elkaar aan liggen, is sprake van een grote betrokkenheid van de nub's en kan slagvaardig worden gehandeld.

3.3.4 Omvang en samenstelling van het monistische bestuur

3.3.4.1 Ten tijde van en na de implementatie van de one-tier board

Aan de vennootschappen die een transitie hebben doorgemaakt van een dualistisch bestuursmodel naar een monistisch bestuursmodel is de vraag voorgelegd of ten tijde van de implementatie van de one-tier board ook een wijziging heeft plaatsgevonden in de

omvang/samenstelling van de board. Wat was met andere woorden voor de transitie het aantal bestuursleden en het aantal commissarissen versus het aantal uitvoerende en het aantal niet-uitvoerende bestuurders na de transitie. Bij drie vennootschappen (een beursvennootschap, een PE-vennootschap en een familievennootschap) was de omvang en samenstelling van de board stabiel. Bij één beursvennootschap werd de board uitgebreid met één nub. De achtergrond hiervan was de wens een oneven aantal bestuurders te hebben, teneinde de situatie van staken van stemmen bij de besluitvorming door de board zoveel mogelijk te voorkomen. Bij twee PE-vennootschappen veranderde de omvang en samenstelling van de board door uitbreiding met één nub respectievelijk twee nub's. Deze uitbreiding had te maken met wensen van de PE-investeerder.
Bij één familievennootschap slankte ten tijde van de invoering van de one-tier board de omvang van het bestuur af met één ub. De reden hiervoor was gelegen in de omstandigheid dat twee personen die in het dualistische systeem bestuurder waren een positie als nub kregen waardoor voortaan één ub voor de operationele leiding volstond.

Bij twee PE-vennootschappen en een familievennootschap keerden niet alle zittende commissarissen terug in de positie van niet-uitvoerende bestuurder. De reden daarvoor was niet dat zij geen deel uit wilden maken van een one-tier board, maar was bij de PE-vennootschap terug te voeren op de wens van de PE-investeerder om bepaalde personen als nub te positioneren in het bestuur van de vennootschap en bij de familievennootschap op de pensionering van de zittende commissarissen.

Aan alle geïnterviewde vennootschappen is de vraag gesteld of na de implementatie van de one-tier board nog een wijziging heeft plaatsgevonden in het aantal uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Dit was het geval bij vijf vennootschappen. Bij één beursvennootschap werd het bestuur met één ub en vijf nub's uitgebreid, hetgeen was ingegeven door de groei van het door de vennootschap uitgeoefende bedrijf. Bij een andere vennootschap daarentegen was sprake van inkrimping van de board met twee nub's. Deze nub's waren in het verleden op basis van een nominatie van een bepaalde aandeelhouder benoemd. Toen deze aandeelhouder zijn nominatierecht verloor, traden de desbetreffende nub's terug. Bij één PE-vennootschap vond een uitbreiding plaats met twee nub's, maar een afslanking met één ub. De reden hiervan was dat de zittende ub's hun positie inruilden voor een functie als nub en volstaan kon worden met het aantrekken van één nieuwe ub. Bij één familievennootschap vond een uitbreiding plaats met één nub, vanwege een bepaalde expertise die tot dan toe in de board ontbrak. Bij één PE-vennootschap was sprake van inkrimping van de board met één ub. Dit had een financiële achtergrond: hierdoor kon een kostenbesparing worden gerealiseerd.

3.3.4.2 Omvang en samenstelling van het bestuur (ub's en nub's, gender, nationaliteit)

De omvang van het monistische bestuur bij de geïnterviewde vennootschappen varieert van vier bestuurders tot tien bestuurders. Bij zeven van de negen bevraagde vennootschappen overtreft het aantal nub's het aantal ub's. Bij de vennootschappen die als groot kwalificeren zijn de nub's ten opzichte van de ub's zelfs vergaand in de meerderheid. Bij twee beursvennootschappen en één familievennootschap is statutair verankerd dat het aantal nub's groter moet zijn dan het aantal ub's.
Bij één PE-vennootschap is het aantal ub's gelijk aan het aantal nub's.
Eén familievennootschap heeft meer ub's (drie) dan nub's (twee). Dit is geen bewuste keuze. Bij de vennootschap bestaat de wens om het bestuur uit te breiden met een nub maar de persoon met de gevraagde expertise is nog niet gevonden.
De diversiteit in de board op het punt van nationaliteit en gender is bij de beursvennootschappen het grootst. Bij twee beursvennootschappen participeren bestuurders van diverse nationaliteiten en gender. Bij de derde beursvennootschap is sprake van diversiteit wat betreft de nationaliteit van de bestuurders.
Bij één PE-vennootschap is sprake van diversiteit zowel wat betreft nationaliteit als gender van de bestuurders. Twee familievennootschappen kennen in het bestuur genderdiversiteit. Bij de overige twee PE-vennootschappen en bij één familievennootschap bestaat het bestuursorgaan uit Nederlandse mannen.

3.3.4.3 Vacatures

Tijdens de interviews is de vraag gesteld of zich sinds de implementatie van het monistische bestuursmodel in de vennootschap vacatures in het bestuur hebben voorgedaan. Indien dat het geval was luidde de vervolgvraag of het voor de vennootschap lastig was om een niet-uitvoerende bestuurder aan te trekken.
Bij drie beursvennootschappen, twee PE-vennootschappen en twee familievennootschappen hebben zich vacatures in het bestuur voorgedaan.
Terwijl het voor één beursvennootschap niet lastig was, was het voor de andere beursvennootschap niet eenvoudig om in de vacatures te voorzien. Dit kon volgens de gesprekspartner worden teruggevoerd op een drietal factoren. Ten eerste werd gezocht naar personen met een specifieke deskundigheid welke verband houdt met de business. De tweede factor was de (destijds nog) relatieve onbekendheid van de vennootschap. Als derde factor werd de limiteringsregeling genoemd. De genoemde factoren maakten het met name lastig om gekwalificeerde vrouwen aan te trekken. In dit verband merkte de gesprekspartner op dat vrouwen vaak toezichthoudende functies combineren en daardoor sneller tegen de limiteringsregeling[126] oplopen dan mannen. De gesprekspartner signaleerde dat mannen vaker ub zijn en dat dan combineren met maximaal twee toezichthoudende functies. Meer is voor hen tijdstechnisch ook niet haalbaar, aldus deze gesprekspartner. Bij een derde beursvennootschap bleek het met name lastig om voor een nub-functie een vrouw te werven. De gesprekspartner had

[126] Zie over de limiteringsregeling en het monistische bestuursmodel: Deelonderzoek II, par. 2.4.1.4.

hiervoor de volgende verklaring. De vijver met vrouwelijke kandidaten die én over de vereiste specifieke expertise van de industrie beschikken én tijd hebben om een functie als nub te vervullen, is vandaag de dag nog klein. Op dit moment zijn er wel vrouwen met specifieke kennis van de industrie, maar zij hebben vaak een fulltime-baan waarmee een nub-functie tijdstechnisch lastig te combineren is. Het is volgens deze gesprekspartner een 'natuurlijk' proces waar we doorheen moeten. Na verloop van tijd hebben de gekwalificeerde vrouwen hun fulltime-carrière achter de rug en wordt de vijver met beschikbare vrouwen die de vereiste expertise hebben, groter.
Bij de PE-vennootschappen was het in het geheel niet lastig om nub's aan te trekken; beoogde kandidaten werden aangedragen door de PE-investeerder. Bij één PE-vennootschap was ook een vacature ontstaan voor een ub. Hiervoor was ruime belangstelling. In de gesprekken die werden gevoerd met acht à negen mogelijke kandidaten werd aan de orde gesteld dat de vennootschap een monistisch bestuursmodel kent. Dit werd door alle kandidaten voor kennisgeving aangenomen. Het gaf in het geheel geen aanleiding tot nadere vragen.
Bij één familievennootschap bleek het lastig te zijn om een nub met de gevraagde expertise te vinden, terwijl een andere familievennootschap geen moeite had bij het opvullen van vacatures.

3.3.5 Functioneren monistisch bestuur/niet-uitvoerende bestuurders

3.3.5.1 Inrichting monistisch bestuursmodel

Bij het functioneren van het monistische bestuur in de geïnterviewde vennootschappen is ook de nadere statutaire inrichting van het monistische bestuursmodel van belang. Deze blijkt bij de geïnterviewde vennootschapen op bepaalde punten te verschillen. Deze verschillen komen in par. 3.3.5.2 e.v. aan de orde.
Hier wordt volstaan met de signalering dat bij één van de geïnterviewde vennootschappen in de statuten was voorzien in zowel een one-tier board als een two-tier board. Dit was een kennelijke fout: bij de statutenwijziging die leidde tot invoering van de one-tier board bij deze vennootschap, waren de bepalingen inzake de RvC abusievelijk gehandhaafd. Laatstbedoelde bepalingen moeten voor niet geschreven worden gehouden. Zoals is gebleken in par. 2.2.1 werkt de keuze voor een monistisch bestuursmodel exclusief. Een NV of BV die statutair een one-tier board kent, kan dit niet combineren met een RvC (art. 2:140/2:250 lid 1 eerste volzin BW).

3.3.5.2 Taakverdeling, besluitvorming en vertegenwoordiging

1. Taakverdeling tussen ub's en nub's

Een belangrijk kenmerk van het monistische bestuursmodel is dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. Bij alle bevraagde vennootschappen is in de statuten een taakverdeling tussen ub's en nub's opgenomen. De ub's hebben tot taak het (dagelijks)

besturen van de vennootschap, terwijl de nub's toezicht dienen te houden op de taakuitoefening door de (uitvoerende) bestuurders en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Bij zes vennootschappen is in de statuten de toezichthoudende taak van de nub's toegespitst op de taakuitoefening van de ub's, terwijl de wet in art. 2:129a/2:239a lid 1 BW meer algemeen spreekt van toezicht houden op de taakuitoefening door bestuurders, dus op zowel ub's als nub's.
Bij één beursvennootschap en bij één PE-vennootschap is voorts in de statuten opgenomen dat de nub's de ub's met advies bijstaan.
Bij geen enkele van de bevraagde vennootschappen is er in de praktijk een andere taakverdeling ontstaan.
Overigens laat een taakverdeling onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW). In de parlementaire geschiedenis wordt niet verduidelijkt wat onder 'de algemene gang van zaken' valt. Hierdoor is het in eerste instantie aan de (bestuurders van de) vennootschap om te bepalen wat hieronder moet worden begrepen. Bij een tweetal geïnterviewde vennootschappen was in de statuten een nadere invulling van het begrip opgenomen. In de statuten van deze vennootschappen was geëxpliciteerd dat onder de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en de met haar verbonden onderneming in ieder geval zijn begrepen de strategie van de vennootschap, financiën en risicomanagement.

2. Besluitvorming bestuur

Wettelijk kader

Bestuursbesluiten kunnen worden genomen in een bestuursvergadering met een gewone meerderheid van stemmen van de aanwezige of vertegenwoordigde bestuurders, tenzij de statuten c.q. een bestuursreglement een bijzondere regeling bevatten door een quorumvereiste en/of een gekwalificeerde stemmenmeerderheid/unanimiteit te verlangen.[127] Uitgangspunt van de wetgever is dat iedere bestuurder één stem heeft. De statuten kunnen echter aan een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem toekennen. De grens aan het statutair toekennen van een meervoudig stemrecht is dat een bestuurder niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen (art. 2:129/2:239 lid 2 BW).
Een bestuurder mag niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap (art. 2:129/2:239 lid 6 BW).
Besluiten van het bestuur kunnen bij of krachtens de statuten worden onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap (art. 2:129/2:239 lid 3 BW). Ook kunnen de statuten van de vennootschap bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Bij de NV zijn deze

[127] Zie over de (on)mogelijkheid om dit type van vereisten in een bestuursreglement op te nemen: Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II* 2009, nr. 420.

beperkt tot algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen (art. 2:129 lid 4 BW), terwijl het bij de BV ook mag gaan om concrete instructies (art. 2:239 lid 4 BW).

In aanvulling op het voorgaande gelden voor wat betreft de besluitvorming door het bestuur van NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel, nog de volgende bijzonderheden.
Ten eerste de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW: bij of krachtens de statuten kan aan een deel van het bestuur de bevoegdheid worden toegekend een besluit te nemen over aangelegenheden die tot zijn/hun taak behoren. Een besluit dat door een deel van het bestuur wordt genomen op basis van een dergelijke regeling geldt als bestuursbesluit, waarvoor alle bestuurders verantwoordelijk zijn.
Ten tweede de regeling van art. 2:129a/2:239a lid 2 BW inzake de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders: indien de vaststelling van de bezoldiging aan het bestuur is toegekend, geldt dat de uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

Voor de structuurvennootschap met een monistisch bestuursmodel geldt een bijzondere regeling ten aanzien van de in art. 2:164/2:274 lid 1 BW omschreven bestuursbesluiten. Deze houdt in dat voormelde bestuursbesluiten niet door een deel van de one-tier board kunnen worden genomen (art. 2:164a/2:274a lid 3 BW). Voorts moeten deze bestuursbesluiten worden goedgekeurd door de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders (art. 2:164a/2:274a lid 4 BW) .

Statutair kader geïnterviewde vennootschappen
Opvallend is dat bij acht van de negen geïnterviewde vennootschappen in de statuten voorzieningen zijn opgenomen die de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur verstevigen. De inhoud van deze statutaire voorzieningen variëren:
(i) bij drie beursvennootschappen, één PE-vennootschap en één familievennootschap heeft de voorzitter een doorslaggevende stem indien de stemmen staken[128];
(ii) bij één familievennootschap heeft de voorzitter een meervoudig stemrecht in het bestuur;
(iii) bij één PE-vennootschap en één familievennootschap beoordeelt de voorzitter of sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder;
(iv) bij één beursvennootschap is in een meervoudig stemrecht van de nub's voorzien indien het aantal ub's het aantal nub's overtreft;
(v) bij één beursvennootschap, één PE-vennootschap en één familievennootschap geldt een quorumeis voor het geldig kunnen nemen van bestuursbesluiten. De inhoud van de quorumeis varieert van het aanwezig of vertegenwoordigd zijn ter vergadering van alle

[128] Dit is ook het uitgangspunt van art. 50 lid 2 SE-regeling: de voorzitter heeft een doorslaggevende stem, tenzij de statuten van de SE anders bepalen.

nub's, een meerderheid van de nub's of een bepaalde nub. Bij één vennootschap geldt de quorumeis voor alle bestuursbesluiten, terwijl bij de twee andere vennootschappen deze eis geldt ter zake van bepaalde in de statuten opgesomde bestuursbesluiten.
(vi) bij één familievennootschap behoeven bepaalde in de statuten vermelde bestuursbesluiten de goedkeuring van de meerderheid van de nub's;
(vii) bij één beursvennootschap en één PE-vennootschap kunnen bepaalde in de statuten vermelde bestuursbesluiten uitsluitend worden genomen met instemming van de meerderheid van de nub's respectievelijk een bepaalde nub.

Voorts is bij zeven van de negen bevraagde vennootschappen gebruik gemaakt van de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW om in de statuten of in een bestuursreglement de besluitvorming te delegeren aan één of meer bestuurders (zie hierna).

Ook hebben twee PE-vennootschappen en twee familievennootschappen gebruik gemaakt van de mogelijkheid van art. 2:239 lid 3 BW om bestuursbesluiten bij of krachtens de statuten te onderwerpen aan de voorafgaande goedkeuring van een ander orgaan van de vennootschap, te weten de prioriteit (bij één familievennootschap) respectievelijk de AV (bij de andere drie vennootschappen).
Tot slot is bij één PE-vennootschap en bij één familievennootschap in de statuten aan de AV de bevoegdheid toegekend om instructies aan het bestuur te geven.

Toepassing faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW door geïnterviewde vennootschappen
In alle interviews is de vraag gesteld of de vennootschap gebruik heeft gemaakt van de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW. Hieruit komt het volgende beeld naar voren.
Zeven van de negen bevraagde vennootschappen hebben gebruik gemaakt van de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW om in de statuten of in een bestuursreglement de besluitvorming te delegeren.[129] Bij één beursvennootschap is dat in de statuten geregeld en gaat het over de taakverdeling tussen ub's en nub's en de bijbehorende besluiten, terwijl bij de andere twee beursvennootschappen de delegatie van de bevoegdheid tot het nemen van besluiten in een bestuursreglement heeft plaatsgevonden.
Bij twee PE-vennootschappen is in de statuten gebruik gemaakt van de faciliteit van art. 2:239a lid 3 BW en gaat het over besluiten die behoren bij de taakuitoefening door de ub's respectievelijk de nub's. Ook bij twee familievennootschappen is gebruik gemaakt van de faciliteit van art. 2:239a lid 3 BW. Bij één familievennootschap is dat in de statuten vastgelegd en beperkt de faciliteit zich tot de ub: deze is bevoegd om besluiten te nemen die tot het dagelijks bestuur behoren. Bij de andere familievennootschap is in het

[129] Van Olffen heeft er terecht op gewezen dat het begrip mandaat beter op zijn plaats is. De bevoegdheid te besluiten omtrent een aantal onderwerpen komt weliswaar bij een deel van de bestuurders te rusten, maar de verantwoordelijkheid blijft bij het bestuur (M. van Olffen, 'Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten', *Ondernemingsrecht* 2012/89). Omdat in de praktijk en literatuur in de regel wordt gesproken over 'delegeren' gebruiken de onderzoekers deze term.

bestuursreglement een regeling getroffen en betreft het besluiten die behoren bij de taakuitoefening door de ub's respectievelijk de nub's.

In de praktijk wordt in zes van de zeven vennootschappen door de ub's (en in een enkel geval door de nub's) ook daadwerkelijk gebruik gemaakt van de geboden besluitvormingsmogelijkheid. Over de aldus genomen bestuursbesluiten worden de overige bestuurders geïnformeerd; soms meteen per mail en in alle gevallen uiterlijk op de eerstvolgende bestuursvergadering. De informatieplicht is bij het merendeel van de vennootschappen geregeld in de statuten of het bestuursreglement. De praktijk is ook in lijn met deze regeling.

Aantal bestuursvergaderingen bij geïnterviewde vennootschappen
Bij de geïnterviewde vennootschappen varieert het aantal bestuursvergaderingen.
Bij twee beursvennootschappen waren dat er zeven respectievelijk negen per jaar, terwijl bij de andere beursvennootschap twaalf keer per jaar een bestuursvergadering plaatshad. Bij twee beursvennootschappen werden daarnaast incidenteel besluiten buiten vergadering genomen als de business daartoe aanleiding gaf (bijvoorbeeld bij beslissingen omtrent investeringen, financiering en garantstelling).
Bij de PE-vennootschappen was het jaarlijkse beeld: (i) 26 bestuursvergaderingen, (ii) vier bestuursvergaderingen en zes calls, (iii) vijf bestuursvergaderingen.
Bij de familievennootschappen vonden jaarlijks plaats: (i) acht bestuursvergaderingen, (ii) zes bestuursvergaderingen, (iii) vier bestuursvergaderingen.
De omstandigheid dat de vennootschap een monistisch bestuursmodel ging hanteren, was niet van invloed op het aantal bestuursvergaderingen. Dit aantal bleef stabiel. Bij één familievennootschap was de vergelijking lastig te maken, omdat de twee bestuurders/ grootaandeelhouders in het dualistische bestuursmodel geen formele bestuursvergaderingen belegden.

Besluitvorming tijdens bestuursvergaderingen
Uit de interviews komt een vrij uniform beeld naar voren over de wijze waarop tijdens de bestuursvergaderingen besluiten tot stand komen. Bij zeven vennootschappen wordt er tijdens bestuursvergaderingen niet gestemd; er hebben geen officiële stemmingen plaats. Er wordt goed de tafel rond gekeken of iedereen zich in een bepaald voorstel kan vinden. Discussies worden niet gevoerd via de lijn ub's versus nub's. Besluiten worden op basis van consensus genomen. Als die er tijdens de bestuursvergadering niet is en ook niet kan worden bereikt, dan is het voorstel nog niet goed genoeg. Het besluit is dan nog niet rijp om al genomen te worden. Als bepaalde punten nog onduidelijk zijn dan moet er nader onderzoek plaatsvinden of nadere informatie worden ingewonnen, aldus de gesprekspartners.
Bij één beursvennootschap vinden tijdens bestuursvergaderingen wel stemmingen plaats. Deze resulteren in unaniem genomen besluiten. Het laatste kan volgens de

gesprekspartner worden verklaard doordat ruim voor de bestuursvergadering de voorstellen worden besproken en vragen/zorgen die bestuurders hieromtrent hebben, worden geadresseerd.
Bij één PE-vennootschap wordt er incidenteel gestemd en een meerderheidsbeslissing genomen. Hierbij is in het geheel geen sprake van blokvorming in de zin van ub's versus nub's.
Door de bij de geïnterviewde vennootschappen bestaande praktijk dat bestuursbesluiten op basis van consensus tot stand komen, spelen de hiervoor omschreven statutaire voorzieningen die de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur verstevigen geen rol van betekenis. Wel wordt door twee gesprekspartners opgemerkt dat deze statutaire voorzieningen met name zullen worden geactiveerd en een rol gaan spelen indien het minder goed gaat met de vennootschap.

Afzonderlijke vergaderingen nub's
Op de vraag of de niet-uitvoerende bestuurders ook apart, dus zonder de uitvoerende bestuurders, vergaderen antwoordden vijf respondenten dat dit niet het geval is. Eén respondent gaf aan dat indien bij de reguliere bestuursvergadering het functioneren en/of de bezoldiging van de ub aan de orde komt, deze ub de gang op gaat. De overige respondenten gaven aan dat de nub's soms afzonderlijk vergaderen. Het gaat dan in de regel over het functioneren en de bezoldiging van de ub's.

3. Vertegenwoordiging van de vennootschap
Wettelijk kader
Ingevolge art. 2:130/2:240 lid 1 BW vertegenwoordigt het bestuur - bij een one-tier board bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders - de vennootschap. Daarnaast verleent art. 2:130/2:240 lid 2 BW de bevoegdheid tot vertegenwoordiging mede aan iedere bestuurder. Ook de niet-uitvoerende bestuurders zijn derhalve individueel vertegenwoordigingsbevoegd. De vennootschap kan echter van deze aan iedere bestuurder ingevolge de wet toekomende vertegenwoordigingsbevoegdheid afwijken door in de statuten bijvoorbeeld één of meer bestuurders hiervan uit te sluiten of te bepalen dat twee bestuurders gezamenlijk bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen.

Statutair kader geïnterviewde vennootschappen
Bij alle geïnterviewde vennootschappen is in de statuten een vertegenwoordigingsbepaling opgenomen, waarin is aangegeven wie bevoegd is tot vertegenwoordiging van de vennootschap. Naast het bestuur, is dat bij zeven vennootschappen ook iedere uitvoerende bestuurder en bij twee vennootschappen twee gezamenlijk handelende uitvoerende bestuurders. Voorts is bij twee vennootschappen expliciet in de statuten opgenomen dat de voorzitter/niet-uitvoerende bestuurder individueel vertegenwoordigingsbevoegd is. De achtergrond hiervan is dat de

bestuursvoorzitter soms namens de vennootschap belangrijke contracten ondertekent.

Opvallend is dat bij zeven vennootschappen de vertegenwoordigingsbevoegdheid die de (overige) niet-uitvoerende bestuurders ontlenen aan art. 2:130/2:240 lid 2 BW niet in de statuten is weggeschreven. In de statutaire vertegenwoordigingsbepaling is niet tot uitdrukking gebracht dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de vennootschap naast het bestuur 'slechts' toekomt aan de uitvoerende bestuurder dan wel twee gezamenlijk handelende uitvoerende bestuurders. Dit betekent dat niet-uitvoerende bestuurders ook individueel vertegenwoordigingsbevoegd zijn, hoewel dat bij de desbetreffende vennootschappen blijkens de interviews niet de bedoeling is. Bij de KvK staan deze niet-uitvoerende bestuurders dan ook ingeschreven als slechts gezamenlijk bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.
De onderzoekers wijzen erop dat indien het de bedoeling is dat aan één of meer niet-uitvoerende bestuurders geen individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt dit ondubbelzinnig uit de statuten moet blijken.

3.3.5.3 De voorzitter van de one-tier board

1. Voorzitter moet een niet-uitvoerende bestuurder zijn

In een monistisch bestuursmodel zijn bestuur en toezicht ondergebracht in één orgaan en is er één bestuursvoorzitter. Art. 2:129a/2:239a lid 1 BW bepaalt dat aan een uitvoerende bestuurder niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen.
Uit de wetsgeschiedenis (zie par. 2.2.1) volgt dat het voorzitterschap van het bestuur *moet* worden vervuld door een niet-uitvoerende bestuurder. Dit was bij de bevraagde vennootschappen ook het geval, op één na. In laatstbedoelde vennootschap was het voorzitterschap van het bestuur opgedragen aan een derde/niet-bestuurder.

Naar aanleiding van de in de literatuur (zie hierna par. 3.4.3.3) gesignaleerde praktijk dat bij bepaalde Nederlandse beursvennootschappen waarin de titel van Chairman naast een nub ook aan een ub wordt toegekend, werd in de interviews de vraag gesteld of de wettelijke regel dat het voorzitterschap moet worden vervuld door een nub als beperkend wordt ervaren. Alle respondenten beantwoordden deze vraag ontkennend. In dit verband wezen meerdere respondenten erop dat de onafhankelijkheid van de voorzitter op deze wijze wordt gewaarborgd. Opgemerkt werd ook dat indien de voorzitter een ub zou zijn men in de knoop komt met de beloningssystematiek, omdat deze voor de ub in de regel variabele componenten bevat.

2. Rol/taak voorzitter

Bij de geïnterviewde vennootschappen varieert de inhoudelijke (invulling van de) rol van de voorzitter.

Bij de beursvennootschappen speelt de bestuursvoorzitter in de praktijk een belangrijke rol. Naast het voorzitten van de bestuursvergadering en het hebben van een doorslaggevende stem indien de stemmen staken is hij verantwoordelijk voor:
- het functioneren van het bestuur en de commissies;
- de evaluatie van het bestuur, individuele bestuurders en commissies (Code 2008, bpb III.1.7);
- de opleidingprogramma's;
- het samenstellen van de agenda van het bestuur.
Bij twee beursvennootschappen heeft de bestuursvoorzitter daarnaast tot taak:
- het voorzitten van de AV;
- het stimuleren van een goede relatie en open communicatie tussen ub's en nub's;
- het adviseren van de CEO;
Voorts fungeert de voorzitter van deze twee beursvennootschappen als coach, klankbord, mentor en als vraagbaak voor senior managers.

Bij de PE-vennootschappen en familievennootschappen beperkt de rol van de voorzitter zich in de praktijk met name tot het voorzitten van het bestuur en soms ook de AV. Bij één familievennootschap heeft de voorzitter, in verhouding tot de overige nub's, meer contact met de uitvoerende bestuurder. Voorts zijn bij een tweetal familievennootschappen en één PE-vennootschap aan de voorzitter statutair bijzondere bevoegdheden toegekend bij de besluitvorming van het bestuur. Deze bevoegdheid varieert van het hebben van een doorslaggevende stem indien de stemmen in een bestuursvergadering staken tot het hebben van een meervoudig stemrecht bij de besluitvorming door het bestuur en het vaststellen of sprake is van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder.

3. Vertegenwoordigingsbevoegdheid voorzitter
Bij twee van de bevraagde vennootschappen is in de statuten opgenomen dat aan de voorzitter individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid toekomt. De achtergrond hiervan is dat de bestuursvoorzitter soms namens de vennootschap belangrijke contracten ondertekent.

4. Is de bestuursvoorzitter het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere (externe) contacten of is dat afhankelijk van het onderwerp?
Bij geen van de geïnterviewde beursvennootschappen is de bestuursvoorzitter het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere (externe) contacten. Twee beursvennootschappen lieten weten dat de CEO en de CFO het belangrijkste aanspreekpunt zijn voor de aandeelhouders en andere contacten. De bestuursvoorzitter komt hierbij soms aan bod.
Ook bij de PE-vennootschappen zijn de ub's het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en externe contacten.

Bij de familievennootschappen maken de aandeelhouders zelf deel uit van het bestuur doordat zij daarin een functie als ub of als nub vervullen. De bestuursvoorzitter is derhalve niet het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders.
Voor wat betreft de externe contacten is de ub het belangrijkste aanspreekpunt. Wel is bij één familievennootschap de bestuursvoorzitter het belangrijkste aanspreekpunt voor dochtermaatschappijen.

3.3.5.4 Beloning nub's

Eén van de vragen die aan de orde kwam in de interviews met vennootschappen waarin een transitie plaatshad van een RvC-model naar een monistisch bestuursmodel is of laatstgenoemd model ook duurder uitvalt omdat niet-uitvoerende bestuurders een hogere beloning verlangen in verband met de bestuursverantwoordelijkheid die zij op zich nemen. Deze vraag werd door de geïnterviewde personen ontkennend beantwoord. Wel merkte één van hen op dat de beloning van de commissarissen ten tijde van de transitie van het dualistische model naar het monistische model al op het niveau lag van niet-uitvoerende bestuurders in een one-tier board.
Bij de vennootschappen die een transitie hadden doorgemaakt is ook de beloningssystematiek van de niet-uitvoerende bestuurders niet veranderd ten opzichte van die van commissarissen.
In alle interviews is de vraag gesteld of de beloning van de niet-uitvoerende bestuurders ook variabele beloningscomponenten bevat. Dit is bij de bevraagde vennootschappen niet het geval.

3.3.5.5 Veronderstelde voordelen/meerwaarde monistisch bestuur

In de wetstheorie worden als mogelijke voordelen van het monistische systeem genoemd dat: (i) niet-uitvoerende bestuurders eerder en meer informatie zouden krijgen dan commissarissen, (ii) niet-uitvoerende bestuurders meer betrokken zouden zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap dan commissarissen, (iii) een monistisch bestuur slagvaardiger zou kunnen optreden en (iv) niet-uitvoerende bestuurders bij het nemen van bestuursbesluiten invloed kunnen uitoefenen op hun medebestuurders en daarmee actief invulling kunnen geven aan hun rol als toezichthouder. In alle interviews is de vraag gesteld of deze voordelen in de praktijk ook tot uiting zijn gekomen bij de desbetreffende vennootschap.
Het merendeel van de respondenten liet weten dat de nub's eerder en meer informatie krijgen dan commissarissen. Dat komt omdat zij als bestuurder deelnemen aan bestuursvergaderingen. Eén vennootschap gaf aan dat voorheen aan de commissarissen alleen de kerncijfers werden verstrekt, terwijl de nub's nu ook geregeld worden geïnformeerd over de dagelijkse gang van zaken. Bij twee vennootschappen is de informatiestroom hetzelfde gebleven, met dien verstande dat bij één vennootschap hierover in het bestuursreglement wel een nadere regeling is getroffen.

De vraag of nub's meer betrokken zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap dan commissarissen werd door het merendeel van de respondenten onderschreven. Eén van de beursvennootschappen gaf als voorbeeld dat nub's aannames checken op de werkvloer en bijvoorbeeld bij het hoofd tax langs gaan. Dat soort dingen doet een nub gemakkelijker dan een commissaris. Uiteraard moet er wel voor worden gewaakt dat de betrokkenheid van nub's niet ontaardt in meebesturen, aldus deze respondent. Een ander voorbeeld van de grotere betrokkenheid is dat de voorzitter drie dagen per week aanwezig is, terwijl voorheen de president-commissaris twee keer per maand aanwezig was.

De respondent van een andere beursvennootschap deelt de ervaring dat nub's meer betrokken zijn dan commissarissen. Laatstgenoemden zijn minder pro-actief. De gemiddelde commissaris heeft vaak een meer afwachtende houding en laat alles meer op zich af komen.
De gesprekspartner van de derde beursvennootschap gaf aan dat de nub's zeer nauw zijn betrokken bij de gang van zaken binnen de vennootschap, niet alleen bij het nemen van bestuursbesluiten, maar met name ook bij de bredere strategische afwegingen. Deze gesprekspartner gaf echter aan dat voorheen de RvC ook al nauw betrokken was bij het bestuur van de vennootschap, zodat op dit punt geen duidelijk verschil valt waar te nemen. Wel kan hij zich voorstellen dat een 'traditionele' RvC veel meer op afstand van het bestuur staat en pas nadat een 'event' zich heeft voorgedaan gaat beoordelen wat de consequenties voor de onderneming zijn.
De respondenten van twee PE-vennootschappen onderschreven dat nub's meer betrokken zijn bij de gang van zaken dan commissarissen. Zo werd de ub van een PE-vennootschap vergezeld door een nub toen er een belangrijk gesprek plaatsvond met de bank. Dit werd als 'natuurlijk' ervaren, ook gelet op het feit dat de nub eerst een rol vervulde als ub. Bij de andere PE-vennootschap heeft de grote betrokkenheid van de nub's ook te maken met de omstandigheid dat zij de PE-investeerder vertegenwoordigen. Zij kijken vanuit een ander perspectief dan commissarissen naar kwesties waarmee de vennootschap te maken krijgt.
Twee familievennootschappen gaven eveneens aan dat er sprake is van een zeer grote betrokkenheid van de nub's bij de gang van zaken binnen de vennootschap. De achtergrond van deze grote betrokkenheid is volgens de gesprekspartners gelegen in hun rol als familielid/aandeelhouder. Ook zit de nub *in* het bestuur. Een nub heeft geen afstand tot het bestuur die een commissaris wel heeft, maar maakt zelf deel uit van het bestuur. Ook gaf één gesprekspartner aan dat hij als nub ook tijdelijk een aantal dochterondernemingen heeft aangestuurd, hetgeen je als commissaris niet zo snel zal doen. Bij één PE-vennootschap en één familievennootschap ervoeren de gesprekspartners geen verschil in de mate van betrokkenheid van nub's versus die van commissarissen. Volgens hen kan zowel in een monistisch bestuursmodel als in een

dualistisch bestuursmodel worden bereikt dat toezichthouders betrokken zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap.

De vraag of een monistisch bestuur slagvaardiger kan optreden werd door drie respondenten bevestigend beantwoord. Bij één van de beursvennootschappen gaf de gesprekspartner aan dat de slagvaardigheid van de one-tier board groot is. Er is meer eenheid doordat men zich ook 'one' voelt. De non-executives voelen dezelfde druk als executives en voelen zich 'empowered' omdat ze samen met de executives één board vormen. Hierdoor beweegt men als één club. Bij de voorbereiding van nieuwe voorstellen is iedereen betrokken en in de gelegenheid geweest om zijn raad te geven, waar vervolgens dan iets mee is gedaan. Op een gegeven moment is het voorstel dan 'rijp' en kan er snel een bestuursbesluit worden genomen. Bij een two-tier board kan het voorkomen dat de RvC die het hele board proces heeft gemist een bestuursbesluit afschiet.
Ook de geïnterviewde personen van één PE-vennootschap en één familievennootschap bevestigden dat het monistische bestuur slagvaardiger kan optreden, omdat één bestuursorgaan besluiten kan nemen. Men hoeft niet meer langs een RvC, en ook niet langs de AV omdat de nub's bij de desbetreffende vennootschappen het aandeelhoudersbelang representeren. Het bedrijfsbelang en het belang van de aandeelhouder ligt bij deze vennootschappen dicht tegen elkaar aan.

Op de vraag of de niet-uitvoerende bestuurders actief invulling kunnen geven aan hun rol als toezichthouder, omdat zij bij het nemen van bestuursbesluiten invloed kunnen uitoefenen op hun medebestuurders, gaven de gesprekspartners het volgende te kennen. Eén beursvennootschap gaf aan dat het actief invulling kunnen geven aan de rol van toezichthouder met name komt doordat de nub's geen informatieachterstand hebben. Een andere beursvennootschap liet weten dat de nub's nauwer bij de besluitvorming door het bestuur betrokken zijn, niet alleen vanuit hun rol als nub, maar ook door hun specifieke expertise van de business. De derde beursvennootschap gaf te kennen dat iedere stap die de vennootschap neemt, wordt besproken met en geaccordeerd door het bestuur (dus inclusief de nub's). Het moment van toezicht houden door de nub's valt dan eigenlijk samen met het moment van besluitvorming. De gesprekspartner plaatst hierbij de kanttekening dat dit het achteraf uitoefenen van effectief toezicht door nub's bemoeilijkt, omdat de nub's zelf in een eerdere fase hebben deelgenomen aan de besluitvorming. Eén PE-vennootschap gaf aan dat doordat de nub's meer informatie krijgen en bij de tweewekelijks gehouden bestuursvergaderingen aanwezig zijn, actief invulling kan worden gegeven aan de rol van toezichthouder.
De overige gesprekspartners hadden hierover niet een duidelijk gevoelen.

3.3.6 Beoordeling/waardering van het monistische bestuursmodel

Alle respondenten gaven aan dat het monistische bestuursmodel werkt zoals verwacht. De wettelijke regeling van het model wordt als toereikend ervaren.
De voordelen die het werken met het monistische bestuursmodel in de praktijk voor de desbetreffende vennootschappen heeft, zijn beschreven in par. 3.3.5.
Opvallend is dat een viertal gesprekspartners op eigen initiatief aangeeft dat zij het idee hebben dat de laatste jaren het dualistische model naar het monistische model toegroeit. Door deze divergentie zijn de verschillen in de wijze waarop beide bestuursmodellen in de praktijk functioneren minder groot geworden. Als voorbeeld wordt genoemd dat van commissarissen in het dualistische systeem tegenwoordig een meer actieve houding wordt verwacht en dat commissarissen zich ook actiever opstellen. Een ander voorbeeld betreft de informatievoorziening: commissarissen laten zich beter informeren en wachten niet alleen af welke informatie hen wordt gebracht, maar halen ook informatie.

Geen van de geïnterviewde vennootschappen is bij de introductie van de one-tier board en/of later met negatieve aspecten of met onverwachte neveneffecten geconfronteerd. In de literatuur is erop gewezen dat verzekeringsmaatschappijen in de invoering van het monistische bestuursmodel bij de vennootschap aanleiding kunnen zien om de premie voor de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering te verhogen voor de niet-uitvoerende bestuurders, omdat zij het aansprakelijkheidsrisico van niet-uitvoerende bestuurders in een one-tier board hoger inschatten dan het aansprakelijkheidsrisico van de commissaris in het dualistische model.[130] Voor zover bekend bij de geïnterviewde personen heeft de verzekeraar in de invoering van het monistische bestuursmodel bij de vennootschap geen aanleiding gezien om de premie voor de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering te verhogen voor (i) de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen en/of (ii) de uitvoerende bestuurders.
Eén van de gesprekspartners gaf als mogelijke verklaring dat dit soort polissen vaak loopt via de Engelse markt waar de one-tier board het gangbare model is.

Een van de familievennootschappen overweegt terug te keren naar het dualistische model. Het lijkt deze vennootschap effectiever om een kleinere board te hebben die leiding geeft aan de vennootschap, met daaronder een managementlaag die zorgt voor de operationele aansturing van de onderneming. Om de board klein te houden wordt overwogen om het toezicht te organiseren in een RvC.

3.3.7 Aanbevelingen geïnterviewden

Geen van de geïnterviewde personen had suggesties ter verbetering c.q. aanvulling van de regeling van het monistische bestuursmodel. De wettelijke regeling van het monistische model wordt als toereikend ervaren. Geen enkele vennootschap zag zich genoodzaakt statutair dingen op te lossen, omdat het wettelijk systeem zou wringen.

[130] M.M. Seinstra, 'Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking', *O&F* 2008/4, p. 62.

De geïnterviewde beursvennootschappen lieten expliciet weten geen noodzaak te zien voor een aparte Corporate Governance Code voor beursvennootschappen met een one-tier board. Zij onderschreven de zienswijze van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code op dit punt volledig.

Eén van de geïnterviewde familievennootschappen liet weten dat er niet veel informatie beschikbaar is over de werking van de one-tier board en de door deze in acht te nemen best practices. In dit verband opperde de geïnterviewde het idee om onderhavig deelonderzoek I over de werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk in een breder verband onder de aandacht van ondernemers te brengen.

3.4 Monistische vennootschappen in de rechtspraak

3.4.1 Rechtspraakonderzoek

Om een beeld te krijgen of, en zo ja op welke wijze, monistische vennootschappen aan bod kwamen in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016, is rechtspraakonderzoek verricht. Hiertoe is de uitsprakendatabank Rechtspraak.nl geraadpleegd.[131] Er is op Rechtspraak.nl gezocht met de volgende steekwoorden: 'Artikel 2:129a BW'; 'Artikel 2:239a BW'; 'Artikel 2:164a BW'; 'Artikel 2:274a BW'; 'monistisch bestuur'; 'one-tier board'; 'Rechtbanken + Gerechtshoven + Hoge Raad'; 'datum uitspraak'; 'ander datumbereik: 1-1-2013 t/m 31-12-2016'.

Hieruit kwamen de volgende rechterlijke uitspraken naar voren.

(i) OK Gerechtshof Amsterdam, 6 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2836 (*Cryo-Save Group NV*)

Bij het aanhangig maken van deze procedure maakt Cryo-Save Group NV (hierna: Cryo-Save), een aan de Amsterdamse beurs genoteerde vennootschap met een monistisch bestuur, als eerste vennootschap gebruik van de sinds 1 januari 2013 in art. 2:346 lid 1 sub d BW bestaande mogelijkheid om zelf een enquêteverzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer. Uit de beschikking van de Ondernemingskamer blijkt niet of het verzoek namens Cryo-Save is gedaan door het gehele bestuur of door enkel de uitvoerende bestuurders dan wel ingevolge art. 2:346 lid 2 BW door de niet-uitvoerende bestuurders.[132]
In de enquêteprocedure staat de vraag centraal of de BAVA die door een tweetal aandeelhouders (Amar c.s.) van Cryo-Save is bijeengeroepen, op 9 september 2013 kan stemmen over onder meer (a) de benoeming van een nieuwe uitvoerende bestuurder/CEO en (b) de vervanging van één van Cryo-Save's niet-uitvoerende

[131] De rechtspraak publiceert niet alle beschikkingen en vonnissen die worden uitgesproken. In het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl dat is vastgesteld tijdens de Presidentenvergadering van 26 maart 2012 staat omschreven welke uitspraken in principe wel moeten worden gepubliceerd.
[132] Zie ook de noot van Josephus Jitta in *JOR* 2013/272.

bestuurders door een door Amar c.s. gesteunde persoon. Deze vraag is gerezen omdat het bestuur van Cryo-Save de responstijd in de zin van bpb II.1.9 en IV.4.4 van de Corporate Governance Code 2008 heeft ingeroepen voor nader beraad en constructief overleg met Amar c.s. alsmede om alternatieven voor de door deze voorgestelde acties te onderzoeken. Deze responstijd verstrijkt op 19 november 2013. Cryo-Save verzoekt de OK om bij wijze van onmiddellijke voorziening de BAVA te verdagen tot na het verstrijken van de door Cryo-Save ingeroepen responstijd. Dit verzoek wordt door de Ondernemingskamer gehonoreerd.

(ii) OK Gerechtshof Amsterdam, 28 maart 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ9658
OK Gerechtshof Amsterdam, 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1243
OK Gerechtshof Amsterdam, 18 december 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:5463 (*AAA Auto Group NV*)

AAA Auto Group NV (hierna: AAA) was[133] een monistische beursvennootschap wier aandelen aan een tweetal buitenlandse beurzen stonden genoteerd. In de jaren 2013 en 2014 kwam AAA aan bod in drie uitspraken van de Ondernemingskamer.
In de eerste enquêteprocedure richt een tweetal minderheidsaandeelhouders van AAA zich op 25 maart 2013 tot de Ondernemingskamer met het verzoek een onderzoek te gelasten naar het beleid en de gang van zaken van AAA alsmede onmiddellijke voorzieningen te treffen teneinde de door AAA voorgenomen beëindiging van de notering van haar aandelen aan de buitenlandse beurzen (*delisting*), te voorkomen. In haar beschikking stelt de Ondernemingskamer voorop dat het de meerderheidsaandeelhouder vrij staat om een voorstel tot *delisting* van AAA te doen, maar dat het aan het bestuur van AAA is om een (strategisch) besluit - zoals het beëindigen van de beursnoteringen van de vennootschap - te nemen en uit te (doen) voeren. Hierbij dient het bestuur de diverse bij de vennootschap betrokken belangen naar behoren uit elkaar te houden, die belangen adequaat te behartigen en waar nodig zorgvuldig tegen elkaar af te wegen. Daarbij zal het bestuur dienen te waken over de belangen van de minderheidaandeelhouders. De Ondernemingskamer oordeelt onder meer dat het standpunt van het bestuur van AAA, dat de beursnoteringen niet de daarmee beoogde voordelen hebben gebracht en dat de moeite en kosten verbonden aan het handhaven van die noteringen niet langer gerechtvaardigd zijn, met oog op de belangen van de bij (de onderneming van) AAA betrokkenen, niet onredelijk of onbegrijpelijk is. Wel is onvoldoende (inhoudelijke) informatie omtrent de voorgestelde *delisting* en omtrent de beweegredenen van het bestuur om dat voorstel te steunen aan de minderheidsaandeelhouders verstrekt. Dit verzuim acht de Ondernemingskamer op zichzelf genomen onvoldoende reden voor twijfel aan een juist beleid van AAA. In haar beschikking van 28 maart 2013 wijst de Ondernemingskamer het verzoek van de

[133] Inmiddels is AAA na een grensoverschrijdende fusie opgehouden te bestaan.

minderheidsaandeelhouders tot het instellen van een onderzoek en het treffen van onmiddellijke voorzieningen daarom af.

De tweede enquêteprocedure wordt geëntameerd door dezelfde twee minderheidsaandeelhouders van AAA; zij wenden zich op 19 december 2013 nogmaals tot de Ondernemingskamer met het verzoek om een onderzoek te bevelen naar de gang van zaken van AAA. Ditmaal wordt bij wijze van onmiddellijke voorziening verzocht een niet-uitvoerende bestuurder te benoemen. Aan hun verzoek leggen de minderheidsaandeelhouders ten grondslag dat de belangen van de meerderheidsaandeelhouder op ongeoorloofde wijze zijn verstrengeld met de belangen van AAA. Dit zou blijken uit (a) een niet-reglementaire bonus die aan de bestuurder/meerderheidsaandeelhouder is toegekend, (b) nieuwe activiteiten die door de meerderheidsaandeelhouder ten onrechte buiten het verband van AAA zijn ontplooid en (c) een gebrekkige informatievoorziening aan de minderheidsaandeelhouders met betrekking tot de bonussen en de nieuwe *business*.
De Ondernemingskamer komt na een beoordeling van voormelde aspecten tot de conclusie dat er gegronde redenen zijn om te twijfelen aan een juist beleid en juiste gang van zaken van AAA en beveelt in haar beschikking van 8 april 2014 een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van AAA over de periode vanaf 1 juli 2012. Ook benoemt de Ondernemingskamer bij wijze van onmiddellijke voorziening een niet-uitvoerende bestuurder aan wie een beslissende stem toekomt bij besluiten betreffende transacties met de meerderheidsaandeelhouder of (een) aan deze gelieerde partij(en), voor zover die niet behoren tot de normale bedrijfsuitoefening van AAA.

In een derde beschikking van 18 december 2014 beëindigt de Ondernemingskamer op verzoek van de minderheidsaandeelhouders het onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij AAA en de getroffen onmiddellijke voorziening, nu door partijen een minnelijke regeling is getroffen.

(iii) OK Gerechtshof Amsterdam 15 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1979 (*Sappi Netherlands BV*)

Sappi Netherlands BV (hierna: Sappi NL) is een structuurvennootschap met een monistisch bestuur. Sappi NL houdt alle aandelen in Sappi Nijmegen BV (hierna: Sappi Nijmegen), Sappi Maastricht BV en Sappi Services BV. Bij elk van deze werkmaatschappijen is een ondernemingsraad (OR) ingesteld. Er is een centrale ondernemingsraad (COR) die op het niveau van Sappi NL fungeert. De OR van Sappi Nijmegen en de COR stellen op grond van art. 26 WOR beroep in bij de Ondernemingskamer tegen het besluit van de ondernemer (Sappi NL en Sappi Nijmegen, tezamen aangeduid met Sappi) de productie te verplaatsen van Nijmegen naar Lanaken (België). De Ondernemingskamer oordeelt in haar beschikking van 15 mei 2014 dat Sappi de bezwaren van de OR tegen het voorgenomen besluit afdoende onder ogen heeft gezien en besproken. Gelet hierop kan niet gezegd worden dat Sappi in het licht van alle

beschikbare feiten en betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen besluiten om de productie uit Nijmegen te verplaatsen naar Lanaken en andere fabrieken. Wel onderschrijft de Ondernemingskamer het standpunt van de OR dat Sappi met haar voornemen om de productie te verplaatsen, de facto tevens de beslissing heeft genomen om de fabriek in Nijmegen te verkopen dan wel te sluiten. Sappi heeft echter nagelaten een overzicht te verstrekken van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (art. 25 lid 3 WOR). De Ondernemingskamer rekent dit Sappi zwaar aan en komt tot de slotsom dat Sappi bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. In zoverre slaagt het beroep van de OR. De Ondernemingskamer treft de door de OR gevraagde voorziening niet, nu zij begrijpt dat Sappi inmiddels (alsnog) heeft toegezegd dat het Sociaal Plan van toepassing zal zijn op alle gevallen waarin een medewerker boventallig wordt verklaard bij gelegenheid van de eventuele sluiting, verkoop of overname van (de fabriek van) Sappi Nijmegen als gevolg van het besluit tot productieverplaatsing.

(iv) OK Gerechtshof Amsterdam 15 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:711 (*Teka BV*)

In deze enquêteprocedure verzoeken de minderheidsaandeelhouders van Teka BV de Ondernemingskamer onmiddellijke voorzieningen te treffen teneinde te voorkomen dat de BAVA van Teka BV op 17 februari 2016 besluit tot benoeming en bezoldiging van een nieuw aan te trekken onafhankelijke, niet-uitvoerende bestuurder. Deze voorgenomen benoeming moet worden gezien tegen de achtergrond van de voorgenomen implementatie van een one-tier board. Volgens de minderheidsaandeelhouders is de voorgestelde bezoldiging exorbitant en staat deze niet in verhouding tot de werkzaamheden die door de te benoemen niet-uitvoerende bestuurder zullen worden verricht. Gelet op de (zeer) zorgelijke situatie van de Teka groep en de voortdurende liquiditeitskrapte binnen de groep is deze benoeming niet in het belang van Teka BV en haar stakeholders, aldus de minderheidsaandeelhouders. De Ondernemingskamer wijst het verzoek af. Zij overweegt dat er weliswaar kritische kanttekeningen zijn te maken bij de gevolgde procedure en de inhoud van het voorgenomen besluit, maar dat deze niet van dien aard zijn dat deze moeten leiden tot de slotsom dat Teka BV zo evident onjuist zal handelen indien het geagendeerde besluit wordt genomen dat ingrijpen van de Ondernemingskamer in de vorm van een onmiddellijke voorziening is vereist. De Ondernemingskamer neemt daarbij in aanmerking dat het belang van de vennootschap ermee gediend lijkt te zijn dat op korte termijn haar bestuur wordt versterkt met een onafhankelijke bestuurder met een profiel als dat van de beoogde persoon. Voorts is gesteld noch gebleken dat de continuïteit van de vennootschap op het spel staat.

(v) OK Gerechtshof Amsterdam 3 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5119
OK Gerechtshof Amsterdam 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1746[134]
(*Bosal Nederland BV*)

Op 24 oktober 2016 heeft Bosal Nederland BV (hierna: Bosal) daarbij vertegenwoordigd door haar bestuurder gebruik gemaakt van de in art. 2:346 lid 1 sub d BW geboden mogelijkheid om zelf een enquêteverzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer. Naast het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Bosal wordt de Ondernemingskamer verzocht een aantal onmiddellijke voorzieningen te treffen, waaronder een verbod voor de AV om de huidige bestuurders te ontslaan en/of nieuwe bestuurders te benoemen alsmede de overdracht ten titel van beheer van de door de enig aandeelhouder gehouden aandelen in Bosal. In haar beschikking van 3 november 2016 oordeelt de Ondernemingskamer dat er onvoldoende grond bestaat voor toewijzing van de onmiddellijke voorzieningen. Hiertoe overweegt zij dat de verstandhouding tussen de bestuurder enerzijds en de enig aandeelhouder anderzijds dusdanig is verstoord dat handhaving van de bestuurder naar moet worden aangenomen zal leiden tot complicaties bij de beoogde financiële herstructurering van Bosal, wat op zichzelf strijdig is met haar belang, gelet op de door partijen onderschreven noodzaak van een herstructurering. In een brief van 29 oktober 2016 heeft de enig aandeelhouder concrete toezeggingen gedaan inzake de vormgeving van de corporate governance van Bosal, de conversie van leningen, de inbreng van IP-rechten en de handhaving van consultants. Niet gezegd kan worden dat de aangekondigde one-tier structuur gelet op het belang van Bosal ontoelaatbaar is. Voorts is door de Bosal en de enig aandeelhouder bevestigd dat de benoeming van nieuwe bestuurders niet reeds op 4 november 2016, maar pas tezamen met de benoeming van de overige leden van de one-tier board aan de orde zal zijn.

Op 4 april 2017 heeft de Ondernemingskamer het verzoek tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken afgewezen, omdat haar niet is gebleken van gegronde redenen om te twijfelen aan een juist beleid en een juiste gang van zaken van Bosal. In haar motivering betrekt de Ondernemingskamer ook de inmiddels door Bosal geïmplementeerde one-tier board. Zij overweegt dat de huidige one-tier board structuur weliswaar afwijkt van de eerder (in juli 2016) beoogde two-tier board structuur, maar dat niet gezegd kan worden dat de uiteindelijk gekozen governance structuur, mede gelet op de huidige samenstelling van de one-tier board (met in de meerderheid van de enig aandeelhouder onafhankelijke leden met naar verwacht mag worden voldoende (financiële) kennis en expertise), in strijd is met het belang van Bosal.
Ook zijn alle afgesproken maatregelen inmiddels geïmplementeerd en heeft de nieuwe one-tier board de steun van de enig aandeelhouder zich volledig te richten op het verbeteren van de financiële positie en de continuïteit van de onderneming. De verzoeker

[134] Hoewel deze uitspraak formeel buiten het datumbereik van het verrichte rechtspraakonderzoek valt, is deze meegenomen omdat zij is gedaan op het in 2016 gedane enquêteverzoek.

heeft in het licht daarvan onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de nieuwe governance structuur ertoe leidt dat de onderneming in een patstelling of impasse raakt en/of dat daardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

3.4.2 Beoordeling

Het verrichte rechtspraakonderzoek toont een 'rustig' beeld. In de hiervoor onder (i) tot en met (iii) bedoelde rechterlijke uitspraken is de onderzoekers niet gebleken van bijzondere problematiek die typisch is voor een monistische vennootschap. De onder (iv) en (v) bedoelde rechterlijke uitspraken zien op situaties gerelateerd aan de (voorgenomen) invoering van een monistisch bestuursmodel bij de vennootschap. Ook deze geven de onderzoekers geen aanleiding tot het plaatsen van kanttekeningen.
De gevoerde enquêteprocedures c.q. WOR-procedure laten zien dat deze aan verschillende bij de vennootschap betrokkenen (bestuur(ders), minderheidsaandeelhouders en de OR) de mogelijkheid bieden om het oordeel van de Ondernemingskamer in te roepen ter zake van de gang van zaken van de vennootschap en de door deze (voor)genomen besluiten.

3.5 Onderzoeksvraag 6: werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie?

3.5.1 Inleiding

Ter beantwoording van onderzoeksvraag 6 wordt in par. 3.5.2 - 3.5.5 nagegaan of het monistische bestuursmodel in de praktijk werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie zoals beschreven in hoofdstuk 2. Naast de data verkregen via de KvK en de interviews, worden hierbij ook rechtspraak, rechtswetenschappelijke literatuur en informatie uit de media en praktijk betrokken.

3.5.2 Keuze voor het monistische bestuursmodel

3.5.2.1 Veronderstelling: monistische bestuursmodel voorziet in behoefte en vergroot bruikbaarheid van de NV en de BV

De KvK-data en de interviews bevestigen de veronderstelling in de wetstheorie dat het monistische bestuursmodel in een behoefte voorziet en de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen vergroot.
Uit de KvK-data komt naar voren dat er in maart 2017 443 NV's en BV's zijn die gebruik maken van het monistische bestuursmodel. Ruim de helft van deze vennootschappen (56,7%) bestond al voor het moment van inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv, terwijl de overige vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 zijn opgericht. Onder de monistische vennootschappen bevinden zich grote, middelgrote, kleine en microvennootschappen. Ook een viertal structuurvennootschappen heeft geopteerd voor een one-tier board.

De data van de KvK vermelden bij 328 vennootschappen een concernrelatie. Voorts worden de aandelen van 144 monistische vennootschappen gehouden door één aandeelhouder.
Voorts volgt uit data verstrekt door Eumedion dat het monistische bestuursmodel een zekere populariteit geniet bij beursvennootschappen: in juli 2017 waren 44 Nederlandse beursvennootschappen (dat is ruim 26% van het totale aantal beursvennootschappen) uitgerust met een monistisch bestuursmodel.
Variëteit is er overigens niet alleen wat betreft bedrijfsomvang en type aandeelhouder (belegger, PE-aandeelhouder, familieaandeelhouder, enig aandeelhouder), maar ook wat betreft de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten. Overigens hebben 194 monistische vennootschappen (ruim 43%) een SBI-code die erop duidt dat het financiële holdings betreft.

Uit de interviews komt naar voren dat de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen door de mogelijkheid om te kiezen voor een monistisch bestuursmodel wordt vergroot. Het monistische bestuursmodel komt in internationale ondernemingsverhoudingen tegemoet aan wensen van buitenlandse aandeelhouders en bestuurders alsmede private equity-investeerders. In nationale ondernemingsverhoudingen wordt het monistische bestuursmodel onder meer ingezet door familievennootschappen om leden van de familie/grootaandeelhouders als nub nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken

3.5.2.2 Veronderstelling: monistische bestuursmodel voorziet in behoefte bij structuurvennootschappen

De veronderstelling in de wetstheorie dat in de praktijk ook bij structuurvennootschappen behoefte kan bestaan aan het monistische bestuursmodel is bewaarheid: uit de KvK-data blijkt dat vier structuurvennootschappen voor het monistische bestuursmodel hebben gekozen.[135]

3.5.2.3 Veronderstelling: geen integrale vervanging dualistische model door monistische model

De veronderstelling in de wetstheorie dat de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv er niet toe zal leiden dat Nederlandse vennootschappen het dualistische bestuursmodel integraal vervangen door een monistisch bestuursmodel is juist gebleken.

[135] Volledigheidshalve wijzen de onderzoekers erop dat in de literatuur de vraag is gerezen of structuurvennootschappen met een one-tier board gebruik kunnen maken van het verzwakte structuurregime (zie M. van Olffen, 'Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten', *Ondernemingsrecht* 2012/89; R.G.J. Nowak, 'Kunnen structuurvennootschappen met verzwakt regime een one-tier board hebben?', *Ondernemingsrecht* 2013/8). In het op 13 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2) wordt verduidelijkt dat bij structuurvennootschappen met een one-tier board die onder het verzwakte structuurregime vallen, de bevoegdheid tot benoeming van de uitvoerende bestuurders berust bij de algemene vergadering.

Dit blijkt uit de data van de KvK. Van de in totaal 420 structuurvennootschappen zijn vier vennootschappen uitgerust met een monistisch bestuursmodel, terwijl de overige 416 structuurvennootschappen een dualistisch bestuursmodel kennen. Van de in totaal 8588 niet-structuurvennootschappen die vrijwillig in toezicht hebben voorzien, is door 339 vennootschappen gekozen voor een monistisch bestuursmodel, terwijl de overige 8249 vennootschappen een dualistisch bestuursmodel kennen (zie par. 3.2.8).

3.5.2.4 Veronderstelling: redenen voor de keuze van een monistisch bestuursmodel

In de wetstheorie werden twee omstandigheden genoemd die in elk geval van belang kunnen zijn bij de keuze voor het monistische bestuursmodel: (i) de voorkeur van de AV van vennootschappen die ook buitenlandse aandeelhouders willen aantrekken en behouden en (ii) de voorkeur van de raad van commissarissen in een moeilijke bedrijfseconomische situatie, omdat zij dan meer en eerder informatie zouden ontvangen over de beoogde besluitvorming van het bestuur en zij daardoor – in een crisissituatie – beter in staat zouden zijn om toezicht te houden. Uit de interviews kwam naar voren dat de eerste omstandigheid bij een aantal vennootschappen inderdaad meespeelde bij de keuze voor het monistische bestuursmodel, terwijl de tweede omstandigheid bij geen enkele van de geïnterviewde vennootschappen een rol speelde.

Uit de *interviews* komen ook andere factoren naar voren die vennootschappen bewegen een monistisch bestuursmodel te kiezen. Zo wordt in nationale ondernemingsverhoudingen het monistische bestuursmodel onder meer ingezet door familievennootschappen om leden van de familie/grootaandeelhouders als nub nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken. Voorts stipuleren PE-investeerders soms het monistische bestuursmodel opdat zij via het positioneren van nub's dicht betrokken zijn bij het bestuur van de vennootschap.
Voorts blijken in de *praktijk* ook fiscale redenen (het voldoen aan *substance*-vereisten) aanleiding te zijn om de Nederlandse vennootschap uit te rusten met een one-tier board.[136] Dit speelt met name indien personen die niet in Nederland wonen of feitelijk zijn gevestigd, willen participeren in het bestuur van een Nederlandse vennootschap die gebonden is aan *substance*-vereisten. Hoofdregel is dat een Nederlandse vennootschap niet aan *substance*-vereisten hoeft te voldoen. Hierop gelden echter twee uitzonderingen. In de eerste plaats dient een Nederlandse vennootschap die een *ruling* met de Belastingdienst wenst te sluiten aan de *substance*-vereisten te voldoen aangezien het voldoen aan de *substance*-vereisten een noodzakelijke voorwaarde is voor het verkrijgen van een dergelijke *ruling*. Ten tweede moeten ook zogenaamde 'dienstverleningslichamen' (d.w.z. een vennootschap wiens werkzaamheden voor minstens 70% bestaan uit het ontvangen en betalen van rente, royalty's, huur en/of leasetermijnen van en aan buitenlandse vennootschappen die tot het eigen concern

[136] De hierna volgende informatie inzake *substance*-vereisten is aan de onderzoekers verstrekt door Houthoff Buruma.

behoren) aan de *substance*-vereisten voldoen. Indien een dienstverleningslichaam niet voldoet aan de *substance*-vereisten, dan zal de Belastingdienst overgaan tot het uitwisselen van gegevens met de landen waaruit de desbetreffende vennootschap rente, royalty's, huur en/of leasetermijnen ontvangt.[137]

De *substance*-vereisten zijn opgenomen in beleidsbesluiten (zie de laatste pagina van beleidsbesluit DGB2014/3099 en DGB2014/3101).
Eén van de *substance*-vereisten houdt in: "*Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of is feitelijk gevestigd in Nederland*."
In het vraag- en antwoordbesluit DGB 2014/3102 wordt een nadere uitleg gegeven van de *substance*-vereisten, waarbij met name vraag 11 voor de one-tier board relevant is:

> *"11. Op welke wijze worden commissarissen meegewogen in de eis dat ten minste de helft van de statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden in Nederland woont of feitelijk is gevestigd?*
> *Antwoord:*
> *De besluiten spreken slechts van bestuursleden. Het bestuur omvat niet mede commissarissen. Deze worden dan ook niet meegewogen. Toezichthoudende bestuursleden worden evenmin meegewogen."*

Hieruit volgt dat de non-executive bestuurders evenals commissarissen niet worden meegewogen bij de beoordeling of wordt voldaan aan de eis dat ten minste de helft van de statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden in Nederland woont of feitelijk is gevestigd. Bij de beoordeling of aan de *substance*-vereisten wordt voldaan, worden non-executive bestuurders bij de one-tier board op dezelfde voet behandeld als commissarissen in een two-tier board. Dit brengt mee dat een Nederlandse vennootschap waarvan de one-tier board bestaat uit bijvoorbeeld één executive bestuurder die in Nederland woont of feitelijk is gevestigd en twee non-executive bestuurders die niet NL tax residents zijn, aan voormeld *substance*-vereiste voldoet. Zou daarentegen worden gekozen voor een two-tier board of een BZT waarin deze niet NL tax residents *als bestuurder* participeren, dan wordt niet (meer) aan dit *substance*-vereiste voldaan.

[137] Een vennootschap die geen *ruling* met de Belastingdienst heeft gesloten (of wil) sluiten) en geen dienstverleningslichaam is behoeft dus niet aan de *substance*-vereisten te voldoen. In de praktijk worden vennootschappen met (internationale) houdsteractiviteiten vaak geadviseerd om toch aan deze vereisten te voldoen. De reden hiervoor is dat de ervaring leert dat de Belastingdienst – indien een buitenlandse belastingautoriteit zou claimen dat de Nederlandse vennootschap voor fiscale doeleinden inwoner is van het andere desbetreffende land – eerder geneigd is om tegenover de buitenlandse belastingautoriteit het Nederlandse fiscale inwonerschap van de vennootschap te verdedigen indien aan de *substance*-vereisten wordt voldaan.

Tot slot merkte de directeur van Eumedion[138] over de keuze voor een one-tier board model op:

> "We bekijken echt of het past bij de betreffende onderneming. We hebben wel als standpunt dat het monistische model een voorkeur kan hebben bij familiebedrijven, bij bedrijven die een nutsfunctie hebben en bij organisaties die actief zijn in snel bewegende of complexe markten. Bijvoorbeeld bij banken kan ik me voorstellen dat daar eerder een one-tier model wordt ingevoerd."[139]

Volledigheidshalve merken de onderzoekers op dat de keuze voor een monistisch bestuursmodel in beginsel niet openstaat voor banken en verzekeraars. Ingevolge art. 3:19 lid 1 Wft moeten zij een RvC hebben, tenzij DNB hiervan ontheffing verleent (art. 3:19 lid 3 Wft).[140] In dit verband wijzen de onderzoekers erop dat Calkoen in 2011 in zijn proefschrift over de one-tier board de volgende stelling heeft verdedigd: "Artikel 3:19 Wft dient zo aangepast te worden dat de eis is dat banken en verzekeraars minstens 3 leden van de RvC of 3 niet-uitvoerend bestuurders hebben, om het mogelijk te maken dat ook banken en verzekeraars voor een one-tier board kunnen kiezen."[141] De onderzoekers sluiten zich hierbij aan, nu er naar hun mening geen redenen zijn om de keuze voor het monistische bestuursmodel aan banken en verzekeraars te onthouden.

3.5.3 Samenstelling en functioneren van het monistische bestuur

3.5.3.1 Veronderstelling: in de praktijk overtreft het aantal nub's vaak het aantal ub's en kunnen nub's hierdoor bestuursbesluiten tegenhouden

In de wetstheorie werd van de veronderstelling uitgegaan dat in de praktijk het aantal nub's *vaak* het aantal ub's overtreft.[142] Daardoor kunnen niet-uitvoerende bestuurders bestuursbesluiten tegenhouden. Hiermee zou dan onafhankelijkheid en goed toezicht zijn gewaarborgd.[143] Voor monistische vennootschappen die niet ter beurze zijn genoteerd bestaat geen regelgeving omtrent de samenstelling van het monistische bestuur.
Voor beursvennootschappen geldt best practice-bepaling III.8.4 van de Corporate Governance Code 2008 inhoudende dat het bestuur in meerderheid bestaat uit niet-

[138] De koepel van Nederlandse institutionele beleggers.
[139] Dirk-Jan Zom, One-tier board. "Onbekend maakt onbemind", 27 maart 2017 (https://www.governanceuniversity.nl/actueel/84/One-tier-board-Onbekend-maakt-onbemind).
[140] De aanvrager van de ontheffing moet aantonen dat redelijkerwijze niet aan art. 3:19 lid 1 Wft kan worden voldaan en dat de doeleinden die dit artikel beoogt te bereiken anderszins worden bereikt.
[141] Stelling 4 behorend bij het proefschrift van Willem J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, (diss.)*, IvO-serie deel 85, Deventer: Kluwer 2012.
[142] De onderzoekers wijzen erop dat uit de parlementaire geschiedenis niet blijkt waarop deze veronderstelling is gebaseerd.
[143] Handelingen, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, nr. 28-4-21.

uitvoerende bestuurders.[144] In beide gevallen is het uiteindelijk de vennootschap die de verhouding aantal ub's versus aantal nub's bepaalt.
Uit de data van de KvK (zie par. 3.2.4) blijkt dat in de praktijk bij 51% van de vennootschappen met een monistisch bestuursmodel het aantal niet-uitvoerende bestuurders het aantal uitvoerende bestuurders overtreft. Bij 24,2% van de vennootschappen met een monistisch bestuursmodel is het aantal uitvoerende bestuurders echter in de meerderheid. Bij 24,8% van de vennootschappen is het aantal niet-uitvoerende bestuurders gelijk aan het aantal uitvoerende bestuurders. In de praktijk werkt bij 217 vennootschappen (49% van het totale aantal monistische vennootschappen) het monistische bestuursmodel op dit punt niet zoals beoogd volgens de wetstheorie, nu bij deze vennootschappen de nub's niet in de meerderheid zijn (en bij 25 vennootschappen zelfs geheel ontbreken).
Kijken we meer in het bijzonder naar de categorie beursgenoteerde vennootschappen en structuurvennootschappen dan is de conclusie dat bij deze vennootschappen het monistische bestuursmodel op dit punt wel werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Bij meer dan 90% van de monistische beursvennootschappen overtreft het aantal nub's het aantal ub's (zie par. 3.2.6.3). Bij de categorie structuurvennootschappen die wettelijk verplicht zijn om in toezicht te voorzien, is bij alle vier monistische structuurvennootschappen sprake van een groter aantal nub's dan ub's.

Uit het voorgaande volgt dat de vennootschappen waar de niet-uitvoerende bestuurders niet in de meerderheid zijn, met name middelgrote, kleine en microvennootschappen zijn die op 'vrijwillige' basis hebben voorzien in toezicht door te opteren voor een monistisch bestuursmodel. Dit gegeven - in combinatie met de hierna te noemen factoren - maakt dat een aanvullende wettelijke regeling inhoudende dat het bestuur in meerderheid dient te bestaan uit nub's naar de mening van de onderzoekers niet nodig is.
In dit verband wijzen de onderzoekers erop dat de invloed die de nub's in het bestuur hebben niet alleen afhangt van de omstandigheid of zij ten opzichte van de ub's getalsmatig in de meerderheid zijn. De (beïnvloedings)positie van nub's wordt bepaald door veel meer factoren. Een belangrijke factor is de statutaire inrichting van de besluitvorming door het monistische bestuur: is er een meervoudig stemrecht toegekend aan ub's of nub's, heeft een ub of nub een doorslaggevende stem indien de stemmen in de bestuursvergadering staken, is er een instemmingsrecht aan ub's of nub's toegekend? Is er bijvoorbeeld in de statuten van de vennootschap aan de ub's een meervoudig stemrecht toegekend dan kan het zijn dat zij hierdoor de nub's bij het nemen van bestuursbesluiten kunnen *overrulen*, ook al zijn de nub's getalsmatig in de meerderheid. Ook de spiegelbeeldige situatie kan zich voordoen. Aan de nub's is statutair een meervoudig stemrecht toegekend waardoor zij de ub's kunnen overrulen, ook al zijn er minder nub's dan ub's. Opvallend was dat de statuten van acht geïnterviewde

[144] Een soortgelijke bepaling is opgenomen in bpb 5.1.1 Corporate Governance Code 2016.

vennootschappen uiteenlopende voorzieningen bevatten die de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur verstevigen (zie hiervoor par. 3.3.5.2).
Bij twee geïnterviewde middelgrote vennootschappen waar de nub's getalsmatig in de minderheid zijn respectievelijk waar sprake is van een gelijk aantal ub's/nub's is, was de positie van de nub's door diverse statutaire voorzieningen verstevigd.
Gelet op de omstandigheid dat er slechts negen vennootschappen zijn geïnterviewd, kunnen hieraan geen algemene conclusies worden verbonden.
Wel laat het voorgaande zien dat de beïnvloedingspositie van de nub's in het bestuur in de praktijk door een veelheid van factoren wordt bepaald. Zou men dit wettelijk willen reguleren - waartoe de onderzoekers overigens geen noodzaak zien - dan zou men naast de getalsmatige verhouding nub's/ub's ook regels moeten opnemen over meervoudig stemrecht, staken van stemmen etc.
Tot slot wijzen de onderzoekers erop dat de nub's sinds 1 januari 2013 bevoegd zijn om bij de Ondernemingskamer een enquêteverzoek in te dienen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (art. 2:346 lid 2 jo lid 1 onder d BW). Bij het uitoefenen van de toezichthoudende taak door de nub's kan de aan hen toekomende enquêtebevoegdheid een ondersteunende rol bieden.

3.5.3.2 Veronderstelling: besluitvormingsfaciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk

Bij zeven van de negen bevraagde vennootschappen is gebruik gemaakt van de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW om in de statuten of in een bestuursreglement de besluitvorming te delegeren (zie par. 3.3.5.2). In de praktijk wordt in zes van de zeven vennootschappen door de ub's (en in een enkel geval door de nub's) ook daadwerkelijk gebruik gemaakt van de geboden besluitvormingsmogelijkheid. Hoewel het aantal afgenomen interviews onvoldoende is om daaraan algemene conclusies te verbinden, geven de interviews de indruk dat art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk.

3.5.3.3 Veronderstelling: de voorzitter van het bestuur is een nub

De wetstheorie gaat ervan uit dat het voorzitterschap van het bestuur *moet* worden vervuld door een niet-uitvoerende bestuurder. Met het oog hierop is in art. 2:129a/2:239a lid 1 BW bepaald dat het voorzitterschap van het bestuur niet aan een uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld. Deze door de wetgever gekozen formulering geeft ruimte voor de onjuiste uitleg dat het voorzitterschap van het bestuur opgedragen kan worden aan een derde/niet-bestuurder. Eén van de geïnterviewde vennootschappen is van deze onjuiste uitleg uitgegaan.
De onderzoekers merken op dat ter voorkoming van misverstanden het aangewezen is dat in art. 2:129a/2:239a BW wordt verduidelijkt dat het bestuursorgaan *uit zijn midden* een voorzitter kiest. Voor deze formulering is ook gekozen in art. 45 SE-Verordening.

Voor de NV/BV geldt *dwingendrechtelijk*[145] dat aan een ub niet de taak van voorzitter van het bestuur kan worden opgedragen. Dit is in lijn met de Engelse variant van het monistische bestuursmodel.[146]
In dit verband is van belang dat in de literatuur door Abma en Bootsma[147] bij in ieder geval vijf Nederlandse beursvennootschappen de praktijk is gesignaleerd waarin naast een niet-uitvoerende bestuurder die formeel als voorzitter van het bestuur optreedt, een uitvoerende bestuurder/voorzitter functioneert. Hiermee wordt de Amerikaanse variant van de one-tier board, met een uitvoerende Chairman of waarbij de functies van CEO en Chairman in één persoon zijn verenigd, benaderd. Bij de beoordeling van deze bij bepaalde monistische vennootschappen bestaande praktijk vechten - in de woorden van Bootsma - de twee uitgangspunten van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv - faciliteren en reguleren om voorrang. Bootsma schetst twee mogelijkheden:
1. een uitvoerende voorzitter wordt alsnog expliciet in de wet als statutaire afwijkingsmogelijkheid toegelaten, waarbij een afzonderlijk punt van aandacht is of daarbij ook de CEO/Chairman verenigd in één persoon wordt toegestaan; of
2. de keuze voor een niet-uitvoerende voorzitter blijft gehandhaafd, waarbij paal en perk wordt gesteld aan het ontgaan van de wettelijke regeling.[148]

De voorkeur van Bootsma gaat met het oog op de internationale bruikbaarheid van de Nederlandse rechtsvorm uit naar de eerste mogelijkheid. Eumedion[149] is voorstander van de scheiding van de rol van voorzitter en CEO. Zij meent dat als beide rollen zijn verenigd in één persoon het erg lastig zal zijn een goede *governance*structuur en adequate *checks and balances* tot stand te brengen.

Met het oog op deze kwestie is in de interviews aan de gesprekspartners de vraag voorgelegd of de wettelijke regel dat het voorzitterschap moet worden vervuld door een nub door de vennootschap als beperkend wordt ervaren. Alle respondenten

[145] Van Olffen heeft in 2012 enkele kanttekeningen bij het dwingendrechtelijke karakter geplaatst (M. van Olffen, 'Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten', *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 486). Dumoulin stelde de keuze van de wetgever dat de voorzitter van het bestuur niet-uitvoerende bestuurder is niet onbegrijpelijk te vinden, al had zij misschien beter aan de vennootschap gelaten kunnen worden (S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht - observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 492). Stokkermans heeft zich op het standpunt gesteld dat het voorschrift dat de voorzitter geen uitvoerend bestuurder mag zijn, zijns inziens alleen voor grote rechtspersonen van dwingend recht dient te zijn (zie: Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 102)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, stelling 9).
[146] A.A. Bootsma, 'De voorzitter van de one-tier board als dwaallicht', *Ondernemingsrecht* 2016/108, p. 533.
[147] Rients Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2016', *Ondernemingsrecht* 2016/96; A.A. Bootsma, 'De voorzitter van de one-tier board als dwaallicht', *Ondernemingsrecht* 2016/108, p. 533-534.
[148] Overigens doet Bootsma geen voorstellen op welke wijze paal en perk zou kunnen worden gesteld aan het ontgaan van de wettelijke regeling.
[149] Zie brief van Eumedion d.d. 28 september 2016 aan de Monitoring Commissie Corporate Governance Code.

beantwoordden deze vraag ontkennend. In dit verband wezen meerdere respondenten erop dat de onafhankelijkheid van de voorzitter op deze wijze wordt gewaarborgd.
De onderzoekers zijn van mening dat de door de wetgever in 2013 gemaakte keuze dat slechts een niet-uitvoerende bestuurder de voorzittersrol kan vervullen, moet worden gehandhaafd. Zij menen dat de destijds in de wetstheorie gegeven motivering (zie par. 2.2.1) nog steeds opgeld doet en zien in de door enkele beursvennootschappen ontwikkelde praktijk geen reden tot wetswijziging.

3.5.3.4 Veronderstelling: de bestuursvoorzitter is het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten

Bij geen van de geïnterviewde vennootschappen blijkt de voorzitter het belangrijkste aanspreekpunt te zijn voor de aandeelhouders en andere externe contacten (par. 3.3.5.3). De onderzoekers zien hierin geen probleem. In de praktijk kunnen er goede redenen zijn dat de CEO en/of de CFO het belangrijkste aanspreekpunt is voor aandeelhouders en andere, externe contacten.

3.5.3.5 Veronderstelling: een variabele beloningscomponent voor toezichthouders in een monistisch bestuursmodel ligt niet voor de hand

Bij de geïnterviewde vennootschappen bevat de beloning van de niet-uitvoerende bestuurders geen variabele beloningscomponenten (par. 3.3.5.4).

3.5.3.6 Veronderstelling: de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel bevat voldoende waarborgen voor een goede balans tussen bestuur en toezicht

Bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel onvoldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht. Wel merken de onderzoekers op dat de wetgever vennootschappen een ruime mate van vrijheid heeft gegeven bij de inrichting van het monistische bestuursmodel. Zo zijn er geen wettelijke voorschriften opgenomen inzake het aantal ub's versus het aantal nub's en het toekennen van meervoudig stemrecht aan ub's en nub's. Of in de praktijk een goede balans tussen bestuur en toezicht bestaat, is vooral afhankelijk van de wijze waarop de vennootschap in concreto het monistische bestuursmodel vorm geeft, de personen die de functie van ub en nub bekleden en de wijze waarop zij hun functie vervullen.
Bij de geïnterviewde vennootschappen bleek overigens dat de inrichtingsvrijheid met name was aangewend om de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur te verstevigen. Het aantal afgenomen interviews is echter onvoldoende om daaraan algemene conclusies te verbinden.
Voorts wijzen de onderzoekers erop dat bij de Wet aanpassing enquêterecht die op 1 januari 2013 in werking is getreden aan nub's de bevoegdheid is toegekend om bij de Ondernemingskamer een enquêteverzoek in te dienen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (art. 2:346 lid 2 jo lid 1 onder d BW). Bij het uitoefenen van de

toezichthoudende taak door de nub's kan de aan hen toekomende enquêtebevoegdheid een ondersteunende rol bieden.

3.5.4 Veronderstelde voordelen monistische bestuursmodel

De wetstheorie vermeldt als *mogelijke* voordelen van het monistische systeem dat: (i) niet-uitvoerende bestuurders eerder en meer informatie zouden krijgen dan commissarissen, (ii) bestuurders meer betrokken zouden zijn bij de gang van zaken binnen de vennootschap dan de commissarissen, (iii) een monistisch bestuur slagvaardiger zou kunnen optreden en (iv) niet-uitvoerende bestuurders bij het nemen van bestuursbesluiten invloed kunnen uitoefenen op hun medebestuurders en daarmee actief invulling kunnen geven aan hun rol als toezichthouder.

In alle interviews is de vraag gesteld of deze voordelen in de praktijk ook tot uiting zijn gekomen bij de desbetreffende vennootschap. Hieruit kwam het beeld naar voren dat dit bij de geïnterviewde vennootschappen met name het geval is wat betreft de geïnformeerde en betrokken positie van de nub's. Bij drie vennootschappen werd ook het slagvaardig kunnen optreden van het monistische bestuur als voordeel ervaren. Het onder (iv) genoemde voordeel kwam bij de geïnterviewde vennootschappen niet of minder sterk naar voren (zie par. 3.3.5.5).

3.5.5 Conclusie bij onderzoeksvraag 6

De onderzoekers komen op basis van het voorgaande tot de conclusie dat het monistische bestuursmodel in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Wat betreft de samenstelling en het functioneren van het bestuur is dat op enkele punten niet het geval:
(i) blijkens KvK-data overtreft bij 49% van de vennootschappen het aantal nub's niet het aantal ub's (par. 3.5.3.1);
(ii) bij enkele Nederlandse beursvennootschappen is de praktijk gesignaleerd waarin naast een niet-uitvoerende bestuurder die formeel als voorzitter van het bestuur optreedt, een uitvoerende bestuurder/voorzitter functioneert (par. 3.5.3.3);
(iii) bij geen van de geïnterviewde vennootschappen fungeerde de bestuursvoorzitter als het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten (par. 3.5.3.4).
Er bestaat naar de mening van de onderzoekers geen noodzaak voor de wetgever om op deze punten te voorzien in aanvullende regelgeving.

3.6 Onderzoeksvraag 7: worden de door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv beoogde doelen behaald?

Uit de wetstheorie volgt dat met de regeling van het monistisch model in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv een tweetal doelen werd beoogd:

(i) het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen;
(ii) het vergroten van de rechtszekerheid door vastlegging in de wet van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders die deel uitmaken van een monistisch bestuur.

Voor wat betreft het onder (i) omschreven doel beantwoorden de onderzoekers onderzoeksvraag 7 bevestigend. Zoals reeds is beschreven in par. 3.2.4 blijkt uit de KvK-data en de interviews dat het monistische bestuursmodel bij 443 uiteenlopende vennootschappen in een behoefte voorziet. Variëteit is er niet alleen wat betreft bedrijfsomvang en type aandeelhouder (belegger, PE-aandeelhouder, familie-aandeelhouder, enig aandeelhouder), maar ook wat betreft de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten.
Het monistische bestuursmodel komt in internationale ondernemingsverhoudingen tegemoet aan wensen van buitenlandse aandeelhouders en bestuurders alsmede private equity-investeerders. In nationale ondernemingsverhoudingen wordt het monistische bestuursmodel onder meer ingezet door familievennootschappen om leden van de familie/grootaandeelhouders als nub nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken. Ook hieruit blijkt dat het monistische bestuursmodel de bruikbaarheid van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen heeft vergroot.

Voor wat betreft het onder (ii) omschreven doel menen de onderzoekers dat in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat door het bieden van het wettelijk kader voor de taakverdeling tussen ub's en nub's en de wettelijke vastlegging van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders, de rechtszekerheid wordt vergroot.
Voor een nadere analyse van art. 2:9 BW dat voor alle vennootschappen - ongeacht het gekozen bestuursmodel - geldt, verwijzen de onderzoekers naar hoofdstuk 4.

3.7 Onderzoeksvraag 8: zijn er neveneffecten, en zo ja, welke?

Uit de gehouden interviews bleek niet van neveneffecten. Ook heeft de invoering van een one-tier board volgens de geïnterviewde personen niet geleid tot een verhoging van de premie voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van (i) de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen en/of (ii) de uitvoerende bestuurders.

In de *literatuur* is wel een neveneffect gesignaleerd dat verband houdt met het dwingende voorschrift dat de voorzitter van de one-tier board van een NV of BV een nub moet zijn: in de praktijk wordt bij bepaalde Nederlandse beursvennootschappen waarin een nub voorzitter is, de titel van Chairman ook aan een ub toegekend (zie par. 3.5.3.3).

3.8 Onderzoeksvraag 9: wat betekenen de bevindingen voor de werking van het Rijnlandse *stakeholders* model in Nederland?

Uit de wetstheorie blijkt dat ook voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel onverkort het Rijnlandse model geldt. Bestuurders en toezichthouders dienen zich, ongeacht het gekozen bestuursmodel, te richten naar het belang (op langere termijn) van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hierbij dienen alle deelbelangen waaronder die van de aandeelhouders, werknemers, schuldeisers en klanten, te worden betrokken.

Bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek – waarbij in het bijzonder wordt verwezen naar het verrichte rechtspraakonderzoek (zie par. 3.4) - is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat er in monistische vennootschappen geen evenwichtige belangenafweging zou plaatsvinden.[150]

Volledigheidshalve zij erop gewezen dat art. 2:129/2:239 lid 5 BW waarin is gecodificeerd dat iedere bestuurder zich dient te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, inmiddels aan de orde is gekomen in een tweetal rechterlijke procedures. In beide gevallen betrof het geen monistische vennootschap.

De Hoge Raad overwoog in zijn *Cancun*-beschikking (HR 4 april 2014, NJ 2014/286, ECLI:NL:HR:2014:797): "4.2.1: Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bestendige succes van deze onderneming. In het geval van een joint venture-vennootschap wordt het belang van de vennootschap voorts bepaald door de aard en inhoud van de tussen de aandeelhouders overeengekomen samenwerking."

Art. 2:129 lid 5 BW kwam aan de orde in de *Delta Lloyd*-beschikking (ECLI:NL:GHAMS:2016:4056) van de Ondernemingskamer. Hierin werd beslist dat indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het vennootschapsbelang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Voorts dienen bestuurders bij de vervulling van hun taak zorgvuldigheid, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. De Ondernemingskamer overwoog dat deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad. De Ondernemingskamer besliste dat nu de verzekerden en polishouders behoren tot Delta Lloyds belangrijkste

[150] Wel wijzen de onderzoekers erop dat in de rechtspraktijk is gebleken van in ieder geval één incident waarbij belangen van beleggers in een monistische beursvennootschap in het geding zijn. Zie: https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/jan/lod-new-sources-energy. Dit incident had zich ook kunnen voordoen in een dualistische vennootschap.

stakeholders, de opvatting van het bestuur dat hij bij de vervulling van zijn taak niet uitsluitend de belangen van de aandeelhouders in acht heeft te nemen geen blijk geeft van een onjuiste opvatting over de door het bestuur van Delta Lloyd in acht te nemen belangen. De Ondernemingskamer wees het door aandeelhouder Highfields Capital Management gedane verzoek een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Delta Lloyd NV daarom af.

3.9 Conclusies en aanbevelingen (onderzoeksvragen 1-9)

3.9.1 Zijn de doelen behaald die met de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werden beoogd? (onderzoeksvragen 1 en 7)

Met de regeling van het monistisch model in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv werd beoogd:
(i) het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen;
(ii) het vergroten van de rechtszekerheid door vastlegging in de wet van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders die deel uitmaken van een monistisch bestuur.

Uit het verrichte evaluatieonderzoek blijkt dat het onder (i) omschreven doel is gerealiseerd. Het monistische bestuursmodel voorziet blijkens data van de KvK in maart 2017 bij 443 uiteenlopende vennootschappen in een behoefte, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's (par. 3.2.2). Ruim de helft van deze vennootschappen (56,7%) bestond al voor het moment van inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv, terwijl de overige vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 zijn opgericht. Onder de monistische vennootschappen bevinden zich grote, middelgrote, kleine en microvennootschappen. Ook een viertal structuurvennootschappen heeft geopteerd voor een one-tier board. De data van de KvK vermelden bij 328 vennootschappen een concernrelatie. Voorts worden de aandelen van 144 monistische vennootschappen gehouden door één aandeelhouder.
Voorts volgt uit data verstrekt door Eumedion dat het monistische bestuursmodel een zekere populariteit geniet bij beursvennootschappen: in juli 2017 waren 44 Nederlandse beursvennootschappen - dat is ruim 26% van het totale aantal beursvennootschappen – uitgerust met een monistisch bestuursmodel.
Variëteit is er niet alleen wat betreft bedrijfsomvang en type aandeelhouder (belegger, PE-aandeelhouder, familieaandeelhouder, enig aandeelhouder), maar ook wat betreft de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten. Overigens hebben 194 monistische vennootschappen (ruim 43%) een SBI-code die erop duidt dat het financiële holdings betreft.

Het monistische bestuursmodel komt in internationale ondernemingsverhoudingen tegemoet aan wensen van buitenlandse aandeelhouders en bestuurders alsmede private

equity-investeerders. In nationale ondernemingsverhoudingen wordt het monistische bestuursmodel onder meer ingezet door familievennootschappen om leden van de familie/grootaandeelhouders als niet-uitvoerende bestuurder nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken. Ook hieruit blijkt dat het monistische bestuursmodel de bruikbaarheid van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen heeft vergroot.

De onderzoekers wijzen erop dat de keuze voor een monistisch bestuursmodel in beginsel niet openstaat voor banken en verzekeraars, omdat art. 3:19 lid 1 Wft vereist dat zij een RvC instellen. In dit verband geven de onderzoekers in overweging de keuze voor het monistische bestuursmodel ook aan banken en verzekeraars te bieden. Er zijn volgens hen geen redenen om deze keuze aan banken en verzekeraars te onthouden (par. 3.5.2.4).

Voor wat betreft de onder (ii) omschreven doelstelling menen de onderzoekers dat in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat door het bieden van een wettelijk kader voor de taakverdeling tussen uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders en de wettelijke vastlegging van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders, de rechtszekerheid wordt vergroot.

3.9.2 De werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, aantal monistische NV's en BV's, neveneffecten (onderzoeksvragen 4, 5 en 8)

Blijkens data van de KvK voorziet het monistische bestuursmodel in maart 2017 bij 443 uiteenlopende vennootschappen in een behoefte, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's.

Uit de KvK-data en de in het kader van dit evaluatieonderzoek gehouden interviews blijkt dat hét one-tier model niet bestaat. De wetgever heeft vennootschappen een ruime mate van vrijheid gegeven bij de inrichting van het monistische bestuursmodel.
Voor wat betreft de taakverdeling tussen de uitvoerende bestuurders (hierna ook: ub's) en de niet-uitvoerende bestuurders (hierna ook: nub's) heeft de wetgever de inrichtingsvrijheid slechts begrensd door dwingendrechtelijk voor te schrijven dat:
(i) de niet-uitvoerende bestuurder(s) toezicht moet(en) houden op de taakuitoefening door de bestuurders,
(ii) de bestuursvoorzitter een niet-uitvoerende bestuurder moet zijn,
(iii) het doen van benoemingsvoordrachten ter zake van bestuurders niet mag worden opgedragen aan de uitvoerende bestuurder(s) en
(iv) uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
Er zijn geen wettelijke voorschriften opgenomen inzake het aantal ub's versus het aantal nub's, het toekennen van meervoudig stemrecht aan ub's en nub's, het staken van stemmen in het bestuur, het voor bestuursbesluiten vereiste quorum en stemmenmeerderheid etc.

Om een beeld te krijgen van de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk is een aantal 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel bevraagd over de keuze voor het monistische bestuursmodel alsmede de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap. Ook is gevraagd naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neveneffecten). Er zijn in totaal negen interviews afgenomen met personen die als uitvoerend bestuurder, niet-uitvoerend bestuurder of general counsel verbonden zijn aan beursvennootschappen, vennootschappen met één of meer private equity investeerders en familievennootschappen.
Het aantal gehouden interviews is onvoldoende om daaruit statistisch onderbouwde conclusies te trekken; zij geven een impressie van de wijze waarop het monistische bestuursmodel is ingericht en functioneert in de desbetreffende vennootschappen alsmede van de ervaringen die deze gebruikers met dit bestuursmodel hebben opgedaan.

In par. 3.3 is een integraal verslag van de uit de interviews blijkende bevindingen opgenomen. Bij de geïnterviewde vennootschappen was opvallend dat de inrichtingsvrijheid met name was aangewend om de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur te verstevigen. Een andere gemene deler was dat besluiten tijdens bestuursvergaderingen op basis van consensus tot stand kwamen. Slechts bij één vennootschap kwam het incidenteel voor dat het bestuur een meerderheidsbesluit nam. Bij geen enkele vennootschap was sprake van blokvorming van ub's versus nub's.
Voorts kwam uit de interviews naar voren dat het voordeel van het monistische bestuursmodel in de praktijk met name is gelegen in de geïnformeerde en betrokken positie van de nub's. Bij een aantal vennootschappen werd ook het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur als voordeel ervaren.
De geïnterviewde vennootschappen zijn bij de introductie van de one-tier board en/of later niet met onverwachte neveneffecten geconfronteerd. Ook heeft de invoering van een one-tier board volgens de geïnterviewde personen niet geleid tot een verhoging van de premie voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van (i) de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen en/of (ii) de uitvoerende bestuurders.
Van belang is dat geen van de geïnterviewde personen suggesties had ter verbetering c.q. aanvulling van de regeling van het monistische bestuursmodel. De wettelijke regeling van het monistische model werd door hen als toereikend ervaren.
De geïnterviewde beursvennootschappen lieten expliciet weten geen noodzaak te zien voor een aparte Corporate Governance Code voor beursvennootschappen met een one-tier board. Zij onderschreven de zienswijze van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van één code voor alle beursvennootschappen ongeacht het gekozen bestuursmodel. Ook de onderzoekers zien geen noodzaak om voor het monistische bestuursmodel en het dualistische bestuursmodel in afzonderlijke codes te voorzien. Wel zou - gelet ook op het percentage beursvennootschappen dat een monistisch

bestuursmodel hanteert - in de (toelichting op de) Code meer aandacht aan de one-tier board kunnen worden besteed.

3.9.3 Werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie? (onderzoeksvragen 1-3, 6 en 9)

Tijdens de parlementaire geschiedenis van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv zijn verschillende veronderstellingen gedaan over de werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk. In onderhavig evaluatieonderzoek is nagegaan of het monistische bestuursmodel in de praktijk werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Naast de data verkregen via de KvK en de interviews, zijn hierbij ook de rechtspraak, de rechtswetenschappelijke literatuur en informatie uit media en praktijk betrokken.

De onderzoekers concluderen dat het monistische bestuursmodel in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie:
(i) het monistische bestuursmodel voorziet in de praktijk in een behoefte en vergroot de bruikbaarheid van de NV en de BV (zie par. 3.5.2.1);
(ii) het monistische bestuursmodel voorziet in een - zij het kleine - behoefte bij structuurvennootschappen (zie par. 3.5.2.2);
(iii) vennootschappen hebben het dualistische bestuursmodel niet integraal vervangen door een monistisch bestuursmodel (zie par. 3.5.2.3);
(iv) in de praktijk speelt bij de keuze voor het monistische bestuursmodel een rol het aantrekken van buitenlandse aandeelhouders (zie par. 3.5.2.4);
(v) de besluitvormingsfaciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk (zie par. 3.5.3.2);
(vi) bij de geïnterviewde vennootschappen kwam van de in de wetstheorie vermelde mogelijke voordelen van het monistische bestuursmodel met name de geïnformeerde en betrokken positie van de niet-uitvoerende bestuurders naar voren en ook - zij het in mindere mate - het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur (zie par. 3.5.4);
(vii) bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat er in monistische vennootschappen geen evenwichtige belangenafweging zou plaatsvinden (zie par. 3.4 en par. 3.8).

Voor wat betreft de samenstelling en het functioneren van het bestuur hebben de onderzoekers geconstateerd dat het monistische bestuursmodel in de praktijk op enkele punten niet werkt zoals beoogd in de wetstheorie:
(i) blijkens KvK-data overtreft bij 49% van de vennootschappen het aantal nub's niet het aantal ub's (par. 3.5.3.1);
(ii) bij in ieder geval vijf Nederlandse beursvennootschappen is de praktijk gesignaleerd waarin naast een formele niet-uitvoerende voorzitter in de betekenis van de wet, een uitvoerende bestuurder/voorzitter functioneert (par. 3.5.3.3);

(iii) bij geen van de geïnterviewde vennootschappen fungeerde de bestuursvoorzitter als het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten (par. 3.5.3.4).

Er bestaat naar de mening van de onderzoekers geen noodzaak voor de wetgever om ten aanzien van deze punten te voorzien in aanvullende regelgeving:.
Ad (i): Voor wat betreft de getalsmatige verhouding nub's/ub's wijzen de onderzoekers erop dat bij beursgenoteerde vennootschappen en structuurvennootschappen het monistische bestuursmodel op dit punt wel werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Bij meer dan 90% van de monistische beursvennootschappen overtreft het aantal nub's het aantal ub's (zie par. 3.2.6.3). Bij de categorie structuurvennootschappen die wettelijk verplicht zijn om in toezicht te voorzien, is bij alle monistische structuurvennootschappen sprake van een groter aantal nub's dan ub's.
Uit het voorgaande volgt dat de vennootschappen waar de nub's getalsmatig niet in de meerderheid zijn, met name middelgrote, kleine en microvennootschappen betreffen. Deze vennootschappen hebben op 'vrijwillige' basis voorzien in toezicht door te opteren voor een monistisch bestuursmodel. Ook hangt de invloed die de nub's in het bestuur hebben niet alleen af van de omstandigheid of zij ten opzichte van de ub's getalsmatig in de meerderheid zijn. De (beïnvloedings)positie van nub's wordt bepaald door meer factoren. Een belangrijke factor is de statutaire inrichting van de besluitvorming door het monistische bestuur: is er een meervoudig stemrecht toegekend aan ub's of nub's, heeft een ub of nub een doorslaggevende stem indien de stemmen in de bestuursvergadering staken, is er een instemmingsrecht aan ub's of nub's toegekend?
Is er bijvoorbeeld in de statuten van de vennootschap aan de ub's een meervoudig stemrecht toegekend dan kan het zijn dat zij hierdoor de nub's bij het nemen van bestuursbesluiten kunnen *overrulen*, ook al zijn de nub's getalsmatig in de meerderheid. Ook de spiegelbeeldige situatie kan zich voordoen. Aan de nub's is statutair een meervoudig stemrecht toegekend waardoor zij de ub's kunnen overrulen, ook al zijn er minder nub's dan ub's. Opvallend was dat de statuten van acht geïnterviewde vennootschappen uiteenlopende voorzieningen bevatten die de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur verstevigen (par. 3.3.5.2).
Bij twee geïnterviewde middelgrote vennootschappen waar de nub's getalsmatig in de minderheid zijn respectievelijk waar sprake is van een gelijk aantal ub's/nub's is, was de positie van de nub's door diverse statutaire voorzieningen verstevigd.
Gelet op de omstandigheid dat er slechts negen vennootschappen zijn geïnterviewd, kunnen hieruit geen algemene conclusies worden getrokken.
Wel laat het voorgaande zien dat de beïnvloedingspositie van de nub's in het bestuur in de praktijk door een veelheid van factoren wordt bepaald. Zou men de positie van de nub's wettelijk nader willen reguleren - waartoe de onderzoekers geen noodzaak zien - dan zou men naast de getalsmatige verhouding nub's/ub's ook regels moeten opnemen over meervoudig stemrecht, staken van stemmen etc.

Ook wijzen de onderzoekers erop dat de nub's sinds 1 januari 2013 bevoegd zijn om bij de Ondernemingskamer een enquêteverzoek in te dienen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (art. 2:346 lid 2 jo lid 1 onder d BW). Bij het uitoefenen van de toezichthoudende taak door de nub's kan de aan hen toekomende enquêtebevoegdheid een ondersteunende rol bieden. Nub's die menen dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, maar niet in de positie zijn om hierin verandering te brengen kunnen de hulp inroepen van de Ondernemingskamer.

Ad (ii): Voor wat betreft de in de literatuur bij enkele Nederlandse beursvennootschappen gesignaleerde praktijk waarin naast een niet-uitvoerende voorzitter die formeel als voorzitter van het bestuur optreedt, een uitvoerende voorzitter functioneert, doen de onderzoekers de aanbeveling de door de wetgever in 2013 gemaakte keuze dat slechts een niet-uitvoerende bestuurder de voorzittersrol kan vervullen, te handhaven. Zij menen dat de destijds in de wetstheorie gegeven motivering nog steeds opgeld doet en zien in de door enkele beursvennootschappen ontwikkelde praktijk geen reden tot wetswijziging.

Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling dat de wetgever in art. 2:129a/2:239a BW verduidelijkt dat het bestuursorgaan *uit zijn midden* een niet-uitvoerende voorzitter kiest. De huidige formulering van de wetsbepaling geeft namelijk ruimte voor de onjuiste uitleg dat het voorzitterschap van het bestuur ook opgedragen kan worden aan een derde/niet-bestuurder.

Ad (iii): Bij geen van de geïnterviewde vennootschappen fungeerde de bestuursvoorzitter als het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten. De onderzoekers zien hierin geen probleem. In de praktijk kunnen er goede redenen zijn dat de CEO en/of de CFO het belangrijkste aanspreekpunt is voor aandeelhouders en andere, externe contacten.

Tot slot een tweetal aanbevelingen voor notarissen die betrokken zijn bij het opstellen van de statuten van een monistische vennootschap. Ten eerste dient de toezichthoudende taak van de nub's in de statuten niet te worden beperkt tot het toezicht houden op de taakuitoefening door de ub's. Uit de bewoordingen van art. 2:129a/2:239a lid 1 BW en de parlementaire geschiedenis[151] blijkt dat nub's toezicht dienen te houden op de taakuitoefening door alle bestuurders, dus zowel ub's als nub's.
Ten tweede dient indien de vennootschap aan de niet-uitvoerende bestuurders geen individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid wenst te doen toekomen, dit ondubbelzinnig uit de statuten te blijken. Is dat niet het geval dan is iedere niet-uitvoerende bestuurder ingevolge art. 2:130/2:240 lid 2 BW individueel bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen.

[151] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 26.

Afrondend plaatsen de onderzoekers nog enkele opmerkingen bij de veronderstelling van de wetgever dat de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel voldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht (par. 3.5.3.6). Bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat de nieuwe regelgeving onvoldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht in het monistische bestuursmodel. Wel merken de onderzoekers op dat de wetgever vennootschappen een ruime mate van vrijheid heeft gegeven bij de inrichting van het monistische bestuursmodel. Of in de praktijk een goede balans tussen bestuur en toezicht bestaat, is vooral afhankelijk van de wijze waarop de vennootschap in concreto het monistische bestuursmodel vorm geeft, de personen die de functie van ub en nub bekleden en de wijze waarop zij hun functie vervullen.
Voorts wijzen de onderzoekers erop dat de nub's bij het uitoefenen van de toezichthoudende taak zo nodig de aan hen toekomende enquêtebevoegdheid kunnen inzetten.

Hoofdstuk 4. De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk

4.1 Toepassing in de rechtspraak

4.1.1 Onderzoeksperiode en –methode

In par. 2.3 zijn de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:9 (nieuw) inzake taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid beschreven. Om onderzoeksvraag 10 te beantwoorden inzake de toepassing van de nieuwe regeling van art. 2:9 BW in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016, is rechtspraakonderzoek verricht. Hiertoe is in januari 2017 de uitsprakendatabank Rechtspraak.nl geraadpleegd.[152] Er is op Rechtspraak.nl gezocht met de volgende steekwoorden: 'Artikel 2:9 BW'; 'Civiel recht'; 'Rechtbanken + Gerechtshoven + Hoge Raad'; 'datum uitspraak'; 'ander datumbereik: 1-1-2013 t/m 31-12-2016'.

4.1.2 Procedurele onderzoeksbevindingen

Het rechtspraakonderzoek heeft in totaal 35 procedures opgeleverd. Een overzicht van deze procedures en de vindplaatsen van de rechterlijke uitspraken zijn opgenomen in Bijlage 3. Een nadere analyse heeft plaatsgevonden op: (i) de toegepaste rechtsgrondslag art. 2:9 (oud) of art. 2:9 (nieuw), (ii) het type rechtspersoon, (iii) de partijen die bij de art. 2:9 BW-procedure waren betrokken, (iv) de toepassing door de rechter van art. 2:9 BW (zie par. 4.2) en (v) de uitkomst van de procedure (zie par. 4.2).

Het beeld dat uit het rechtspraakonderzoek wat betreft de hiervoor genoemde punten (i)-(iii) naar voren komt, is als volgt.

(i) Toegepaste rechtsgrondslag
- in 6 procedures is art. 2:9 (nieuw) toegepast;
- in 26 procedures is art. 2:9 (oud) toegepast of is het niet duidelijk;
- in 3 procedures is een bewijsopdracht verstrekt.

(ii) Type rechtspersoon
- in 20 procedures: BV;
- in 4 procedures: NV;
- in 10 procedures: stichting;
- in 1 procedure: vereniging.

(iii) De bij de art. 2:9-procedure betrokken partijen
Eisers:
- in 18 procedures is de vordering ingediend door faillissementscuratoren;

[152] De rechtspraak publiceert niet alle beschikkingen en vonnissen die worden uitgesproken. In het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl dat is vastgesteld tijdens de Presidentenvergadering van 26 maart 2012 staat omschreven welke uitspraken in principe wel moeten worden gepubliceerd.

- in 16 procedures is de vordering ingediend door rechtspersonen;
- in 1 procedure is de vordering ingediend door een oud-bestuurder (na cessie door de curator).
Gedaagden:
- statutair bestuurders; middellijk bestuurders (art. 2:11 BW); leden van het toezichthoudend orgaan.

4.2 Materiële onderzoeksbevindingen

4.2.1 Inleiding

Zoals beschreven in par. 2.3.1 noopte de invoering van een wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel tot precisering van art. 2:9 BW.[153] Onder art. 2:9 (oud) BW was het, mede gelet op het daarin opgenomen begrip 'werkkring', onduidelijk in hoeverre een taakverdeling tussen bestuurders mocht worden gemaakt en welke de precieze gevolgen waren van een taakverdeling voor besluitvorming, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders. Met het oog hierop is art. 2:9 BW opnieuw geredigeerd. In art. 2:9 lid 1 BW is bepaald dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Voor een negatieve formulering is gekozen om te voorkomen dat taken bij de taakverdeling tussen wal en schip vallen, omdat zij niet uitdrukkelijk zijn toegedeeld. De omvang van de taak van de bestuurder hangt dus mede af van de toedeling aan zijn medebestuurders. Vindt toedeling aan een bestuurder plaats, dan krijgt de desbetreffende bestuurder er niet een nieuwe taak bij (de taak behoorde al tot zijn takenpakket), maar weet hij dat deze taak door de taakverdeling valt buiten het takenpakket van de andere bestuurders. Taken die niet zijn toebedeeld, rusten op alle bestuurders, derhalve op zowel de niet-uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Een taakverdeling laat onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW). In de parlementaire geschiedenis wordt niet verduidelijkt wat onder 'de algemene gang van zaken' valt. Hierdoor is het in eerste instantie aan de (bestuurders van de) vennootschap om te bepalen wat hieronder moet worden begrepen. In de praktijk wordt soms in de statuten van de vennootschap aangegeven wat *ten minste* onder de algemene gang van zaken dient te worden verstaan (par. 3.3.5.2). Bij verschil van mening hieromtrent is het uiteindelijk aan de rechter om dit begrip in te vullen. Tot slot: door het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW staat buiten kijf dat een individuele bestuurder voor een geslaagd disculpatieberoep dient aan te tonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

[153] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 7.

Hierna wordt besproken op welke wijze art. 2:9 BW is toegepast in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016. Hoewel de nadruk ligt op de rechterlijke uitspraken die op grond van art. 2:9 (nieuw) BW zijn gewezen, worden alle 35 gevonden rechterlijke uitspraken hierbij betrokken. Aan deze keuze liggen meerdere redenen ten grondslag. Zo is het niet altijd duidelijk welke rechtsgrondslag art. 2:9 (oud) BW of art. 2:9 (nieuw) BW is gehanteerd. Ook heeft de wetgever met art. 2:9 (nieuw) BW beoogd de jurisprudentie die in het kader van art. 2:9 (oud) BW was ontstaan, te codificeren. Een koerswijziging werd niet beoogd. Door ook de uitspraken 'mee te nemen' die gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016 op basis van art. 2:9 (oud) BW zijn gewezen, kan een vergelijking worden gemaakt met uitspraken waarin art. 2:9 (nieuw) BW als rechtsgrondslag is gehanteerd. Hiermee kan worden nagegaan of er al dan niet van een soortgelijke rechterlijke benadering sprake is.

De materiële onderzoeksbevindingen worden hierna besproken. Allereerst komen aan bod de toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf (par. 4.2.2), de 'taakverdeling' (par. 4.2.3) en 'de algemene gang van zaken' (zie par. 4.2.4). Vervolgens komt aan de orde of, en zo ja op welke wijze, art. 2:9 BW toepassing heeft gevonden ten aanzien van niet-uitvoerende bestuurders (zie par. 4.2.5). Tot slot wordt aandacht besteed aan het overgangsrecht (zie par. 4.2.6) en aan de vraag of de klachtplicht van art. 6:89 BW ook geldt voor art. 2:9 BW (zie par. 4.2.7).

4.2.2 Toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf

In de vier uitspraken[154] waarin de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen, werd ernstige verwijtbaar onbehoorlijk bestuur aangenomen omdat:
- bijna 400 uren die door medewerkers van de vennootschap aan een project waarbij de bestuurder van de vennootschap persoonlijk een belang had, niet door de vennootschap in rekening zijn gebracht;
- aanzienlijke bedragen door de vennootschap aan buitenstaanders zijn overgemaakt, zonder dat ten aanzien van deze betalingen schriftelijke afspraken zijn gemaakt en daadwerkelijke zekerheden in de vorm van zakelijke rechten zijn bedongen;
- belangen van de vennootschap zijn geschonden door in aanloop naar een faillissement essentiële bedrijfsonderdelen over te dragen;
- namens de vennootschap omvangrijke transacties zijn verricht met een onbekende, nieuwe klant zonder voorafgaand enig onderzoek te verrichten naar de solvabiliteit en liquiditeit van deze nieuwe klant en zonder zekerheidsrechten te bedingen. Hierbij speelde mee dat de transactie voor de bestuurder hoogst ongebruikelijk was en grote

[154] Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (*aannemersbedrijf BV*); Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045 (*HDI-Gerling Verzekeringen NV*); Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110 (*bedrijf BV*); Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5988 (*Eiseres BV*).

negatieve financiële gevolgen voor de vennootschap zou hebben, ingeval de klant niet zou betalen en geen verhaal zou blijken te bieden.

Dit type van gedragingen leverde ook onder het oude recht ernstige verwijtbaarheid op.[155] Volgens de onderzoekers verschilt de materiële toepassing door de rechter van art. 2:9 (nieuw) BW in dit opzicht niet van art. 2:9 (oud) BW.

4.2.3 Werkkring (art. 2:9 oud) versus taakverdeling (art. 2:9 lid 1 BW)

Met de introductie van het begrip 'taakverdeling' sluit het nieuwe art. 2:9 BW aan bij de bestaande rechtspraak (met name: HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer, r.o. 3.3.1 (*Staleman/Van de Ven*)). In laatst vermelde uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat of in een bepaald geval aan een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Eén van die omstandigheden is de taakverdeling binnen het bestuur.
Het begrip 'taakverdeling' is in de onderzochte jurisprudentie van ná 1 januari 2013 in drie procedures ter sprake gebracht. Hierin werden disculpatieverweren gevoerd die waren gebaseerd op taakverdeling. Het betrof de procedures inzake Landis NV respectievelijk Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant (BJZ) (beide gewezen op de voet van art. 2:9 (oud) BW) en de procedure inzake Aannemersbedrijf BV (gewezen op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW).
In de zaak Landis NV wees de rechtbank Midden-Nederland in haar uitspraak van 19 juni 2013[156] het op taakverdeling gebaseerde disculpatieverweer af met de volgende motivering:

"9.19.5 Een taakverdeling binnen het bestuur kan relevant zijn voor de vraag of een individuele bestuurder aansprakelijk is. Zoals de rechtbank hiervoor heeft overwogen behoren het algemene beleid en het financiële beleid echter tot de kerntaken van het gehele bestuur van een vennootschap. Een taakverdeling waarbij het acquisitiebeleid is toebedeeld aan één bestuurder (in dit geval [A]) en het financiële beleid aan een andere bestuurder (in dit geval [B]), brengt dan ook niet zonder meer mee dat [D] en [C] zich kunnen disculperen louter omdat zij andere taken hadden. Ook ondanks die taakverdeling mag van een bestuurder van een vennootschap worden verwacht dat hij zich rekenschap geeft van de feiten en omstandigheden die van belang zijn voor (de gerechtvaardigdheid van) voorgenomen besluiten op het vlak van de genoemde kerntaken en dat hij zich op grond daarvan een weloverwogen oordeel vormt als basis voor de besluitvorming die daarover in bestuursverband plaatsvindt. Daarbij past dat,

[155] Zie bijvoorbeeld: Rb. Noord-Holland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:4026 (*Stichting Tabijn*); Rb. Overijssel 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4877 (*MPI Management BV*); Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573 (*Woningstichting Rentree*); Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211 (*Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf*).
[156] Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (*Landis NV*).

indien de daartoe benodigde informatie feitelijk (vooral) van een medebestuurder afkomstig is, de bestuurder zich jegens die medebestuurder kritisch opstelt en hem zonodig ten behoeve van de eigen oordeelsvorming in detail bevraagt omtrent de genoemde feiten en omstandigheden. In het geval van een grote onderneming zoals Landis mag daarbij van een bestuurder zonder financiële achtergrond worden verwacht dat hij zich verdiept in bedrijfseconomische basisprincipes die voor de onderneming relevant zijn. Daarbij kan een bestuurder zich behalve door de financieel onderlegde bestuurder ook door een deskundige derde laten voorlichten, bijvoorbeeld door de accountant van de onderneming."

Ook in de zaak Aannemersbedrijf BV wijst de rechtbank Midden-Nederland in haar uitspraak van 3 december 2014[157] het op taakverdeling gebaseerde disculpatieverweer af:

> "4.4 De rechtbank is van oordeel dat de stelling van [eiser] dat hij het bestuur van het aannemersbedrijf in handen van zijn familieleden kon laten, getuigt van een onjuiste opvatting van de taken en verantwoordelijkheden van een statutair bestuurder. Een bestuurder kan zich niet aan zijn verantwoordelijkheid onttrekken door zich niet op de hoogte te (laten) stellen van de gang van zaken binnen de vennootschap. Sterker nog; de bestuurder is gehouden om zich te laten informeren door de collega bestuurders (zie onder andere de uitspraak van de Ondernemingskamer van 19 april 2012, ARO 2012, 62). Als die informatie hem stelselmatig onthouden wordt dient de bestuurder daaraan consequenties te verbinden. In lid 2 van artikel 2:9 BW is bepaald dat elke bestuurder verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken en dat elke bestuurder voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk bestuur tenzij er gronden voor disculpatie aanwezig zijn. Disculpatie is alleen mogelijk als de betreffende bestuurder gezien de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Deze criteria zijn dus cumulatief."

In de zaak Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant (BJZ) honoreerde de rechtbank Oost-Brabant[158] het op taakverdeling gebaseerde disculpatieverweer van de bestuurders. De rechtbank overwoog:

> "3.5 Tussen partijen staat vast dat [eiser] als directeur beheer formeel belast was met het huisvestingsbeleid en dat er in zoverre sprake was van een formele interne taakverdeling. Op basis van de gegeven volmachten was [eiser], zoals hij

[157] Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 *(Aannemersbedrijf BV)*.
[158] Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:8100 (*Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant (BJZ)*.

heeft gesteld, zelfstandig bevoegd huurovereenkomsten te sluiten en behoefde hij daar op voorhand geen toestemming voor te vragen van de voorzitter c.q. andere bestuursleden. (…).
3.7 Het onder 3.5. en 3.6. overwogene leidt tot het oordeel dat aan [gedaagde 1] en [gedaagde 2] ten aanzien van de onbehoorlijk geachte bestuurshandelingen van [eiser] met betrekking tot de panden Den Bosch en Roosendaal geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (in de zin van artikel 2:9 B.W.).
3.8 [gedaagde 1] en [gedaagde 2] hebben gesteld dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur van [eiser] af te wenden. Aangezien gesteld noch gebleken is dat [gedaagde 1] nog voor het einde van zijn bestuursperiode met het onbehoorlijk bestuur van [eiser] op de hoogte is geraakt, staat dit voldoende vast. [eiser] heeft op dit punt ook geen specifiek verwijt gemaakt aan [gedaagde 1]. Voor [gedaagde 2] geldt in wezen hetzelfde. De eerste huurovereenkomst ten aanzien van het pand Roosendaal is gesloten toen hij al weg was. Uit niets blijkt dat hij voordien op de hoogte was of moest zijn van het onbehoorlijk bestuur van [eiser].
3.9 De slotconclusie is dat het beroep van [gedaagde 1] en [gedaagde 2] op disculpatie opgaat, zodat zij evenmin hoofdelijk aansprakelijk zijn."

4.2.4 Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken (art. 2:9 lid 2 BW)

In par. 2.3.1 kwam naar voren dat in de parlementaire geschiedenis niet is verduidelijkt wat onder het in art. 2:9 lid 2 BW geïntroduceerde begrip 'de algemene gang van zaken' valt. Hierdoor wordt het aan de rechter overgelaten om dit begrip in te vullen. Slechts in de in par. 4.2.3 vermelde uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland inzake Aannemersbedrijf BV kwam de algemene gang van zaken aan de orde in het kader van het door de bestuurder gevoerde disculpatieverweer, maar verduidelijkt de rechtbank niet wat hieronder moet worden verstaan.

4.2.5 Art. 2:9 BW en niet-uitvoerende bestuurders

Uit het rechtspraakonderzoek blijkt niet van uitspraken waarin niet-uitvoerende bestuurders aansprakelijk zijn gesteld op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW.

4.2.6 Overgangsrecht

De vraag rijst of art. 2:9 (nieuw) BW van toepassing is indien de vordering is ingediend ná 1 januari 2013, maar het aan de vordering ten grondslag gelegde feitencomplex dateert van vóór 1 januari 2013. Of dient in dat geval art. 2:9 (oud) BW te worden toegepast? En hoe te oordelen wanneer de feiten dateren van zowel vóór als ná 1 januari 2013? De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv bevat geen *specifieke* bepaling van overgangsrecht inzake art. 2:9 BW. Teruggevallen moet daarom worden op art. 4 Wet algemene bepalingen dat luidt: "De wet verbindt alleen voor het toekomende en heeft geen terugwerkende kracht." Hieruit volgt een verbod voor de rechter om aan nieuwe

wetten terugwerkende kracht te verlenen, tenzij de wetgever zulks heeft gedaan. Uit het rechtspraakonderzoek blijkt echter dat rechterlijke instanties geen eenduidige aanpak hebben. Zo passen de rechtbank Midden-Nederland , de rechtbank Rotterdam en de rechtbank Oost-Brabant in een drietal uitspraken[159] het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW toe, hoewel de feiten dateren van vóór 1 januari 2013.
Uit het rechtspraakonderzoek komen daarentegen ook twee uitspraken[160] naar voren waarin de rechter impliciet art. 4 Wet algemene bepalingen toepast en expliciet oordeelt dat de aan de bestuurders gemaakte verwijten (voornamelijk) dateren van vóór 1 januari 2013, zodat art. 2:9 BW wordt toegepast zoals die bepaling gold tot 1 januari 2013.

4.2.7 Geldt de klachtplicht van art. 6:89 BW wel of niet voor art. 2:9 BW?

In art. 6:89 BW is de zogenoemde klachtplicht neergelegd. Deze houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Art. 6:89 BW is een uitwerking van het beginsel van rechtsverwerking.
De vraag of de klachtplicht van art. 6:89 BW ook geldt voor art. 2:9 BW speelde reeds voor de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv op 1 januari 2013. Het antwoord op de vraag is van belang voor de uitkomst van een op art. 2:9 BW gebaseerde aansprakelijkheidsvordering. Wordt het standpunt ingenomen dat de klachtplicht van art. 6:89 BW van toepassing is, dan kan niet-naleving in de weg staan aan een succesvolle art. 2:9-aansprakelijkheidsvordering. Tijdens de parlementaire behandeling van het nieuwe art. 2:9 BW is voormelde vraag echter niet aan de orde geweest.
Uit het rechtspraakonderzoek blijkt dat rechterlijke instanties de vraag of de klachtplicht van art. 6:89 BW geldt voor art. 2:9 BW verschillend beantwoorden. De rechtbank Zeeland-West Brabant gaat in een tweetal uitspraken[161] ervan uit dat de klachtplicht van art. 6:89 BW in beginsel *niet* geldt voor art. 2:9 BW. Daarentegen gaat de rechtbank Midden-Nederland in een drietal uitspraken ervan uit dat de klachtplicht van art. 6:89 BW *wel* geldt.[162]

---

[159] Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 *(Aannemersbedrijf BV)*; Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045 *(HDI-Gerling Verzekeringen NV)*; Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:8100 (*Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant (BJZ)*).
[160] Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773 *(Stichting Cultureel Beheer Paleisstraat 8 / Doopsgezinde gemeente te 's-Gravenhage / Stichting Steunfonds Oldeslo)*; Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6100 *(eiseres 1 BV en eiseres 2 BV)*.
[161] Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203 (*Vilenzo c.s.*) en Rb. Zeeland – West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790 (*Ebcon*).
[162] Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (*Aannemersbedrijf BV*).
Rb Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225, r.o. 6.6 e.v. (*Landis*)
Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573, r.o. 4.4 e.v. (*Woningstichting Rentree*).
In de twee laatstgenoemde uitspraken oordeelt de rechtbank dat de klachtplicht wel geldt maar dat hieraan tijdig is voldaan.

4.3 Beoordeling

Indien we kijken naar de materiële toepassing door de rechter van de in art. 2:9 (nieuw) BW gecodificeerde 'ernstig verwijt'- maatstaf, dan verschilt deze volgens de onderzoekers niet van de toepassing ervan onder art. 2:9 (oud) BW.
Het in art. 2:9 (nieuw) BW gecodificeerde begrip 'taakverdeling' is in de onderzochte jurisprudentie van ná 1 januari 2013 nauwelijks ter sprake gebracht. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat bij een disculpatieverweer een eventuele taakverdeling pas een rol gaat spelen indien alle bestuurders – althans: meer dan één – aansprakelijk zijn gesteld op de voet van art. 2:9 BW en/of de rechter heeft geoordeeld dat *het bestuur* ernstig verwijtbaar tekort is geschoten in een behoorlijke vervulling van zijn taak. De situatie is dan als volgt:
- De rechter komt tot het oordeel dat één van de bestuurders ernstig verwijtbaar tekort is geschoten, hetgeen wordt toegerekend aan *het bestuur*. De overige bestuurders krijgen vervolgens de mogelijkheid zich te disculperen; of
- De rechter beoordeelt *alleen* het handelen van *het bestuur* en concludeert dat het bestuur ernstig verwijtbaar tekort is geschoten. De afzonderlijke bestuurders krijgen vervolgens de mogelijkheid zich te disculperen.

Uit het rechtspraakonderzoek blijkt dat in de meeste procedures - in ten minste 27 van de 35 procedures - de enige (oud-)bestuurder is aangesproken, respectievelijk één van de (oud-)bestuurders (omdat de gewraakte aangelegenheid tot diens taken behoorde), en dat de rechter zich beperkt tot de beantwoording van de vraag of deze (oud-)bestuurder ernstig verwijtbaar tekort is geschoten in een behoorlijke vervulling van zijn taak.

In de onderzochte procedures is de inhoud van het begrip 'de algemene gang van zaken' niet aan de orde geweest. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat in die procedures steeds concrete gedragingen van bestuurders ten grondslag lagen aan de vordering op de voet van art. 2:9 BW.

Uit het rechtspraakonderzoek blijkt dat de rechterlijke instanties geen eenduidige aanpak hebben inzake het op art. 2:9 (oud) BW toepasselijke overgangsrecht. Wij menen dat de problematiek van overgangsrecht moet worden gerelativeerd. Blijkens de parlementaire geschiedenis[163] is met art. 2:9 (nieuw) BW immers geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW beoogd. Voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders lijkt het derhalve niet uit te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast. Jurisprudentieonderzoek bevestigt dit.

[163] Zo merkte de minister tijdens de parlementaire behandeling op (MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 27): "Tekstueel is artikel 2:9 aangepast aan de invoering van artikel 2:129a/239a BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarmee is de aansprakelijkheidspositie van bestuurders verduidelijkt, maar naar mijn mening niet inhoudelijk gewijzigd".

Voorts blijkt uit het rechtspraakonderzoek dat rechterlijke instanties de vraag of de klachtplicht van art. 6:89 BW ook geldt voor art. 2:9 BW verschillend beantwoorden. In navolging van Huizink en Kroeze[164] beantwoorden de onderzoekers deze vraag ontkennend onder verwijzing naar de door Kroeze aangevoerde argumenten:

> "Uit het voorgaande volgt dat de klachtplicht van art. 6:89 BW niet is bedoeld voor de verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder en dat zij daarin ook geen nuttige functie kan vervullen. De verjaringsregeling van art. 3:310 BW volstaat voor de bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW. In krasse gevallen bieden het leerstuk van rechtsverwerking en andere toepassingen van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid uitkomst. Toepassing van art. 6:89 BW in de verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder leidt tot onnodige, tijdrovende en kostbare discussies in procedures over bestuurdersaansprakelijkheid. Ongetwijfeld weten rechters daar met een mooie motivering een mouw aan te passen en zal die toepassing niet in de weg staan aan bestuurdersaansprakelijkheid bij ernstig verwijtbaar handelen. De vraag is echter of dat een nuttig processueel debat oplevert en of dat de beste manier is om met de beperkte capaciteit van de rechterlijke macht om te gaan."

4.4 In de vakliteratuur gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten[165]

In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is ook een juridische literatuurstudie verricht, omdat daaruit knelpunten naar voren kunnen komen die nog niet in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. De voornaamste in de literatuur gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten zijn:

1. Criterium ernstig verwijt

Westenbroek betoogt dat de codificatie van de 'ernstig verwijt'-maatstaf die heeft plaatsgevonden bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv dient te worden teruggedraaid. Hij stelt in dit verband:
"De onduidelijke verhouding tussen de 'ernstig verwijt'-maatstaf en de systematiek van art. 2:9 BW die uitgaat van een collectieve verantwoordelijkheid en een disculpatiemogelijkheid leidt bovendien tot onduidelijke rechtspraak en tot onenigheid in de literatuur over de betekenis en waarde van de 'ernstig verwijt'-maatstaf."[166]

De onderzoekers wijzen erop dat de voorbeelden van onduidelijke rechterlijke uitspraken die Westenbroek in dit verband aanvoert, dateren van voor de inwerkingtreding van de

[164] J.B. Huizink, 'Klachtplicht. Art. 6:89 BW', *TvI* 2013/37; M.J. Kroeze, 'Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid', *RM Themis* 2015-5, p. 185-186.
[165] Ook met het oog op het op 13 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2) is het nuttig om de in de vakliteratuur gesignaleerde knelpunten ten aanzien van art. 2:9 BW te inventariseren, omdat deze van belang zijn voor de vormgeving van het voorgestelde art. 2:9.
[166] W.A. Westenbroek, 'Artikel 2:9 BW en de 'ernstig verwijt'-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid', *RM Themis* 2016-4, p. 191.

Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. Uit de rechterlijke uitspraken die nadien zijn gewezen, is de onderzoekers niet gebleken van onduidelijkheid inzake de toepassing van de 'ernstig verwijt'-maatstaf.

2. Omkering bewijslast ten aanzien van vereiste ernstig verwijt?
Huizink[167] heeft erop gewezen dat als men naar de formulering van art. 2:9 (nieuw) BW kijkt, het er op lijkt dat de ernstige verwijtbaarheid niet langer een rol speelt bij de vraag of onbehoorlijk bestuur tot aansprakelijkheid van het bestuur als college leidt. Voldoende lijkt te zijn dat de vennootschap aantoont dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur. Volgens de tekst van art. 2:9 lid 2 tweede volzin BW, leidt zulks tot hoofdelijke aansprakelijkheid, maar kan een individuele bestuurder zich disculperen door te stellen en zonodig te bewijzen dat hem geen ernstig verwijt treft en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk bestuur af te wenden. In deze zienswijze treedt in verhouding tot art. 2:9 BW (oud) BW *eerder* hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in, omdat de vennootschap geen ernstige verwijtbaarheid hoeft aan te tonen.

Hoewel de formulering van art. 2:9 lid 2 BW inderdaad niet uitblinkt in helderheid en tot de zienswijze van Huizink aanleiding kan geven, wijzen de onderzoekers erop dat uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW geen koerswijziging is beoogd.[168] Voor het intreden van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 (oud) BW was blijkens constante rechtspraak vereist dat de vennootschap aantoonde dat er sprake was van ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur. Dit is volgens de onderzoekers ook onder art. 2:9 (nieuw) BW het geval (par. 4.2.2).

3. Wat behoort tot de in art. 2:9 lid 2 BW bedoelde 'algemene gang van zaken'?
In de literatuur is herhaaldelijk naar voren gebracht dat niet duidelijk is wat moet worden verstaan onder 'de algemene gang van zaken' respectievelijk is dit begrip naar eigen inzicht ingevuld. Een illustratie:

Wezeman 2009, p. 98[169]: "En er blijven onduidelijkheden: wat nu precies tot de algemene gang van zaken en de financiële gang van zaken behoort, bijvoorbeeld."

Strik 2012, par. 3[170]: "Als eerste springt in het oog dat de wetgever buiten twijfel heeft willen stellen dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Het wordt aan de jurisprudentie overgelaten om het begrip 'algemene gang

[167] J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 11-12.
[168] Zo merkte de minister tijdens de parlementaire behandeling op (MvA, *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 27): "Tekstueel is artikel 2:9 aangepast aan de invoering van artikel 2:129a/239a BW en de jurisprudentie van de Hoge Raad. Daarmee is de aansprakelijkheidspositie van bestuurders verduidelijkt, maar naar mijn mening niet inhoudelijk gewijzigd".
[169] J.B. Wezeman, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders', in: *Bestuur en toezicht*, Kluwer: Deventer 2009, p. 93-107.
[170] D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012/91.

van zaken' in te vullen. In de wetsgeschiedenis worden als tot het algemene beleid behorende zaken genoemd: uitvoerende taken betreffende het financiële beheer, inkoop, verkoop, aansturen bedrijfsonderdeel en de taak om de jaarrekening openbaar te maken."

Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, art. 2:9, aant. 5.3: "Sinds de invoering van de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 bepaalt art. 9 dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Wat precies onder de algemene gang van zaken moet worden verstaan is onduidelijk, vgl. Strik, Ondernemingsrecht 2012/91, p. 496 e.v. Ik zou menen dat de bepaling niet veel toevoegt aan de voor elke rechtspersoon in boek 2 opgenomen notie dat het bestuur tot taak heeft om de rechtspersoon te besturen."

Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, nr. 43[171]: "In het monistisch model dat de wetgever voor ogen staat nemen *alle* bestuurders deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de algemene gang van zaken betreffen. Wat deze algemene gang van zaken echter inhoudt wordt in de wetsgeschiedenis niet duidelijk gemaakt."

Assink 2013, p. 213-214[172]: "Een dergelijke taakverdeling leidt ertoe dat individuele bestuurders zich in hun dagelijkse werkzaamheden mede toeleggen op bepaalde deelaspecten van de overkoepelende bestuurstaak (of: specifieke bestuurstaken) met dien verstande (i) dat het beginsel van collectief bestuur blijft bestaan, aldus dat een taakverdeling geen wijziging brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor de taakuitoefening door het bestuur (inclusief bestuursbesluiten), (ii) dat een taakverdeling er niet toe kan leiden dat een algemeen beleid – inclusief de administratie, de financiën en andere kerntaken – aan de bestuurstaken van individuele bestuurders worden onttrokken (…) en (iii) dat een taakverdeling er op zich niet toe kan leiden dat onderwerpen die vallen binnen de portefeuille van een bepaalde bestuurder definitief zijn onttrokken aan bemoeienis van/besluitvorming door het bestuur, ook al zouden één of meer bestuurders daarop aanspraak maken; veeleer moet tot uitgangspunt worden genomen, dat het bestuur ter zake van de vervulling van bepaalde bestuurstaken bindende richtlijnen kan uitvaardigen, waaraan individuele bestuurders zich te houden hebben."

Schild en Timmerman 2014, p. 273[173]: "Wat onder de algemene gang van zaken valt, wordt in de wetgeschiedenis niet aangeduid. In de literatuur hebben we ook weinig kunnen vinden over het antwoord op de vraag wat de algemene gang van zaken omvat. genoemd worden strategisch beleid, het financiële beleid, allerlei kwesties die met het

[171] P. van Schilfgaarde, Jaap Winter, Jan Berend Wezeman en Jean Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2017.
[172] B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013.
[173] A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014/7011, p. 273.

risicobeleid samenhangen en grote overnames die voor de desbetreffende vennootschap van groot belang zijn."

Kroeze 2015, p. 184-185[174]: "Taakverdeling doet geen afbreuk aan het uitgangspunt van collegiaal of collectief bestuur. De gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het bestuursbeleid en de taakuitoefening door het bestuur blijft vooropstaan. Art. 2:9 lid 2, eerste zin BW drukt dit uit door te bepalen dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Dit is niet anders in een rechtspersoon met een monistisch systeem of in een rechtspersoon met een dagelijks en een algemeen bestuur. Zo zal het bestuur, hoe de taakverdeling in concreto ook luidt, gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het financiële en administratieve beheer en het strategische beleid van de rechtspersoon."

Roest, *Tekst & Commentaar BW*, art. 2:9, aant. 2: "De wetsgeschiedenis geeft geen antwoord op de vraag wat hieronder valt, dit zal de rechter moeten invullen. In de literatuur worden genoemd: het strategische en financiële beleid, kwesties die samenhangen met het risicobeleid en overnames die voor de identiteit van de desbetreffende vennootschap van groot belang zijn (Schild & Timmerman, *WPNR* 2014/7011)."

4.5 Conclusies en aanbevelingen (onderzoeksvraag 10)

De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel voor de NV en de BV vormde de aanleiding om art. 2:9 BW opnieuw te redigeren. In art. 2:9 lid 1 BW is bepaald dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Een taakverdeling laat onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de 'algemene gang van zaken' (art. 2:9 lid 2 BW). Een individuele bestuurder dient voor een geslaagd disculpatieberoep aan te tonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Uit de wetstheorie volgt dat met het nieuwe art. 2:9 BW beoogd is aan te sluiten bij de jurisprudentie op de voet van art. 2:9 (oud) BW. Met art. 2:9 (nieuw) BW is met andere woorden geen koerswijziging inzake de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder beoogd.
Uit het onderzoek inzake de toepassing van de nieuwe regeling van art. 2:9 BW in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot en met 31 december 2016 blijkt dat er sprake is van een betrekkelijk geruisloze overgang van art. 2:9 (oud) BW naar art. 2:9 (nieuw) BW. De materiële toepassing door de rechter van het nieuwe art. 2:9 BW lijkt

[174] M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel 1. De rechtspersoon*, Kluwer: Deventer 2015.

niet te verschillen van die van art. 2:9 (oud) BW. In de vier uitspraken waarin de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen waren gedragingen van bestuurders in het geding die ook onder het oude recht ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur opleverden.
Wel blijkt uit voormeld rechtspraakonderzoek dat rechterlijke instanties geen eenduidige aanpak kennen wat betreft de toepassing van (i) het overgangsrecht en (ii) de klachtplicht van art. 6:89 BW. De onderzoekers merken hierover het volgende op:

Ad (i): De problematiek van het overgangsrecht moet worden gerelativeerd. Blijkens de parlementaire geschiedenis is met art. 2:9 (nieuw) BW immers geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW beoogd. Voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders lijkt het derhalve niet uit te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast. Het verrichte rechtspraakonderzoek bevestigt dit.

Ad (ii): De onzekerheid over het al dan niet van toepassing zijn van de klachtplicht op art. 2:9 BW speelde ook al onder art. 2:9 (oud). Het wegnemen van onzekerheid op dit punt is volgens de onderzoekers gewenst, gelet op de directe betekenis van de klachtplicht voor de uitkomst van de tegen de bestuurder op grond van art. 2:9 BW ingestelde aansprakelijkheidsvordering. De onderzoekers menen dat er goede argumenten zijn om de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing te doen zijn op art. 2:9 BW (par. 4.3). Zij doen in dit verband de aanbeveling aan de wetgever hierover duidelijkheid te verschaffen. De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen waarin een regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid is opgenomen in art. 2:9b BW, biedt een mogelijkheid hiertoe.

Over het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW, waarin is geëxpliciteerd dat een taakverdeling onverlet laat dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken, merken de onderzoekers het volgende op. Behoort een kwestie tot ‘de algemene gang van zaken’ dan gaat een op taakverdeling gebaseerd disculpatieverweer van een individuele bestuurder niet op. Voor bestuurders is derhalve van belang te weten wat onder ‘de algemene gang van zaken’ valt. In de parlementaire geschiedenis is dit niet aangegeven. In de literatuur is herhaaldelijk naar voren gebracht dat niet duidelijk is wat onder 'de algemene gang van zaken' dient te worden verstaan.
In eerste instantie is het aan de (bestuurders van de) vennootschap om te bepalen wat hieronder moet worden begrepen. Bij een tweetal geïnterviewde vennootschappen was in de statuten een nadere invulling van het begrip opgenomen (par. 3.3.5.2). In de statuten van deze vennootschappen was geëxpliciteerd dat onder de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en de met haar verbonden onderneming *in ieder geval* zijn begrepen de strategie van de vennootschap, financiën en risicomanagement.
Uiteindelijk is het aan de rechter om in het kader van een art. 2:9 BW-aansprakelijkheidsprocedure te beoordelen of de kwestie al dan niet onder ‘de algemene

gang van zaken' valt. In de onderzochte procedures is de inhoud van het begrip 'de algemene gang van zaken' niet aan de orde geweest. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat in deze procedures steeds concrete gedragingen van bestuurders ten grondslag lagen aan de vordering op de voet van art. 2:9 BW.

De onderzoekers realiseren zich dat het lastig c.q. onwenselijk is om in een wettelijk vastomlijnde invulling van het begrip 'de algemene gang van zaken' te voorzien. Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling dat enige *guidance* wordt gegeven door aan te geven dat onder dit begrip *ten minste* dienen te worden begrepen het strategische beleid, het financiële beleid en het risicobeleid. De parlementaire behandeling van het eerder genoemde wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, biedt een mogelijkheid hiertoe.

Hoofdstuk 5. De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk

5.1 Toepassing in de rechtspraak

5.1.1 Onderzoeksperiode en -methode

In par. 2.5 zijn de parlementaire geschiedenis en de veronderstelde wijze van werking van art. 2:129/2:239 lid 6/2:140/2:250 lid 5 BW inzake tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen beschreven. Om onderzoeksvraag 11 te beantwoorden inzake de toepassing van de nieuwe regeling in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016, is rechtspraakonderzoek verricht. Hiertoe is in januari 2017 de uitsprakendatabank Rechtspraak.nl geraadpleegd.[175] Er is op Rechtspraak.nl gezocht met de volgende steekwoorden: 'art. 2:129/2:239 lid 6 BW'; 'art. 2:140/2:250 lid 5 BW'; 'Civiel recht'; 'Rechtbanken + Gerechtshoven + Hoge Raad'; 'datum uitspraak'; 'ander datumbereik: 1-1-2013 t/m 31-12-2016'. De verkregen zoekresultaten zijn verfijnd met de term 'tegenstrijdig belang'. De uitspraken die daarna overbleven, zijn onderzocht op relevantie. Onder relevante uitspraken worden verstaan de uitspraken die mede op basis van de nieuwe tegenstrijdig belangregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW of art. 2:140/2:250 lid 5 BW zijn gewezen.

5.1.2 Onderzoeksbevindingen

Art. 2:129 lid 6/2:140/2:250 lid 5 BW

Het zoeken op de afzonderlijke wetsartikelen al dan niet gecombineerd met de term 'tegenstrijdig belang' gaf geen enkele relevante treffer.

Art. 2:239 lid 6 BW

Het zoeken op art. 2:239 lid 6 BW al dan niet gecombineerd met de term 'tegenstrijdig belang' gaf twee relevante treffers.

(i) Rechtbank Amsterdam, 8 juli 2015, HA ZA 14-362, ECLI:NL:RBAMS:2015:6181 (*Slotervaart Ziekenhuis*)[176]

De feiten waren - vereenvoudigd weergegeven - als volgt. Op 13 maart 2013 heeft Meromi Holding BV ('Meromi') (daarbij vertegenwoordigd door haar bestuurder) als enig aandeelhouder van Slotervaartziekenhuis BV (buiten vergadering) besloten om de statuten van Slotervaartziekenhuis te wijzigen (het aandeelhoudersbesluit tot statutenwijziging) en om voor een bedrag van € 5 miljoen 6%-cumulatief preferente

[175] De rechtspraak publiceert niet alle beschikkingen en vonnissen die worden uitgesproken. In het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl dat is vastgesteld tijdens de Presidentenvergadering van 26 maart 2012 staat omschreven welke uitspraken in principe wel moeten worden gepubliceerd.
[176] *JOR* 2015/294 met noot Blanco Fernández; *JONDR* 2015/1052.

aandelen met een nominale waarde van € 1 elk uit te geven (het aandeelhoudersbesluit tot emissie). Bij notariële akte van 14 maart 2013 zijn de statuten dienovereenkomstig gewijzigd en zijn voormelde aandelen uitgegeven aan Delta Onroerend Goed BV ('Delta'). Eisers stellen dat de enig bestuurder bij het nemen van de bestuursbesluiten tot het uitoefenen van stemrecht ter zake van de emissie en de statutenwijziging een evident tegenstrijdig belang had. Hij was immers enig bestuurder van Meromi en tot 1 maart 2013 bestuurder van Delta, terwijl hij ook indirecte aandeelhoudersbelangen had in Meromi en Delta. Nu de enig bestuurder van Meromi bij het nemen van de bestuursbesluiten geconflicteerd was, hadden de bestuursbesluiten op grond van art. 2:239 lid 6 BW, bij gebreke van een RvC, door de AV van Meromi genomen moeten worden. Nu dit niet is gebeurd, zijn de bestuursbesluiten door het verkeerde orgaan genomen en zijn zij derhalve nietig op grond van art. 2:14 lid 1 BW. Het aandeelhoudersbesluit tot statutenwijziging is volgens eisers nietig bij gebreke van een rechtsgeldig bestuursbesluit in combinatie met de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW.

De rechtbank stelt bij de beoordeling van de vordering voorop dat een beroep op een tegenstrijdig belang op grond van art. 2:239 lid 6 BW blijkens de parlementaire geschiedenis in beginsel tot vernietigbaarheid[177] leidt en dat ten aanzien daarvan de vervaltermijn van één jaar als bedoeld in art. 2:15 lid 5 BW is verstreken. Om deze reden laat de rechtbank een beoordeling of in casu sprake is van tegenstrijdig belang, achterwege. De rechtbank overweegt dat van nietigheid sprake kan zijn, indien een besluit ten onrechte is genomen door een ander orgaan dan het normaal bevoegde orgaan of als het ten onrechte niet is genomen door het normaal bevoegde orgaan.[178] In casu is het besluit niet genomen door het verkeerde orgaan maar door het juiste, namelijk het bestuur en daarom wijst de rechtbank de vordering tot nietigverklaring van het bestuursbesluit af.

<u>Onjuiste toepassing art. 2:239 lid 6 BW</u>:
De onderzoekers menen dat de rechtbank in haar uitspraak blijk geeft van een onjuiste toepassing van art. 2:239 lid 6 BW, door het negeren van de daarin opgenomen escalatieregel. Dit bevreemdt temeer omdat eisers hierop expliciet een beroep hadden gedaan. Zij stelden daartoe dat de enig bestuurder van de vennootschap geconflicteerd was, zodat de bestuursbesluiten bij gebreke van een RvC door de AV hadden moeten worden genomen. Nu dit niet was gebeurd, waren de bestuursbesluiten door het verkeerde orgaan genomen en derhalve nietig op grond van art. 2:14 lid 1 BW, aldus eisers. Gelet hierop had de rechtbank naar onze mening een beoordeling of in casu sprake was van een tegenstrijdig belang niet achterwege mogen laten. Zou deze beoordeling hebben geleid tot de conclusie dat sprake was van een tegenstrijdig belang

[177] MvT *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13; zie ook MvA *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 7.
[178] Zie Lennarts in Tekst & Commentaar aantekening 7 bij art. 2:239 BW; Zie R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 29.

dan was de uitkomst van de procedure geweest dat de bestuursbesluiten nietig zijn doordat deze door het verkeerde orgaan zijn genomen. Deze nietigheid geldt van rechtswege en een beroep hierop is niet aan een verval- of verjaringstermijn onderworpen.

(ii) Hof 's-Hertogenbosch, 24 november 2015, nr. HD 200.120.854_01, LI:NL:GHSHE:2015:4734 (*M.E. Beheer B.V.*)

In deze zaak stelde M.E. Beheer B.V. dat zij niet gebonden was aan de op 9 augustus 2005 namens haar gesloten overeenkomst tot verkoop van deelnemingen nu haar bestuurder daarbij een tegenstrijdig belang had. Het hof toetst in deze zaak of er destijds sprake was van een tegenstrijdig belang in concreto. Moest de bestuurder in augustus 2005 door de aanwezigheid van een persoonlijk belang niet in staat worden geacht het belang van M.E. Beheer B.V. en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht? Het hof oordeelt dat het aanvoeren van de enkele niet-geconcretiseerde mogelijkheid van tegenstrijdig belang – in dit geval de enkele omstandigheid dat de bestuurder en zijn wederpartij bij de aandelentransacties bevriende zakenpartners waren – onvoldoende is om aan te nemen dat de bestuurder zich uitsluitend door zijn persoonlijke belangen heeft laten leiden. Nu de inhoud van het begrip 'tegenstrijdig belang' onder art. 2:239 BW niet anders is dan onder art. 2:256 (oud) BW kan volgens het hof het antwoord op de vraag of in deze zaak art. 2:239 BW dan wel art. 2:256 (oud) BW van toepassing is in het midden blijven.

5.1.3 Beoordeling

Uit het rechtspraakonderzoek blijkt dat het aantal uitspraken dat mede op basis van het nieuwe art. 2:129/2:239 lid 6 BW c.q. art. 2:140/2:250 lid 5 BW is gewezen in de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016 schaars c.q. nihil is. Uit het rechtspraakonderzoek is slechts één rechterlijke uitspraak naar voren gekomen waarin beroep werd gedaan op de nietigheid/vernietiging van bestuursbesluiten vanwege niet-naleving van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling.[179] Dit kan waarschijnlijk verklaard worden doordat art. 2:129/2:239 lid 6 BW - anders dan de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW - een interne besluitvormingsregeling is die de door het bestuur/bestuurder(s) verrichte vertegenwoordigingshandeling in beginsel in tact laat. Als gevolg van deze wijziging is ook het sanctiestelsel veranderd. Het is verschoven van het niet gebonden zijn van de vennootschap aan de transactie (mits de wederpartij wist of behoorde te weten van het tegenstrijdig belang) naar het uitgangspunt dat niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW in beginsel geen gevolgen heeft voor de binding van de vennootschap aan de transactie. Indien een geconflicteerde bestuurder in strijd met de hoofdregel van art. 2:129/2:239 lid 6 BW toch heeft deelgenomen aan de beraadslaging en/of stemming, dan is dat blijkens de MvT gesanctioneerd met vernietigbaarheid van het

[179] Zie hiervoor par. 5.1.2.

bestuursbesluit op grond van art. 2:15 lid 1 onder a BW.[180] De onderzoekers wijzen erop dat in bepaalde gevallen niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW leidt tot de zwaardere sanctie van nietigheid van het bestuursbesluit (art. 2:14 BW). Dit doet zich voor als het besluit is genomen door een niet bevoegd orgaan doordat ten onrechte (i) geen verschuiving heeft plaatsgevonden naar het andere orgaan of (ii) een verschuiving heeft plaatsgevonden naar een ander orgaan, terwijl het normaal bevoegde orgaan het besluit had moeten nemen.[181]
In een procedure zal het inroepen van de nietigheid of vernietigbaarheid van het bestuursbesluit echter in de regel niet van nut blijken, omdat de vennootschap in beginsel gebonden blijft aan de met de wederpartij gesloten overeenkomst. De vennootschap c.q. de curator in het faillissement van de vennootschap die onder een bepaalde voor de vennootschap nadelige overeenkomst uit wil komen, zal hiertoe in de regel andere grondslagen moeten aanwenden dan art. 2:129/2:239 lid 6 BW. Hierbij valt te denken aan een beroep op de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW die kunnen meebrengen dat de wederpartij te kwader trouw de vennootschap niet aan de kennelijk nadelige transactie kan houden.[182] Voorts kan in geval van faillissement van de vennootschap de curator trachten de nadelige transactie te vernietigen met behulp van de faillissementspauliana ex art. 42 en 43 Fw.

De onderzoekers plaatsen hierbij de kanttekening dat een beroep op art. 2:129/2:239 lid 6 BW wel gevolgen kan hebben voor de geldigheid van door de vennootschap verrichte rechtshandelingen in geval van (in)direct extern werkende bestuursbesluiten. Een direct extern werkend bestuursbesluit is een besluit met een vertegenwoordigingsaspect omdat het rechtstreeks is gericht tot de wederpartij. Een voorbeeld hiervan is het bestuursbesluit tot het doen van een aanbod tot verkoop van een bepaald aan de vennootschap behorend goed aan de wederpartij.[183] Wordt een dergelijk bestuursbesluit aangetast, dan vervalt ook het aanbod.[184] Van een indirect extern werkend bestuursbesluit is sprake indien het besluit vereist is voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de uitgifte van aandelen waarvoor de wetgever in art. 2:96/2:206 BW een besluit van de AV of een ander daartoe aangewezen vennootschapsorgaan verlangt. Stel dat het bestuur in de statuten van de vennootschap is aangewezen als het orgaan dat bevoegd is tot uitgifte van aandelen op naam. Het bestuur neemt een besluit tot uitgifte van aandelen, waarna de aandelen bij notariële akte door de vennootschap worden uitgegeven aan D. Het bestuursbesluit tot uitgifte van aandelen blijkt echter nietig te zijn omdat de enig bestuurder een tegenstrijdig belang had, waardoor ingevolge art. 2:129/2:239 lid 6 BW het besluit had

[180] Zie hiervoor par. 2.5.2.
[181] vgl. M.L. Lennarts, *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:129, aant. 7 en art. 239, aant. 7.
[182] Vgl. Hof Amsterdam 12 augustus 2008, LJN BG 1624, *JOR* 2008/264 met noot A.F.J.A. Leijten (*Tiscali*).
[183] P. van Schilfgaarde, Jaap Winter, Jan Berend Wezeman en Jean Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 54.
[184] Zie voor de bescherming van de wederpartij te goeder trouw art. 2:16 lid 2 BW.

moeten worden genomen door de RvC van de vennootschap. Is D aandeelhouder geworden? Dat hangt ervan af. D wordt slechts beschermd door art. 2:16 lid 2 BW indien hij het gebrek dat aan het bestuursbesluit kleefde niet kende en ook niet behoefde te kennen. In andere gevallen wordt D niet beschermd en is hij geen aandeelhouder geworden.
Een ander voorbeeld betreft het bestuursbesluit tot goedkeuring van het uitkeringsbesluit in de zin van art. 2:216 lid 2 BW. In de literatuur bestaat verschil van mening of art. 2:239 lid 6 BW van toepassing is op een bestuursbesluit tot goedkeuring van het uitkeringsbesluit (zie hierna par. 5.2 punt 10). Beantwoordt men deze vraag bevestigend - zoals sommige auteurs doen - dan kan het bestuursbesluit tot goedkeuring vanwege het niet naleven van art. 2:239 lid 6 BW ongeldig zijn waardoor het besluit tot uitkering geen gevolgen heeft. Heeft niettemin een uitkering aan de aandeelhouders plaatsgevonden dan kan deze door de vennootschap als onverschuldigd betaald (art. 6:203 BW) van de aandeelhouders worden teruggevorderd, ook als zij te goeder trouw zijn.
Wij verwachten dat op de niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW vooral in de hiervoor omschreven situaties een beroep wordt gedaan en tot rechtszaken aanleiding zal geven. De in par. 5.1.2 genoemde rechtszaak inzake het Slotervaart Ziekenhuis is hiervoor exemplarisch.

5.2 In de vakliteratuur gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten[185]

In aanvulling op het jurisprudentieonderzoek is ook een juridische literatuurstudie verricht, omdat daaruit punten naar voren kunnen komen die nog niet in de rechtspraak aan de orde zijn gekomen. De voornaamste in de vakliteratuur gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten inzake (de toepassing van) de regeling van tegenstrijdig belang in art. 2:129/2:239 lid 6 BW zijn de volgende:

1. Ontbreken wettelijke definitie van het begrip tegenstrijdig belang
De tegenstrijdig belangregeling bevat geen definitie van tegenstrijdig belang. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat voor de beantwoording van de vraag wat onder tegenstrijdig belang in de zin van art. 2:129/2:239 lid 6 BW valt, dient te worden aangesloten bij het door de Hoge Raad in 2007 gewezen Bruil-arrest.[186] Er dient derhalve sprake te zijn van een materieel, concreet tegenstrijdig belang. Op grond van de omstandigheden van het geval dient te worden beoordeeld of de bestuurder in casu een persoonlijk conflicterend belang heeft ten opzichte van de vennootschap. Hiervan is geen sprake indien de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de

[185] In het op 13 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2) wordt voorgesteld om in art. 2:9 lid 5 de tegenstrijdig belangregeling voor alle Boek 2-rechtspersonen te uniformeren. Ook met het oog hierop is het nuttig om de in de vakliteratuur gesignaleerde knelpunten ten aanzien van art. 2:129/2:239 lid 6 BW te inventariseren, omdat deze van belang zijn voor de vormgeving van het voorgestelde art. 2:9 lid 5.
[186] HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420.

vennootschap.[187] Of in een concreet geval daadwerkelijk sprake is van tegenstrijdig belang wordt uiteindelijk definitief vastgesteld door de rechter (ex post). De in de praktijk bestaande onzekerheid over de vraag wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang, is met de nieuwe regeling niet beëindigd.[188]

2. Vaststelling van het tegenstrijdig belang door de rechter ex post

De bevoegdheid tot vaststelling (ex ante) of sprake is van een tegenstrijdig belang ligt in eerste instantie bij de medebestuurders en kan in de statuten of in een reglement ook ter goedkeuring worden voorgelegd aan de RvC of aan de voorzitter van de RvC. In de literatuur wordt ervan uitgegaan dat ook in de statuten kan worden bepaald dat het bestuur of de voorzitter van het bestuur zelf vaststelt of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft.[189] Deze vaststelling is echter niet definitief ingeval het tot een gerechtelijke procedure komt. In dat geval zal uiteindelijk de rechter ex post aan de hand van de Bruil-criteria bindend vaststellen of er in de concrete situatie nu wel of geen sprake was van tegenstrijdig belang. Pas na het oordeel van de rechter hieromtrent is met zekerheid te zeggen of de tegenstrijdig belangregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW in het desbetreffende geval ook daadwerkelijk van toepassing was.[190] Nowak en Leijten merken in dit verband op dat de ex post oordelende rechter mogelijk terughoudender toetst "in het geval de (voorzitter van de) RvC (ex ante) heeft vastgesteld of een bestuurder een tegenstrijdig belang had dan in het geval (de voorzitter van) het bestuur dit heeft vastgesteld".[191]

3. Ontbreken nadere wettelijke regeling inzake melding van het tegenstrijdig belang

De wet zelf bepaalt niet aan wie een tegenstrijdig belang moet worden gemeld en door wie (ex ante) wordt vastgesteld of er in een concreet geval van een tegenstrijdig belang sprake is en derhalve of de tegenstrijdig belangregeling van toepassing is.[192]
Ten aanzien van het melden van het tegenstrijdig belang volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de geconflicteerde bestuurder het (mogelijke) tegenstrijdig belang dient te melden aan zijn medebestuurders en dat hij zich vervolgens buiten de besluitvorming over de tegenstrijdig belanghandeling moet houden. Wezeman acht het nu een expliciete wettelijke meldingsbepaling ontbreekt, verstandig dat vennootschappen de meldingsverplichting in de statuten neerleggen.[193] Het opnemen van een statutaire meldingsverplichting is ook raadzaam indien in de statuten een

[187] MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 12 en p. 19.
[188] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, p. 502; J.B. Huizink, Rechtspersoon, vennootschap en onderneming, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2013, par. 108a, p. 166.
[189] Zoals in par. 3.3.5.2. is gebleken gebeurt dit ook in de praktijk.
[190] Zie J.B. Huizink, 'Voorstel tegenstrijdig belang ramp voor aandeelhouders', *TvI* 2009, p. 39-41.
[191] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, voetnoot 13.
[192] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, p. 502.
[193] J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 82.

goedkeuringsregeling is opgenomen, inhoudende dat bestuursbesluiten waarbij een tegenstrijdig belang speelt goedkeuring behoeven van de RvC of de AV.[194] Het orgaan dat een statutair goedkeuringsrecht heeft, dient geïnformeerd te worden over het tegenstrijdig belang en de wijze waarop de besluitvorming heeft plaatsgevonden, zodat het dit kan controleren.[195]
In de literatuur is er voorts voor gepleit dat een mogelijk tegenstrijdig belang behalve aan de medebestuurders ook aan de RvC moet worden gemeld, ongeacht of de RvC een statutair goedkeuringsrecht heeft.[196] Wij merken op dat de Corporate Governance Code 2016 voor beursgenoteerde vennootschappen in best practice bepaling 2.7.3 wel voorziet in een meldingsregeling. Deze is van toepassing indien een bestuurder of commissaris een potentieel tegenstrijdig belang heeft bij een transactie die van materiële betekenis is voor de vennootschap en/of voor de desbetreffende bestuurder of commissaris. De mogelijk geconflicteerde bestuurder dient hiervan onverwijld melding te doen aan de voorzitter van de RvC en aan de overige leden van het bestuur. De commissaris met een potentieel tegenstrijdig belang dient dit onverwijld te melden aan de voorzitter van de RvC. Indien de voorzitter van de RvC een potentieel tegenstrijdig belang heeft, meldt hij dit onverwijld aan de vicevoorzitter van de RvC.

4. Tegenstrijdig belang van de geconflicteerde bestuurder kan doorsijpelen in de besluitvorming van de overige bestuurders als gevolg van *structural bias*

Assink[197] heeft erop gewezen dat het tegenstrijdig belang van de geconflicteerde bestuurder kan (en in veel gevallen: zal) doorsijpelen in de besluitvorming als gevolg van het fenomeen dat in de sociale psychologie *structural bias* wordt genoemd.[198] Het (subjectieve) beoordelingsvermogen van mensen (lees: bestuurders) kan beïnvloed worden door groepsdynamiek en cognitieve beperkingen waardoor groepsleden minder onbevangen en kritisch over elkaars functioneren en persoonlijke belangen gaan oordelen. Het is als gevolg hiervan volgens Assink de vraag of het uitgangspunt van art. 2:129/2:239 lid 6 BW dat naleving van deze regeling - in die zin dat de geconflicteerde bestuurder zich fysiek onthoudt van de beraadslaging en de besluitvorming - ook werkelijk leidt tot het uitbannen van de invloed van het tegenstrijdig belang op de besluitvorming. Overigens verhoogt ook de blijkens de wetgeschiedenis geoorloofde mogelijkheid dat de geconflicteerde bestuurder voorafgaand aan de bestuursvergadering

[194] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.
[195] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 21. Zie ook MvT, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 13; B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 979, par. 51.
[196] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 5; J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 82.
[197] B.F. Assink, 'Naar een adequate tegenstrijdig belang regeling in Boek 2 BW', *WPNR* 6770, p. 737-741, nr. 4; B.F. Assink, 'Samenwerking in het bestuur', in: *SamenWerken in het Ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 80, Deventer: Kluwer 2011, p. 14.
[198] Zie hierover ook B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, par. 51, p. 988-993.

of bij de introductie van het agendapunt tijdens de vergadering wordt gehoord door de medebestuurders het risico op doorsijpelen van het tegenstrijdig belang.[199]

5. Escalatieregel

Art. 2:129/2:239 lid 6 BW bevat een escalatieregel.[200] Deze houdt in dat de besluitvormingsbevoegdheid en ook het initiatief een bepaald besluit te nemen[201] bij tegenstrijdig belang in beginsel bij het bestuur blijft, dat wil zeggen bij de overige niet geconflicteerde bestuurders. Ingeval er daarentegen geen neutrale bestuurders zijn, komt de beslissingsbevoegdheid toe aan de RvC. Deze aanwijzing van de RvC is van dwingend recht. Bij afwezigheid van een RvC of ingeval alle commissarissen geconflicteerd zijn, komt vervolgens de beslissingsbevoegdheid toe aan de AV, tenzij de statuten anders bepalen. De aanwijzing van de AV is derhalve van regelend recht. In de statuten van de vennootschap kan bijvoorbeeld worden opgenomen dat niet de AV, maar het bestuur bevoegd is het besluit te nemen.

Omdat het uiteindelijk de rechter is die ex post vaststelt of in een bepaald geval daadwerkelijk sprake was van tegenstrijdig belang, dient in geval van twijfel of alle bestuurders geconflicteerd zijn of niet, zowel het bestuur als het volgens de escalatieregel alternatieve orgaan een besluit over de tegenstrijdig belang-handeling te nemen.[202] Anders bestaat de kans dat achteraf het 'verkeerde' orgaan het besluit heeft genomen. Het besluit is dan ex art. 2:14 BW nietig omdat het genomen is door een daartoe onbevoegd orgaan.

Is er geen RvC of zijn alle commissarissen geconflicteerd, dan verschuift de beslissingsbevoegdheid naar de AV, tenzij de statuten anders bepalen. De wetsgeschiedenis geeft geen antwoord op de vraag of een afwijkende regeling in de statuten kan inhouden dat de beslissingsbevoegdheid verschuift naar een derde. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de afwijkende regeling in ieder geval kan inhouden dat de beslissingsbevoegdheid wordt toegekend aan een persoon die deel uitmaakt van een vennootschapsorgaan of die op een andere wijze in de zin van art. 2:8 BW bij de organisatie van de vennootschap betrokken is.[203] Onduidelijk is echter of de

---

[199] NV, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 763, nr. 6, p. 20.

[200] Deze term is geïntroduceerd door C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg, W.J.M. van Veen, 'reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)', 6 mei 2014, par. III.6, p. 11.

[201] J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 83.

[202] J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 85.

[203] J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 83; R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, p. 505; M.L. Lennarts, T&C Ondernemingsrecht art. 2:239, p. 591. J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 520-532, onder nr. 7 Staken van stemmen en tegenstrijdig belang, Beslissende stem voor een ander orgaan of een derde bij staken van stemmen binnen bestuur en raad van commissarissen.

beslissingsbevoegdheid statutair kan worden toegekend aan buiten de vennootschap staande derden. Schoonbrood en Meppelink menen dat een dergelijke statutaire regeling niet past bij het besloten karakter van het bestuur en de RvC. [204]

Indien er geen RvC is of alle commissarissen geconflicteerd zijn, kan de afwijkende statutaire regeling ook inhouden dat het bestuur ondanks het tegenstrijdig belang bevoegd blijft om het besluit te nemen. Het besluit wordt in afwijking van de hoofdregel dan niet genomen door neutrale personen maar door geconflicteerde bestuurders. De tegenstrijdig belangregeling heeft dan geen normerend effect.[205] In de literatuur is dit punt gesignaleerd maar tevens zijn er goede redenen aangevoerd voor deze vorm van wegschrijven van het tegenstrijdig belang (zie hierna onder 6). Een reden kan bijvoorbeeld zijn dat de AV in veel gevallen niet over alle informatie c.q. deskundigheid beschikt om voor de vennootschap de meest adequate beslissing te nemen en hiervoor toch weer zal moeten teruggevallen op het bestuur. Normering vindt in dit geval overigens wel plaats via het aansprakelijkheidsrecht (art. 2:9 BW en art. 6:162 BW). De geconflicteerde bestuurders die onder invloed van het tegenstrijdig belang nadelige bestuursbesluiten voor de vennootschap nemen en uitvoeren lopen het risico aansprakelijk te worden gesteld door de vennootschap voor de schade die haar is toegebracht door de tegenstrijdig belang-handeling.

Rensen[206] signaleert dat in situaties waarin er één bestuurder is en geen RvC vaak gebruik gemaakt wordt van het wegschrijven van tegenstrijdig belang. Deze bestuurder is dan altijd bevoegd het besluit te nemen. Hij wijst erop dat het de vraag is of wegschrijven in een dergelijk geval verstandig is. Bij een 100% dochtervennootschap met een enig bestuurder/natuurlijk persoon heeft wegschrijven tot gevolg dat de bestuurder bevoegd is over het tegenstrijdig belang te besluiten zonder dat de moedervennootschap daarvan op de hoogte is.

6. Verschuiving van de besluitvorming naar de RvC/AV; bezwaren

In de literatuur is erop gewezen dat de verschuiving van de besluitvorming naar de RvC/AV niet wenselijk is. Er wordt een aantal bezwaren genoemd.[207] Ten eerste ontbreekt in veel gevallen bij de RvC/AV de vereiste deskundigheid om deze bevoegdheid op een bevredigende wijze uit te oefenen. Ten tweede rijst de vraag of met de

[204] J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 530.

[205] H.E. Boschma & E.E.G. Gepken-Jager, 'Ontwikkelingen op het terrein van vertegenwoordiging van NV's en BV's', *RM Themis* 2010-3, p. 131.

[206] G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013-6979, p. 458-463, nr. 3 Statutaire omgang met tegenstrijdig belang.

[207] M.L. Lennarts, 'Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling', in: *Bestuur en toezicht*, IvO-serie deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 112. Zie ook: M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008-6770, p. 731; B.F. Assink, 'Naar een adequate tegenstrijdig belang regeling in Boek 2 BW', *WPNR* 2008-6770, p. 738-739; B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 978, par. 51.

beslissingsbevoegdheid ook de aansprakelijkheid verschuift.[208] Het orgaan dat beslissingsbevoegd is ingevolge de escalatieregel oefent een bestuurstaak uit. Als de RvC bevoegd is kunnen de commissarissen persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijke vervulling van deze bestuurstaak ex art. 2:9 BW jo art. 2:151/2:261 BW. Hetzelfde geldt als de AV het bestuursbesluit neemt.[209] Individuele aandeelhouders die bij de besluitvorming in hun eigen belang hebben gestemd zijn daarentegen niet persoonlijk aansprakelijk, tenzij dit gekwalificeerd wordt als onrechtmatig handelen.[210]

Een ander bezwaar is dat het tijdrovend is een AV bijeen te roepen ingeval het vennootschappen betreft met een verspreid aandelenbezit. Voorts is volgens Lennarts[211] een fundamentele vraag of het de AV wel kan worden toevertrouwd om besluiten te nemen in het belang van de vennootschap, hetgeen betekent dat de aandeelhouders bij het uitoefenen van hun stemrecht ook met andere dan hun eigen belangen rekening dienen te houden. Lennarts heeft hierbij met name gewezen op het gevaar dat dreigt bij besloten vennootschappen waarbij de AV gedomineerd wordt door een grootaandeelhouder die zelf een belang heeft bij de transactie. In een dergelijk geval moet volgens Lennarts op zijn minst bepaald worden dat de grootaandeelhouder niet mag deelnemen aan de besluitvorming door de AV.

7. Gevallen waarin geen besluitvorming mogelijk is en de escalatieregeling niet van toepassing is

De escalatieregeling is pas van toepassing als *alle* bestuurders een tegenstrijdig belang hebben waardoor zij niet mogen deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming en er derhalve geen besluit kan worden genomen. Zij biedt voor bepaalde situaties geen oplossing. In de literatuur[212] is het voorbeeld van een vennootschap genoemd met een driehoofdig bestuur waarvan één bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. Als de stemmen van de overige twee bestuurders staken komt er geen besluit tot stand, tenzij in de statuten in een regeling voor het staken van de stemmen is voorzien. Dat er geen besluit kan worden genomen terwijl niet alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, kan zich ook voordoen als een bepaalde quorumeis of gekwalificeerde

[208] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 15.
[209] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 15. Zie over het van toepassing zijn van art. 2:151/2:261 BW Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/477; J.B. Huizink, Bestuurders van Rechtspersonen (diss.), Deventer: Kluwer 1989, p. 36; J.B. Huizink, Rechtspersoon, vennootschap en onderneming, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2013, par. 182.
[210] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, voetnoot 29.
[211] M.L. Lennarts, 'Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling', in: *Bestuur en toezicht*, IvO-serie deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 112.
[212] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', Ondernemingsrecht 2012/92, nr. 10; J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 83.

meerderheidseis of unanimiteitseis niet wordt gehaald. In de statuten c.q. reglementen van de vennootschap moet hiervoor een regeling worden getroffen.[213]

8. Normerend effect tegenstrijdig belangregeling beperkt zich tot het orgaan waarvan de geconflicteerde functionaris lid is

De tegenstrijdig belangregeling bewerkstelligt dat niet mag worden deelgenomen aan de beraadslaging en de besluitvorming van het orgaan waarvan degene met het tegenstrijdig belang lid is. De regeling laat onverlet dat de geconflicteerde functionaris (bestuurder of commissaris) in zijn hoedanigheid van aandeelhouder wél gewoon kan deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming in de AV over het al dan niet goedkeuren van de tegenstrijdig belangtransactie.[214] Een ander voorbeeld is het geval dat een geconflicteerde commissaris vanwege tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de beraadslaging en stemming binnen de RvC, maar hij wel in de gelegenheid wordt gesteld door het bestuur over de desbetreffende tegenstrijdig belangtransactie te praten in een bestuursvergadering.[215]

Normerend effect ontbreekt ook inzake de uitoefening van de raadgevende stem door geconflicteerde bestuurders of commissarissen in de AV. Beraadslaagt de AV bijvoorbeeld over schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris, dan kan deze zijn raadgevende stem gewoon uitoefenen. [216] De wetgever heeft hieromtrent niets bepaald. Nowak en Leijten menen dat in een dergelijk geval het tegenstrijdig belang in de agenda van de AV moet worden vermeld.[217]

9. Tegenstrijdig belang vorm van belet?

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de statutaire beletregeling mag inhouden dat bij tegenstrijdig belang van alle bestuurders c.q. de enig bestuurder vervanging plaatsheeft door één of meer tijdelijke bestuurders, terwijl er een RvC is. Boschma, Kuijers-Tollenaar, Lennarts, Schutte-Veenstra en Van Uchelen-Schipper betwijfelen dit.[218] Zij voeren aan dat de wetgever in de tegenstrijdig belangregeling heeft

---

[213] Zie over deze problematiek Th. de Rave, 'Tegenstrijdig belang in het bestuur van joint venture B.V.'s', *WPNR* 2016/7122, nr. 2 Toepassing van de escalatieregeling; J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 520-532, onder nr. 7 Staken van stemmen en tegenstrijdig belang, Beslissende stem voor een ander orgaan of een derde bij staken van stemmen binnen bestuur en raad van commissarissen.

[214] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 17.

[215] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 17.

[216] Zie B.F. Assink, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 981, par. 51, noot 219.

[217] R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 17.

[218] H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA?', *WPNR* 2013/6962, p. 101-108; Hylda Boschma, Loes Lennarts en Hanny Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV recht?', *Ondernemingsrecht* 2014/14, nr. 6. G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, 'reactie op "Belet of ontstentenis, that is the question" van P.H.N. Quist in *WPNR* 2013/6990', *WPNR* 2014/7002, p. 55-57.

voorzien in een specifieke volgorde van bevoegde vennootschapsorganen bij tegenstrijdig belang, namelijk 1) het bestuur 2) RvC en 3) AV. Deze rangorde wordt door toepassing van de statutaire beletregeling doorkruist. De RvC wordt in geval van toepassing van de beletregeling buiten spel gezet omdat het tegenstrijdig belangbesluit wordt genomen door de tijdelijke bestuurder in plaats van de RvC. Dit druist in tegen de dwingendrechtelijke rol voor de RvC bij tegenstrijdig belang van bestuurders: slechts ingeval een RvC ontbreekt komt de AV in beeld en kan een andere statutaire regeling worden getroffen. Boschma, Lennarts en Schutte-Veenstra geven voorts aan ook niet overtuigd te zijn van de wenselijkheid van een dergelijke ruime statutaire beletregeling indien een geëquipeerd orgaan in de vorm van de RvC voorhanden is om in de precaire situatie dat alle bestuurders behept zijn met een tegenstrijdig belang het besluit te nemen. Anderen, waaronder Nowak, Quist, Schoonbrood en Meppelink, stellen zich op het standpunt dat bij tegenstrijdig belang van alle bestuurders c.q. de enig bestuurder de statutaire beletregeling wel kan worden toegepast en dat de beletpersonen in plaats van de RvC het besluit kunnen nemen.[219] Zo zij hun standpunt al motiveren, is deze weinig overtuigend. Nowak verwijst in dit verband naar een opmerking van de minister in de memorie van toelichting:

> "De ontstentenisregeling kan ook dienst doen indien er slechts één bestuurder is en deze een tegenstrijdig belang heeft bij een bepaalde transactie (zie het voorgestelde artikel 2:129 lid 6 BW)." [220]

Schoonbrood en Meppelink erkennen weliswaar dat het gelet op het doel van de regelingen logischer lijkt om de escalatieregel toe te passen, maar zien geen reden om de beletregeling niet te gebruiken.

10. Tegenstrijdig belangregeling en goedkeuringsbevoegdheid bestuur ex art. 2:216 lid 2 BW

Bij BV's moet het bestuur ex art. 2:216 lid 2 BW goedkeuring verlenen aan uitkeringsbesluiten van de AV. Hoe nu als de bestuurders zelf ook aandelen houden in de BV. Moeten de bestuurders dan rekening houden met de tegenstrijdig belangregeling? In de literatuur worden hierover verschillende standpunten ingenomen. Leijten[221] en Wezeman[222] menen dat het goedkeuringsbesluit gewoon kan worden genomen door de

---

[219] R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6979, p. 471; J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 520-532, onder nr. 6 Meervoudig stemrecht, Alternatief voor evenwichtige governance –interne goedkeuring ander vennootschapsorgaan en de beletregeling; P.H.N. Quist, 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR* 2013/6990; P.H.N. Quist, 'Tegenstrijdig belang in het bestuur van joint venture B.V.'s', *WPNR* 2016/7122, nr. 3.1. Tegenstrijdig belang als vorm van belet.

[220] MvT, *Kamerstukken II* 2008-09, 31 763, nr. 3, p. 19.

[221] A.F.J.A. Leijten, Tegenstrijdig belang: een corporate governance kluif, in: Jaarboek Corporate Governance 2012/2013 (M. Lückerath-Rovers e.a., red.), Kluwer 2013, p. 99.

[222] J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016, p. 84-85. Ook Cornelisse komt aan toepassing van de tegenstrijdig belangregeling niet toe omdat de geconflicteerde bestuurder ter zake van

bestuurders, of zij nu aandeelhouder zijn of niet. Art. 2:216 BW biedt naar hun mening zelf al voldoende garantie voor verantwoordelijke besluitvorming. De wetgever heeft het bestuur in art. 2:216 BW immers nauwelijks discretionaire beslissingsbevoegdheid gelaten. Het bestuur moet het uitkeringsbesluit goedkeuren, tenzij het bestuur weet of moet weten dat de vennootschap haar schulden niet meer zal kunnen voldoen. Deze norm is vrij duidelijk en in ieder geval te objectiveren en te abstraheren van persoonlijke belangen. Volgens Bier[223] en Stokkermans[224] daarentegen is de norm van art. 2:216 lid 2 BW juist een invulling van het vennootschappelijk belang en kan de hoofdregel van art. 2:239 lid 5 BW niet worden uitgeschakeld bij het geven van goedkeuring door het bestuur bij uitkeringen. Een derde opvatting hebben Assink en Verbrugh.[225] Hoewel zij evenals Bier en Stokkermans onderkennen dat de wettelijke tegenstrijdig belangregeling een rol speelt bij de uitkeringstest van art. 2:216 lid 2 BW, verdedigen ze uit oogpunt van wenselijkheid dat art. 2:239 lid 5-6 BW toepassing mist in het kader van art. 2:216 lid 2 BW. Voor het toekennen van de bevoegdheid tot het nemen van het goedkeuringsbesluit ex art. 2:216 lid 2 BW aan het bestuur als enige orgaan, voeren zij drie argumenten aan. Ten eerste kan toepassing van art. 2:239 lid 5-6 BW verschuiving van de besluitvormingsbevoegdheid naar de AV ten gevolge hebben en dat leidt er in de praktijk in de meeste gevallen toe dat de AV haar eigen uitkeringsbesluit dient goed te keuren. Ten tweede is het bestuur door zijn kennis en kunde bij uitstek geschikt te beoordelen of de vennootschap de uitkeringstest van art. 2:216 lid 2 BW doorstaat of niet. Ten derde is de tekst van art. 2:216 lid 3 en 4 BW nadrukkelijk toegespitst op het bestuur en niet op de AV. Aan de benadering van Assink en Verbrugh ligt ten grondslag dat toepassing van art. 2:239 lid 5 en lid 6 BW de systematiek van art. 2:216 BW op kennelijk onbedoelde en ongewenste wijze doorkruist.

De onderzoekers wijzen erop dat gelet op de in de literatuur bestaande verdeeldheid, volledige zekerheid in gevallen als deze alleen kan worden verkregen door beide relevante organen te laten beslissen: zowel het bestuur als het volgens de escalatieregel aangewezen orgaan neemt alsdan het goedkeuringsbesluit. De hiermee gepaarde gaande rompslomp is volgens de onderzoekers onwenselijk.

---

art. 2:216 lid 2 BW niet het vennootschappelijk belang hoeft te wegen maar slechts een beslissing neemt ten aanzien van voorkoming van betalingsonmacht, B.C. Cornelisse, 'Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest van art. 2:216 BW', *TvOB* 2013-6, p. 211-218. Zie ook R.E.H. Canisius en M.B.F. Canisius, 'De verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdig belangregeling opnieuw belicht', *TvOB* 2015/4, met name p. 149.

[223] B. Bier, 'De finale VEB c.s. vs. KLM: besluit tot reservering winst is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW', *Ondernemingsrecht* 2013/123; B. Bier, 'Enkele mijmeringen over artikel 2:216 BW', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht* 2014/4, p. 94.

[224] Chr.M. Stokkermans, 'Onverantwoorde uitkeringen', *WPNR* 2014/7011, p. 275-288, onder nr. 3 Schijn van Belangenverstrengeling.

[225] B.F. Assink en M.A. Verbrugh, in: *Handboek Notarieel Ondernemingsrecht B.V. en N.V.*, onder redactie van B. Bier, M. van Olffen, B. Snijder-Kuipers, Hoofdstuk 3. Bestuur; verbanden tussen bestuur, beleidsvrijheid en vier mogelijke begrenzers daarvan (primair bezien vanuit het B.V.-recht), par. 3.3.3 Intermezzo; de verhouding tussen enerzijds art. 2:239 lid 5-6 BW en anderzijds art. 2:216 lid 2-3 BW, p. 69-71.

11. *Corporate opportunities* vallen buiten de regeling

Art. 2:129/2:239 lid 6 BW laat de *corporate opportunities* ongeregeld, omdat daaraan geen bestuursbesluit ten grondslag ligt.[226] Het leerstuk van de *corporate opportunities* houdt in dat een bestuurder geen zakelijke kansen die aan de vennootschap toekomen, mag benutten voor zichzelf of één van zijn naasten.[227] *Corporate opportunities* vallen niet onder het bereik van art. 2:129/2:239 lid 6 BW. Normerende werking kan in dit geval wel uitgaan van het aansprakelijkheidsrecht (art. 2:9 BW en art. 6:162 BW). Bestuurders die *corporate opportunities* niet ten behoeve van de vennootschap benutten kunnen onder omstandigheden persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling.[228]

12. Art. 2:129/2:239 lid 6 BW en minderheidsaandeelhouders

De tegenstrijdig belangregeling is een besluitvormingsregeling die in beginsel de uitvoeringshandeling, de vertegenwoordiging door het bestuur c.q. de bestuurder(s) in tact laat. De vennootschap is derhalve gebonden aan de transactie zelfs als het tegenstrijdig belang van een bestuurder heeft geleid tot een bepaalde, de vennootschap benadelende transactie. In de literatuur is erop gewezen dat de belangen van minderheidsaandeelhouders niet in alle gevallen worden beschermd door de tegenstrijdig belangregeling.[229] De tegenstrijdig belangregeling voorziet niet in bescherming van minderheidsaandeelhouders ingeval een vennootschap een enig bestuurder/meerderheidsaandeelhouder kent die de vennootschap schade heeft berokkend. Als de bestuurder in een dergelijk geval weigert de schade te vergoeden is de minderheidsaandeelhouder aangewezen op de enquêteprocedure.[230] Om een verzoek tot enquête bij de Ondernemingskamer in te dienen, moet de minderheidsaandeelhouder echter wel aan de toegangsdrempel van art. 2:346 lid 1 onder b BW voldoen.

13. Tegenstrijdig belang bij de one-tier board

Indien een NV of BV gekozen heeft voor een monistisch bestuursmodel kan het tegenstrijdig belang van bestuurders aanleiding geven tot twee specifieke vragen. De eerste betreft de situatie dat een NV of BV gebruik heeft gemaakt van de wettelijke

---

[226] M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008-6770, p. 725-736, III.1 Inleiding.

[227] Vgl. ook Bpb 2.7.1 Corporate Governance Code 2016.

[228] Vgl. rechtbank Midden-Nederland 19 februari 2014, *JOR* 2014/124: "Indien de bestuurder een corporate opportunity aanwendt ten behoeve van zichzelf of van derden, zonder dat de vennootschap deze opportunity heeft vrijgegeven, dan schiet hij tekort in de uitoefening van de hem opgedragen taak. Kan de bestuurder daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt, dan is hij jegens de vennootschap voor diens schade aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW. Van een ernstig verwijt is in beginsel sprake indien de bestuurder zijn eigen belang laat prevaleren boven dat van de vennootschap."

[229] B.F. Assink, 'Naar een adequate tegenstrijdig belang regeling in Boek 2 BW', *WPNR* 2008/6770, p. 737-741, nr. 4 De Regeling lost het tegenstrijdig belang niet op en verplaatst bestaande knelpunten; M.L. Lennarts, 'Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling', in: *Bestuur en toezicht*, IvO-serie deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 119.

[230] Zie F. Veenstra, 'Minderheidsaandeelhouders in opstand tegen tegenstrijdig belangtransacties: maar hoe?', *WPNR* 2013/6970, p. 265-273.

delegatiemogelijkheid van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW en aan één of meer bestuurders de bevoegdheid heeft toegekend besluiten te nemen voor zaken die tot zijn/hun taak behoren. Indien deze bestuurders ter zake een tegenstrijdig belang hebben, kan geen besluit worden genomen. De wet laat in het midden of in een dergelijk geval de bevoegdheid om te besluiten terugvalt naar het gehele bestuur waarbij de geconflicteerde bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming.[231] In de literatuur wordt deze vraag overigens door Schoonbrood en Meppelink bevestigend beantwoord.[232] Zij wijzen erop dat dit past in de visie dat er sprake is van delegatie en dat er nog meer bestuurders zijn die kunnen stemmen omdat die niet geconflicteerd zijn. De onderzoekers sluiten zich hierbij aan.
De tweede vraag betreft de bezoldiging van een uitvoerende bestuurder, terwijl de enig niet-uitvoerende bestuurder hierbij een persoonlijk tegenstrijdig belang heeft bijvoorbeeld omdat hij/zij gehuwd is met de uitvoerende bestuurder. Omdat uitvoerende bestuurders ingevolge art. 2:129a/2:239a lid 2 BW niet mogen deelnemen aan de besluitvorming over hun eigen bezoldiging, kan in een dergelijk geval het bezoldigingsbesluit niet worden genomen door het bestuur. In de literatuur wordt aangenomen dat alsdan het besluit door de AV of door degenen die daartoe in de statuten zijn aangewezen, genomen kan worden.[233]

5.3 Conclusies en aanbevelingen (onderzoeksvraag 11)

5.3.1 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraak

De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werd door de wetgever bij uitstek als de gelegenheid gezien om de tegenstrijdig belangregeling te heroverwegen, omdat zij raakt aan de verhouding tussen de bestuurder, het bestuur en de RvC. Er is voor gekozen de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW te vervangen door de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW, omdat het tegenstrijdig belang van bestuurders een gedragsnorm betreft die allereerst de besluitvorming door het bestuur raakt. Voorts is het tegenstrijdig belang van commissarissen gereguleerd in het nieuwe art. 2:140/2:250 lid 5 BW.
In de parlementaire geschiedenis werd als voordeel van de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW genoemd dat de rechtszekerheid wordt gediend. Derden worden niet geconfronteerd met de aantastbaarheid van een transactie die zij met de vennootschap zijn aangegaan vanwege een kwestie - het tegenstrijdig belang van een bestuurder - die primair de interne verhoudingen in de vennootschap raakt.

[231] Zie R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92, nr. 11; J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 520-532, onder nr. 5 Bijzonderheden bij de one-tier board.
[232] J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 520-532, onder nr. 5 Bijzonderheden bij de one-tier board.
[233] J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113, p. 520-532, onder nr. 5 Bijzonderheden bij de one-tier board.

Blijkens de rechtspraak van vóór 1 januari 2013 werd geregeld door vennootschappen een beroep gedaan op art. 2:256 (oud) BW. De wettelijke regeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW gaf bovendien tot tal van rechtsvragen aanleiding die onderwerp vormden van talrijke rechterlijke procedures die meer dan eens tot aan de Hoge Raad werden gevoerd.[234]

Uit onderhavig evaluatieonderzoek naar de toepassing in de rechtspraak van het nieuwe art. 2:129/2:239 lid 6 BW c.q. art. 2:140/2:250 lid 5 BW in de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016, komt slechts één uitspraak van een rechtbank naar voren waarin beroep werd gedaan op de nietigheid/vernietiging van bestuursbesluiten vanwege niet-naleving van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling van art. 2:239 lid 6 BW (par. 5.1.2). De meest voor de hand liggende verklaring voor deze schaarse toepassing is volgens de onderzoekers dat art. 2:129/2:239 lid 6 BW - anders dan de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW - een interne besluitvormingsregeling is die de door het bestuur/bestuurder(s) verrichte vertegenwoordigingshandeling in tact laat. De vennootschap blijft in beginsel gebonden aan de rechtshandeling. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de nieuwe regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW de door de wetgever beoogde rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert.
De onderzoekers plaatsen hierbij de kanttekening dat een beroep op art. 2:129/2:239 lid 6 BW wel gevolgen kan hebben voor de geldigheid van door de vennootschap verrichte rechtshandelingen in geval van (in)direct extern werkende bestuursbesluiten. Een direct extern werkend bestuursbesluit is een besluit met een vertegenwoordigingsaspect omdat het rechtstreeks is gericht tot de wederpartij. Een voorbeeld hiervan is het bestuursbesluit tot het doen van een aanbod tot verkoop van een bepaald aan de vennootschap behorend goed aan de wederpartij. Wordt een dergelijk bestuursbesluit aangetast, dan vervalt ook het aanbod. Van een indirect extern werkend bestuursbesluit is sprake indien het besluit vereist is voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de uitgifte van aandelen waarvoor de wetgever in art. 2:96/2:206 BW een besluit van de AV of een ander daartoe aangewezen vennootschapsorgaan verlangt.
De onderzoekers verwachten dat op de niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW vooral in de hiervoor omschreven situaties een beroep wordt gedaan en tot rechtszaken aanleiding zal geven. De in par. 5.1.2 genoemde rechtszaak inzake het Slotervaart Ziekenhuis is hiervoor exemplarisch.

[234] Zie onder meer: HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 (*Mediasafe II*); HR 9 juli 2004, JOR 2004/266 (*Duplicado*); HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570 (*ABN AMRO/Dijkema q.q.*); HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 (*Bruil*); HR 21 maart 2008, JOR 2008/124 (*Nieuwe Steen Investments*); HR 9 oktober 2009, NJ 2009, 596 (*Bovast*); HR 14 oktober 2011, NJ 2012, 110 (*M.E. Beheer*).

5.3.2 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraktijk; gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten

Hoewel voorop staat dat de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW bijdraagt aan de rechtszekerheid in het handelsverkeer, moet ook onderkend worden dat in de vakliteratuur een aantal aandachtspunten/knelpunten (par. 5.2) is gesignaleerd bij de toepassing ervan in de rechtspraktijk. Deze betreffen onder meer:

(i) het ontbreken van een wettelijke definitie van het begrip tegenstrijdig belang, waardoor onzeker is of de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW moet worden toegepast (punt 1).

(ii) de onzekere verhouding van de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW met:
- een statutaire beletregeling (punt 9);
- de wettelijke goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur ex art. 2:216 lid 2 BW (punt 10)[235];
- de wettelijke delegatiemogelijkheid van art. 2:129a /2:239a lid 3 BW (punt 13).

(iii) het ontbreken van een nadere wettelijke regeling inzake melding van het tegenstrijdig belang (punt 3).

(iv) het statutair terzijdestellen door vennootschappen van de escalatieregel van art. 2:129/2:239 lid 6 (slotzin) BW waardoor het geconflicteerde bestuur beslissingsbevoegd blijft (punt 5).

De regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW veroorzaakt met name door de onder (i) en (ii) genoemde punten enige rechtsonzekerheid voor de bij de vennootschap institutioneel betrokkenen, zoals bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. In de praktijk wordt deze onzekerheid soms ondervangen door voor twee ankers te gaan liggen en twee mogelijk bevoegde organen het besluit te laten nemen. Dit zal echter niet altijd het geval zijn. Indien het bestuursbesluit dan vanwege een onjuiste toepassing van art. 2:129/2:239 lid 6 BW nietig blijkt te zijn of in rechte wordt vernietigd, kan dit ertoe leiden dat achteraf blijkt dat een uitgifte van aandelen of een uitkering aan de aandeelhouders niet is gerealiseerd (zie par. 5.1.3).[236]

5.3.3 Beoordeling gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten

Hiervoor is gebleken dat de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW behalve het beoogde effect van het bevorderen van rechtszekerheid in het handelsverkeer ook een neveneffect heeft: zij veroorzaakt op haar beurt enige onzekerheid bij degenen die bij de vennootschap institutioneel betrokken zijn, zoals bestuurders en aandeelhouders.

[235] Dit knelpunt speelt alleen bij de BV.
[236] Voor bestuurders levert niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW bovendien onbehoorlijke taakvervulling op in de zin van art. 2:9 BW. Nu een wettelijke regeling wordt geschonden die beoogt de vennootschap te beschermen wordt een ernstig verwijt vermoed.

De onderzoekers concluderen dat deze onzekerheid niet geheel kan worden weggenomen omdat de vraag of er *in concreto* sprake was van een tegenstrijdig belang uiteindelijk altijd ex post door de rechter dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. De onderzoekers wijzen er in dit verband op dat de wetgever met de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW ook niet heeft beoogd dat de rechter er niet meer aan te pas zou komen. Voorts wijzen de onderzoekers erop dat het lastig c.q. onwenselijk is om in een wettelijk vastomlijnde invulling van het begrip 'tegenstrijdig belang' te voorzien. Het gevaar van een vastomlijnde omschrijving is dat zij enerzijds te ruim uitpakt doordat bepaalde handelingen eronder vallen die in concreto geen tegenstrijdig belang opleveren en anderzijds te beperkt is doordat met bepaalde tegenstrijdig belang-situaties geen rekening is gehouden.

Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling om de in par. 5.3.2 onder (ii) bedoelde onzekerheid voor wat betreft de verhouding van art. 2:129/2:239 lid 6 BW met een statutaire beletregeling, de wettelijke goedkeuringsregeling van art. 2:216 lid 2 BW en de wettelijke delegatiemogelijkheid van art. 2:129a /2:239a lid 3 BW weg te nemen. In de rechtspraak of door de wetgever kan hieromtrent duidelijkheid worden verschaft. Duidelijkheid kan ook worden geboden doordat tijdens de parlementaire behandeling van de in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorgestelde regelingen (zie concept-art. 2:9 en art. 2:9a) hieraan aandacht wordt besteed.

Ten aanzien van het in par. 5.3.2 onder (iii) bedoelde punt dat een nadere wettelijke regeling inzake melding van tegenstrijdig belang ontbreekt, verdient het naar de mening van de onderzoekers aanbeveling om in de statuten van de vennootschap een meldingsregeling op te nemen zodat duidelijk is *aan wie* de bestuurder die mogelijk behept is met een tegenstrijdig belang dit moet melden en *door wie* (ex ante) wordt vastgesteld of er in een concreet geval van een tegenstrijdig belang sprake is.
Bij het onder (iv) bedoelde punt dat de escalatieregel van art. 2:129/2:239 lid 6 (slotzin) BW in de praktijk veelal terzijde wordt gesteld waardoor het geconflicteerde bestuur beslissingsbevoegd blijft en de wettelijke regeling van tegenstrijdig belang bijgevolg geen normerende werking heeft, plaatsen de onderzoekers twee opmerkingen. De eerste is dat normering in dat geval nog wel plaatsvindt via het aansprakelijkheidsrecht. De geconflicteerde bestuurders die onder invloed van het tegenstrijdig belang nadelige bestuursbesluiten voor de vennootschap nemen en uitvoeren lopen het risico aansprakelijk te worden gesteld door de vennootschap voor de schade die haar is toegebracht door de tegenstrijdig belanghandeling.
Ten tweede merken de onderzoekers op dat het oplossen van dit punt een vergaande wijziging in de vormgeving van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling vergt. Deze zou moeten worden ingericht als een goedkeuringsregeling waarbij in geval van tegenstrijdig belang het bestuursbesluit onderworpen is aan goedkeuring door de RvC of - als een RvC

ontbreekt - de AV.[237] Ruim voor de totstandkoming van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is deze oplossing in de literatuur door verschillende schrijvers naar voren gebracht.[238] De wetgever heeft hieraan in 2013 geen gehoor gegeven en ervoor gekozen om het tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen van NV's en BV's te reguleren via de in art. 2:129/2:239 lid 6 BW opgenomen besluitvormingsregeling. De rechtspraktijk is hierop thans ingericht. Bij deze stand van zaken lijkt de keuze voor een wettelijke goedkeuringsregeling thans een gepasseerd station te zijn en verdient het naar de mening van de onderzoekers aanbeveling om het in 2013 gekozen spoor te blijven volgen.

[237] Voor beursvennootschappen zou in een bijzondere regeling kunnen worden voorzien.
[238] L. Timmerman, 'De dubbelrol in het (vennootschaps)recht', in: *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, IvO-serie deel 16, Deventer: Kluwer 1993, p. 6-7, p. 106-107; P.J. Dortmond, 'Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IvO-serie deel 24, Deventer: Kluwer 1995, p. 20-21; M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008-6770, p. 734-736.

Hoofdstuk 6. Deelonderzoek I: conclusies en aanbevelingen

6.1 Inleiding

In deelonderzoek I staan drie onderdelen van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv centraal. Het accent ligt op de evaluatie van de nieuwe wettelijke regeling voor het monistische bestuursmodel bij een NV of BV. De relevante wetsartikelen in dit verband zijn: art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW. De centrale vraag luidt: hoe is de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk en worden de in de wetstheorie beoogde doelstellingen bereikt?

Naast het monistische bestuursmodel is in deelonderzoek I aandacht besteed aan een tweetal andere belangrijke wijzigingen die de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft bewerkstelligd. Deze zijn relevant voor alle BV's en NV's, ongeacht het door deze rechtspersonen gehanteerde bestuursmodel, en behelzen:

(i) een gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid;

(ii) een nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW.

De centrale vraag luidt hier: hoe is de toepassing van deze wetsartikelen in de jurisprudentie geweest gedurende de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016? Zijn er knelpunten in de praktijk?

Hierna worden per onderdeel de belangrijkste conclusies en aanbevelingen weergegeven.[239]

6.2 Het monistische bestuursmodel in de praktijk (onderzoeksvragen 1-9)

6.2.1 Zijn de doelen behaald die met de wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werden beoogd? (onderzoeksvragen 1 en 7)

Met de regeling van het monistisch model in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv werd beoogd:
(i) het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen;
(ii) het vergroten van de rechtszekerheid door vastlegging in de wet van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders die deel uitmaken van een monistisch bestuur.

[239] Deze vormen een herhaling van de aan het slot van de hoofdstukken 3 tot en met 5 opgenomen conclusies en aanbevelingen.

Uit het verrichte evaluatieonderzoek blijkt dat het onder (i) omschreven doel is gerealiseerd. Het monistische bestuursmodel voorziet blijkens data van de KvK in maart 2017 bij 443 uiteenlopende vennootschappen in een behoefte, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's (par. 3.2.2). Ruim de helft van deze vennootschappen (56,7%) bestond al voor het moment van inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv, terwijl de overige vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 zijn opgericht. Onder de monistische vennootschappen bevinden zich grote, middelgrote, kleine en microvennootschappen. Ook een viertal structuurvennootschappen heeft geopteerd voor een one-tier board. De data van de KvK vermelden bij 328 vennootschappen een concernrelatie. Voorts worden de aandelen van 144 monistische vennootschappen gehouden door één aandeelhouder.
Voorts volgt uit data verstrekt door Eumedion dat het monistische bestuursmodel een zekere populariteit geniet bij beursvennootschappen: in juli 2017 waren 44 Nederlandse beursvennootschappen - dat is ruim 26% van het totale aantal beursvennootschappen – uitgerust met een monistisch bestuursmodel.
Variëteit is er niet alleen wat betreft bedrijfsomvang en type aandeelhouder (belegger, PE-aandeelhouder, familieaandeelhouder, enig aandeelhouder), maar ook wat betreft de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten. Overigens hebben 194 monistische vennootschappen (ruim 43%) een SBI-code die erop duidt dat het financiële holdings betreft.

Het monistische bestuursmodel komt in internationale ondernemingsverhoudingen tegemoet aan wensen van buitenlandse aandeelhouders en bestuurders alsmede private equity-investeerders. In nationale ondernemingsverhoudingen wordt het monistische bestuursmodel onder meer ingezet door familievennootschappen om leden van de familie/grootaandeelhouders als niet-uitvoerende bestuurder nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken. Ook hieruit blijkt dat het monistische bestuursmodel de bruikbaarheid van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen heeft vergroot.

De onderzoekers wijzen erop dat de keuze voor een monistisch bestuursmodel in beginsel niet openstaat voor banken en verzekeraars, omdat art. 3:19 lid 1 Wft vereist dat zij een RvC instellen. In dit verband geven de onderzoekers in overweging de keuze voor het monistische bestuursmodel ook aan banken en verzekeraars te bieden. Er zijn volgens hen geen redenen om deze keuze aan banken en verzekeraars te onthouden (par. 3.5.2.4).

Voor wat betreft de onder (ii) omschreven doelstelling menen de onderzoekers dat in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat door het bieden van een wettelijk kader voor de taakverdeling tussen uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders en de

wettelijke vastlegging van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders, de rechtszekerheid wordt vergroot.

6.2.2 De werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk, aantal monistische NV's en BV's, neveneffecten (onderzoeksvragen 4, 5 en 8)

Blijkens data van de KvK voorziet het monistische bestuursmodel in maart 2017 bij 443 uiteenlopende vennootschappen in een behoefte, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's.

Uit de KvK-data en de in het kader van dit evaluatieonderzoek gehouden interviews blijkt dat hét one-tier model niet bestaat. De wetgever heeft vennootschappen een ruime mate van vrijheid gegeven bij de inrichting van het monistische bestuursmodel.
Voor wat betreft de taakverdeling tussen de uitvoerende bestuurders (hierna ook: ub's) en de niet-uitvoerende bestuurders (hierna ook: nub's) heeft de wetgever de inrichtingsvrijheid slechts begrensd door dwingendrechtelijk voor te schrijven dat:
(i) de niet-uitvoerende bestuurder(s) toezicht moet(en) houden op de taakuitoefening door de bestuurders,
(ii) de bestuursvoorzitter een niet-uitvoerende bestuurder moet zijn,
(iii) het doen van benoemingsvoordrachten ter zake van bestuurders niet mag worden opgedragen aan de uitvoerende bestuurder(s) en
(iv) uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.
Er zijn geen wettelijke voorschriften opgenomen inzake het aantal ub's versus het aantal nub's, het toekennen van meervoudig stemrecht aan ub's en nub's, het staken van stemmen in het bestuur, het voor bestuursbesluiten vereiste quorum en stemmenmeerderheid etc.

Om een beeld te krijgen van de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk is een aantal 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel bevraagd over de keuze voor het monistische bestuursmodel alsmede de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap. Ook is gevraagd naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neveneffecten). Er zijn in totaal negen interviews afgenomen met personen die als uitvoerend bestuurder, niet-uitvoerend bestuurder of general counsel verbonden zijn aan beursvennootschappen, vennootschappen met één of meer private equity investeerders en familievennootschappen.
Het aantal gehouden interviews is onvoldoende om daaruit statistisch onderbouwde conclusies te trekken; zij geven een impressie van de wijze waarop het monistische bestuursmodel is ingericht en functioneert in de desbetreffende vennootschappen alsmede van de ervaringen die deze gebruikers met dit bestuursmodel hebben opgedaan.

In par. 3.3 is een integraal verslag van de uit de interviews blijkende bevindingen opgenomen. Bij de geïnterviewde vennootschappen was opvallend dat de

inrichtingsvrijheid met name was aangewend om de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur te verstevigen. Een andere gemene deler was dat besluiten tijdens bestuursvergaderingen op basis van consensus tot stand kwamen. Slechts bij één vennootschap kwam het incidenteel voor dat het bestuur een meerderheidsbesluit nam. Bij geen enkele vennootschap was sprake van blokvorming van ub's versus nub's.
Voorts kwam uit de interviews naar voren dat het voordeel van het monistische bestuursmodel in de praktijk met name is gelegen in de geïnformeerde en betrokken positie van de nub's. Bij een aantal vennootschappen werd ook het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur als voordeel ervaren.
De geïnterviewde vennootschappen zijn bij de introductie van de one-tier board en/of later niet met onverwachte neveneffecten geconfronteerd. Ook heeft de invoering van een one-tier board volgens de geïnterviewde personen niet geleid tot een verhoging van de premie voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van (i) de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen en/of (ii) de uitvoerende bestuurders.
Van belang is dat geen van de geïnterviewde personen suggesties had ter verbetering c.q. aanvulling van de regeling van het monistische bestuursmodel. De wettelijke regeling van het monistische model werd door hen als toereikend ervaren.
De geïnterviewde beursvennootschappen lieten expliciet weten geen noodzaak te zien voor een aparte Corporate Governance Code voor beursvennootschappen met een one-tier board. Zij onderschreven de zienswijze van de Monitoring Commissie Corporate Governance Code van één code voor alle beursvennootschappen ongeacht het gekozen bestuursmodel. Ook de onderzoekers zien geen noodzaak om voor het monistische bestuursmodel en het dualistische bestuursmodel in afzonderlijke codes te voorzien. Wel zou - gelet ook op het percentage beursvennootschappen dat een monistisch bestuursmodel hanteert - in de (toelichting op de) Code meer aandacht aan de one-tier board kunnen worden besteed.

6.2.3 Werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk zoals beoogd volgens de wetstheorie? (onderzoeksvragen 1-3, 6 en 9)

Tijdens de parlementaire geschiedenis van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv zijn verschillende veronderstellingen gedaan over de werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk. In onderhavig evaluatieonderzoek is nagegaan of het monistische bestuursmodel in de praktijk werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Naast de data verkregen via de KvK en de interviews, zijn hierbij ook de rechtspraak, de rechtswetenschappelijke literatuur en informatie uit media en praktijk betrokken.

De onderzoekers concluderen dat het monistische bestuursmodel in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie:
(i) het monistische bestuursmodel voorziet in de praktijk in een behoefte en vergroot de bruikbaarheid van de NV en de BV (zie par. 3.5.2.1);

(ii) het monistische bestuursmodel voorziet in een - zij het kleine - behoefte bij structuurvennootschappen (zie par. 3.5.2.2);
(iii) vennootschappen hebben het dualistische bestuursmodel niet integraal vervangen door een monistisch bestuursmodel (zie par. 3.5.2.3);
(iv) in de praktijk speelt bij de keuze voor het monistische bestuursmodel een rol het aantrekken van buitenlandse aandeelhouders (zie par. 3.5.2.4);
(v) de besluitvormingsfaciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk (zie par. 3.5.3.2);
(vi) bij de geïnterviewde vennootschappen kwam van de in de wetstheorie vermelde mogelijke voordelen van het monistische bestuursmodel met name de geïnformeerde en betrokken positie van de niet-uitvoerende bestuurders naar voren en ook - zij het in mindere mate - het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur (zie par. 3.5.4);
(vii) bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat er in monistische vennootschappen geen evenwichtige belangenafweging zou plaatsvinden (zie par. 3.4 en par. 3.8).

Voor wat betreft de samenstelling en het functioneren van het bestuur hebben de onderzoekers geconstateerd dat het monistische bestuursmodel in de praktijk op enkele punten niet werkt zoals beoogd in de wetstheorie:
(i) blijkens KvK-data overtreft bij 49% van de vennootschappen het aantal nub's niet het aantal ub's (par. 3.5.3.1);
(ii) bij in ieder geval vijf Nederlandse beursvennootschappen is de praktijk gesignaleerd waarin naast een formele niet-uitvoerende voorzitter in de betekenis van de wet, een uitvoerende bestuurder/voorzitter functioneert (par. 3.5.3.3);
(iii) bij geen van de geïnterviewde vennootschappen fungeerde de bestuursvoorzitter als het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten (par. 3.5.3.4).

Er bestaat naar de mening van de onderzoekers geen noodzaak voor de wetgever om ten aanzien van deze punten te voorzien in aanvullende regelgeving:.
Ad (i): Voor wat betreft de getalsmatige verhouding nub's/ub's wijzen de onderzoekers erop dat bij beursgenoteerde vennootschappen en structuurvennootschappen het monistische bestuursmodel op dit punt wel werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Bij meer dan 90% van de monistische beursvennootschappen overtreft het aantal nub's het aantal ub's (zie par. 3.2.6.3). Bij de categorie structuurvennootschappen die wettelijk verplicht zijn om in toezicht te voorzien, is bij alle monistische structuurvennootschappen sprake van een groter aantal nub's dan ub's.
Uit het voorgaande volgt dat de vennootschappen waar de nub's getalsmatig niet in de meerderheid zijn, met name middelgrote, kleine en microvennootschappen betreffen. Deze vennootschappen hebben op 'vrijwillige' basis voorzien in toezicht door te opteren

voor een monistisch bestuursmodel. Ook hangt de invloed die de nub's in het bestuur hebben niet alleen af van de omstandigheid of zij ten opzichte van de ub's getalsmatig in de meerderheid zijn. De (beïnvloedings)positie van nub's wordt bepaald door meer factoren. Een belangrijke factor is de statutaire inrichting van de besluitvorming door het monistische bestuur: is er een meervoudig stemrecht toegekend aan ub's of nub's, heeft een ub of nub een doorslaggevende stem indien de stemmen in de bestuursvergadering staken, is er een instemmingsrecht aan ub's of nub's toegekend?
Is er bijvoorbeeld in de statuten van de vennootschap aan de ub's een meervoudig stemrecht toegekend dan kan het zijn dat zij hierdoor de nub's bij het nemen van bestuursbesluiten kunnen *overrulen*, ook al zijn de nub's getalsmatig in de meerderheid. Ook de spiegelbeeldige situatie kan zich voordoen. Aan de nub's is statutair een meervoudig stemrecht toegekend waardoor zij de ub's kunnen overrulen, ook al zijn er minder nub's dan ub's. Opvallend was dat de statuten van acht geïnterviewde vennootschappen uiteenlopende voorzieningen bevatten die de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur verstevigen (par. 3.3.5.2).
Bij twee geïnterviewde middelgrote vennootschappen waar de nub's getalsmatig in de minderheid zijn respectievelijk waar sprake is van een gelijk aantal ub's/nub's is, was de positie van de nub's door diverse statutaire voorzieningen verstevigd.
Gelet op de omstandigheid dat er slechts negen vennootschappen zijn geïnterviewd, kunnen hieruit geen algemene conclusies worden getrokken.
Wel laat het voorgaande zien dat de beïnvloedingspositie van de nub's in het bestuur in de praktijk door een veelheid van factoren wordt bepaald. Zou men de positie van de nub's wettelijk nader willen reguleren - waartoe de onderzoekers geen noodzaak zien - dan zou men naast de getalsmatige verhouding nub's/ub's ook regels moeten opnemen over meervoudig stemrecht, staken van stemmen etc.
Ook wijzen de onderzoekers erop dat de nub's sinds 1 januari 2013 bevoegd zijn om bij de Ondernemingskamer een enquêteverzoek in te dienen naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon (art. 2:346 lid 2 jo lid 1 onder d BW). Bij het uitoefenen van de toezichthoudende taak door de nub's kan de aan hen toekomende enquêtebevoegdheid een ondersteunende rol bieden. Nub's die menen dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, maar niet in de positie zijn om hierin verandering te brengen kunnen de hulp inroepen van de Ondernemingskamer.

Ad (ii): Voor wat betreft de in de literatuur bij enkele Nederlandse beursvennootschappen gesignaleerde praktijk waarin naast een niet-uitvoerende voorzitter die formeel als voorzitter van het bestuur optreedt, een uitvoerende voorzitter functioneert, doen de onderzoekers de aanbeveling de door de wetgever in 2013 gemaakte keuze dat slechts een niet-uitvoerende bestuurder de voorzittersrol kan vervullen, te handhaven. Zij menen dat de destijds in de wetstheorie gegeven motivering nog steeds opgeld doet en zien in de door enkele beursvennootschappen ontwikkelde praktijk geen reden tot wetswijziging.

Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling dat de wetgever in art. 2:129a/2:239a BW verduidelijkt dat het bestuursorgaan *uit zijn midden* een niet-uitvoerende voorzitter kiest. De huidige formulering van de wetsbepaling geeft namelijk ruimte voor de onjuiste uitleg dat het voorzitterschap van het bestuur ook opgedragen kan worden aan een derde/niet-bestuurder.

Ad (iii): Bij geen van de geïnterviewde vennootschappen fungeerde de bestuursvoorzitter als het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten. De onderzoekers zien hierin geen probleem. In de praktijk kunnen er goede redenen zijn dat de CEO en/of de CFO het belangrijkste aanspreekpunt is voor aandeelhouders en andere, externe contacten.

Tot slot een tweetal aanbevelingen voor notarissen die betrokken zijn bij het opstellen van de statuten van een monistische vennootschap. Ten eerste dient de toezichthoudende taak van de nub's in de statuten niet te worden beperkt tot het toezicht houden op de taakuitoefening door de ub's. Uit de bewoordingen van art. 2:129a/2:239a lid 1 BW en de parlementaire geschiedenis blijkt dat nub's toezicht dienen te houden op de taakuitoefening door alle bestuurders, dus zowel ub's als nub's.
Ten tweede dient indien de vennootschap aan de niet-uitvoerende bestuurders geen individuele vertegenwoordigingsbevoegdheid wenst te doen toekomen, dit ondubbelzinnig uit de statuten te blijken. Is dat niet het geval dan is iedere niet-uitvoerende bestuurder ingevolge art. 2:130/2:240 lid 2 BW individueel bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen.

Afrondend plaatsen de onderzoekers nog enkele opmerkingen bij de veronderstelling van de wetgever dat de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel voldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht (par. 3.5.3.6). Bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat de nieuwe regelgeving onvoldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht in het monistische bestuursmodel. Wel merken de onderzoekers op dat de wetgever vennootschappen een ruime mate van vrijheid heeft gegeven bij de inrichting van het monistische bestuursmodel. Of in de praktijk een goede balans tussen bestuur en toezicht bestaat, is vooral afhankelijk van de wijze waarop de vennootschap in concreto het monistische bestuursmodel vorm geeft, de personen die de functie van ub en nub bekleden en de wijze waarop zij hun functie vervullen.
Voorts wijzen de onderzoekers erop dat de nub's bij het uitoefenen van de toezichthoudende taak zo nodig de aan hen toekomende enquêtebevoegdheid kunnen inzetten.

6.3 De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk (onderzoeksvraag 10)

De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel voor de NV en de BV vormde de aanleiding om art. 2:9 BW opnieuw te redigeren. In art. 2:9 lid 1 (nieuw) BW is bepaald dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Een taakverdeling laat onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de 'algemene gang van zaken' (art. 2:9 lid 2 BW). Een individuele bestuurder dient voor een geslaagd disculpatieberoep aan te tonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.
Uit de wetstheorie volgt dat met het nieuwe art. 2:9 BW beoogd is aan te sluiten bij de jurisprudentie op de voet van art. 2:9 (oud) BW. Met art. 2:9 (nieuw) BW is met andere woorden geen koerswijziging inzake de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder beoogd.
Uit het onderzoek inzake de toepassing van de nieuwe regeling van art. 2:9 BW in de rechtspraak gedurende de periode van 1 januari 2013 tot en met 31 december 2016 blijkt dat er sprake is van een betrekkelijk geruisloze overgang van art. 2:9 (oud) BW naar art. 2:9 (nieuw) BW. De materiële toepassing door de rechter van het nieuwe art. 2:9 BW lijkt niet te verschillen van die van art. 2:9 (oud) BW. In de vier uitspraken waarin de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen waren gedragingen van bestuurders in het geding die ook onder het oude recht ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur opleverden.
Wel blijkt uit voormeld rechtspraakonderzoek dat rechterlijke instanties geen eenduidige aanpak kennen wat betreft de toepassing van (i) het overgangsrecht en (ii) de klachtplicht van art. 6:89 BW. De onderzoekers merken hierover het volgende op:

Ad (i): De problematiek van het overgangsrecht moet worden gerelativeerd. Blijkens de parlementaire geschiedenis is met art. 2:9 (nieuw) BW immers geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW beoogd. Voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders lijkt het derhalve niet uit te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast. Het verrichte rechtspraakonderzoek bevestigt dit.

Ad (ii): De onzekerheid over het al dan niet van toepassing zijn van de klachtplicht op art. 2:9 BW speelde ook al onder art. 2:9 (oud). Het wegnemen van onzekerheid op dit punt is volgens de onderzoekers gewenst, gelet op de directe betekenis van de klachtplicht voor de uitkomst van de tegen de bestuurder op grond van art. 2:9 BW ingestelde aansprakelijkheidsvordering. De onderzoekers menen dat er goede argumenten zijn om de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing te doen zijn op art. 2:9 BW (par. 4.3). Zij doen in dit verband de aanbeveling aan de wetgever hierover duidelijkheid te

verschaffen. De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen waarin een regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid is opgenomen in art. 2:9b BW, biedt een mogelijkheid hiertoe.

Over het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW, waarin is geëxpliciteerd dat een taakverdeling onverlet laat dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken, merken de onderzoekers het volgende op. Behoort een kwestie tot 'de algemene gang van zaken' dan gaat een op taakverdeling gebaseerd disculpatieverweer van een individuele bestuurder niet op. Voor bestuurders is derhalve van belang te weten wat onder 'de algemene gang van zaken' valt. In de parlementaire geschiedenis is dit niet aangegeven. In de literatuur is herhaaldelijk naar voren gebracht dat niet duidelijk is wat onder 'de algemene gang van zaken' dient te worden verstaan.
In eerste instantie is het aan de (bestuurders van de) vennootschap om te bepalen wat hieronder moet worden begrepen. Bij een tweetal geïnterviewde vennootschappen was in de statuten een nadere invulling van het begrip opgenomen (par. 3.3.5.2). In de statuten van deze vennootschappen was geëxpliciteerd dat onder de verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en de met haar verbonden onderneming *in ieder geval* zijn begrepen de strategie van de vennootschap, financiën en risicomanagement.
Uiteindelijk is het aan de rechter om in het kader van een art. 2:9 BW-aansprakelijkheidsprocedure te beoordelen of de kwestie al dan niet onder 'de algemene gang van zaken' valt. In de onderzochte procedures is de inhoud van het begrip 'de algemene gang van zaken' niet aan de orde geweest. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat in deze procedures steeds concrete gedragingen van bestuurders ten grondslag lagen aan de vordering op de voet van art. 2:9 BW.

De onderzoekers realiseren zich dat het lastig c.q. onwenselijk is om in een wettelijk vastomlijnde invulling van het begrip 'de algemene gang van zaken' te voorzien. Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling dat enige *guidance* wordt gegeven door aan te geven dat onder dit begrip *ten minste* dienen te worden begrepen het strategische beleid, het financiële beleid en het risicobeleid. De parlementaire behandeling van het eerder genoemde wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, biedt een mogelijkheid hiertoe.

6.4 De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk (onderzoeksvraag 11)

6.4.1 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraak

De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werd door de wetgever bij uitstek als de gelegenheid gezien om de tegenstrijdig belangregeling te heroverwegen, omdat zij raakt aan de verhouding tussen de bestuurder, het bestuur en de RvC. Er is voor gekozen de

vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW te vervangen door de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW, omdat het tegenstrijdig belang van bestuurders een gedragsnorm betreft die allereerst de besluitvorming door het bestuur raakt. Voorts is het tegenstrijdig belang van commissarissen gereguleerd in het nieuwe art. 2:140/2:250 lid 5 BW.
In de parlementaire geschiedenis werd als voordeel van de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW genoemd dat de rechtszekerheid wordt gediend. Derden worden niet geconfronteerd met de aantastbaarheid van een transactie die zij met de vennootschap zijn aangegaan vanwege een kwestie - het tegenstrijdig belang van een bestuurder - die primair de interne verhoudingen in de vennootschap raakt.
Blijkens de rechtspraak van vóór 1 januari 2013 werd geregeld door vennootschappen een beroep gedaan op art. 2:256 (oud) BW. De wettelijke regeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW gaf bovendien tot tal van rechtsvragen aanleiding die onderwerp vormden van talrijke rechterlijke procedures die meer dan eens tot aan de Hoge Raad werden gevoerd.[240]

Uit onderhavig evaluatieonderzoek naar de toepassing in de rechtspraak van het nieuwe art. 2:129/2:239 lid 6 BW c.q. art. 2:140/2:250 lid 5 BW in de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016, komt slechts één uitspraak van een rechtbank naar voren waarin beroep werd gedaan op de nietigheid/vernietiging van bestuursbesluiten vanwege niet-naleving van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling van art. 2:239 lid 6 BW (par. 5.1.2). De meest voor de hand liggende verklaring voor deze schaarse toepassing is volgens de onderzoekers dat art. 2:129/2:239 lid 6 BW - anders dan de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW - een interne besluitvormingsregeling is die de door het bestuur/bestuurder(s) verrichte vertegenwoordigingshandeling in tact laat. De vennootschap blijft in beginsel gebonden aan de rechtshandeling. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de nieuwe regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW de door de wetgever beoogde rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert.
De onderzoekers plaatsen hierbij de kanttekening dat een beroep op art. 2:129/2:239 lid 6 BW wel gevolgen kan hebben voor de geldigheid van door de vennootschap verrichte rechtshandelingen in geval van (in)direct extern werkende bestuursbesluiten. Een direct extern werkend bestuursbesluit is een besluit met een vertegenwoordigingsaspect omdat het rechtstreeks is gericht tot de wederpartij. Een voorbeeld hiervan is het bestuursbesluit tot het doen van een aanbod tot verkoop van een bepaald aan de vennootschap behorend goed aan de wederpartij. Wordt een dergelijk bestuursbesluit aangetast, dan vervalt ook het aanbod. Van een indirect extern werkend bestuursbesluit is sprake indien het besluit vereist is voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de uitgifte van aandelen waarvoor de

[240] Zie onder meer: HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 (*Mediasafe II*); HR 9 juli 2004, JOR 2004/266 (*Duplicado*); HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570 (*ABN AMRO/Dijkema q.q.*); HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420 (*Bruil*); HR 21 maart 2008, JOR 2008/124 (*Nieuwe Steen Investments*); HR 9 oktober 2009, NJ 2009, 596 (*Bovast*); HR 14 oktober 2011, NJ 2012, 110 (*M.E. Beheer*).

wetgever in art. 2:96/2:206 BW een besluit van de AV of een ander daartoe aangewezen vennootschapsorgaan verlangt.
De onderzoekers verwachten dat op de niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW vooral in de hiervoor omschreven situaties een beroep wordt gedaan en tot rechtszaken aanleiding zal geven. De in par. 5.1.2 genoemde rechtszaak inzake het Slotervaart Ziekenhuis is hiervoor exemplarisch.

6.4.2 Toepassing art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de rechtspraktijk; gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten

Hoewel voorop staat dat de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW bijdraagt aan de rechtszekerheid in het handelsverkeer, moet ook onderkend worden dat in de vakliteratuur een aantal aandachtspunten/knelpunten (par. 5.2) is gesignaleerd bij de toepassing ervan in de rechtspraktijk. Deze betreffen onder meer:

(i) het ontbreken van een wettelijke definitie van het begrip tegenstrijdig belang, waardoor onzeker is of de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW moet worden toegepast (punt 1).

(ii) de onzekere verhouding van de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW met:
- een statutaire beletregeling (punt 9);
- de wettelijke goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur ex art. 2:216 lid 2 BW (punt 10)[241];
- de wettelijke delegatiemogelijkheid van art. 2:129a /2:239a lid 3 BW (punt 13).

(iii) het ontbreken van een nadere wettelijke regeling inzake melding van het tegenstrijdig belang (punt 3).

(iv) het statutair terzijdestellen door vennootschappen van de escalatieregel van art. 2:129/2:239 lid 6 (slotzin) BW waardoor het geconflicteerde bestuur beslissingsbevoegd blijft (punt 5).

De regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW veroorzaakt met name door de onder (i) en (ii) genoemde punten rechtsonzekerheid voor de bij de vennootschap institutioneel betrokkenen, zoals bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. In de praktijk wordt deze onzekerheid soms ondervangen door voor twee ankers te gaan liggen en twee mogelijk bevoegde organen het besluit te laten nemen. Dit zal echter niet altijd het geval zijn. Indien het bestuursbesluit dan vanwege een onjuiste toepassing van art. 2:129/2:239 lid 6 BW nietig blijkt te zijn of in rechte wordt vernietigd, kan dit ertoe leiden dat achteraf

[241] Dit knelpunt speelt alleen bij de BV.

blijkt dat een uitgifte van aandelen of een uitkering aan de aandeelhouders niet is gerealiseerd (zie par. 5.1.3).[242]

6.4.3 Beoordeling gesignaleerde aandachtspunten/knelpunten

Hiervoor is gebleken dat de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW behalve het beoogde effect van het bevorderen van rechtszekerheid in het handelsverkeer ook een neveneffect heeft: zij veroorzaakt op haar beurt enige onzekerheid bij degenen die bij de vennootschap institutioneel betrokken zijn, zoals bestuurders en aandeelhouders. De onderzoekers concluderen dat deze onzekerheid niet geheel kan worden weggenomen omdat de vraag of er *in concreto* sprake was van een tegenstrijdig belang uiteindelijk altijd ex post door de rechter dient te worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden van het geval. De onderzoekers wijzen er in dit verband op dat de wetgever met de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW ook niet heeft beoogd dat de rechter er niet meer aan te pas zou komen. Voorts wijzen de onderzoekers erop dat het lastig c.q. onwenselijk is om in een wettelijk vastomlijnde invulling van het begrip 'tegenstrijdig belang' te voorzien. Het gevaar van een vastomlijnde omschrijving is dat zij enerzijds te ruim uitpakt doordat bepaalde handelingen eronder vallen die in concreto geen tegenstrijdig belang opleveren en anderzijds te beperkt is doordat met bepaalde tegenstrijdig belang-situaties geen rekening is gehouden.

Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling om de in par. 5.3.2 onder (ii) bedoelde onzekerheid voor wat betreft de verhouding van art. 2:129/2:239 lid 6 BW met een statutaire beletregeling, de wettelijke goedkeuringsregeling van art. 2:216 lid 2 BW en de wettelijke delegatiemogelijkheid van art. 2:129a /2:239a lid 3 BW weg te nemen. In de rechtspraak of door de wetgever kan hieromtrent duidelijkheid worden verschaft. Duidelijkheid kan ook worden geboden doordat tijdens de parlementaire behandeling van de in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen voorgestelde regelingen (zie concept-art. 2:9 en art. 2:9a) hieraan aandacht wordt besteed.

Ten aanzien van het in par. 5.3.2 onder (iii) bedoelde punt dat een nadere wettelijke regeling inzake melding van tegenstrijdig belang ontbreekt, verdient het naar de mening van de onderzoekers aanbeveling om in de statuten van de rechtspersoon een meldingsregeling op te nemen zodat duidelijk is *aan wie* de bestuurder die mogelijk behept is met een tegenstrijdig belang dit moet melden en *door wie* (ex ante) wordt vastgesteld of er in een concreet geval van een tegenstrijdig belang sprake is.

Bij het onder (iv) bedoelde punt dat de escalatieregel van art. 2:129/2:239 lid 6 (slotzin) BW in de praktijk veelal terzijde wordt gesteld waardoor het geconflicteerde bestuur beslissingsbevoegd blijft en de wettelijke regeling van tegenstrijdig belang bijgevolg geen normerende werking heeft, plaatsen de onderzoekers twee opmerkingen. De eerste is

[242] Voor bestuurders levert niet-naleving van art. 2:129/2:239 lid 6 BW bovendien onbehoorlijke taakvervulling op in de zin van art. 2:9 BW. Nu een wettelijke regeling wordt geschonden die beoogt de vennootschap te beschermen wordt een ernstig verwijt vermoed.

dat normering in dat geval nog wel plaatsvindt via het aansprakelijkheidsrecht. De geconflicteerde bestuurders die onder invloed van het tegenstrijdig belang nadelige bestuursbesluiten voor de vennootschap nemen en uitvoeren lopen het risico aansprakelijk te worden gesteld door de vennootschap voor de schade die haar is toegebracht door de tegenstrijdig belanghandeling.
Ten tweede merken de onderzoekers op dat het oplossen van dit punt een vergaande wijziging in de vormgeving van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling vergt. Deze zou moeten worden ingericht als een goedkeuringsregeling waarbij in geval van tegenstrijdig belang het bestuursbesluit onderworpen is aan goedkeuring door de RvC of - als een RvC ontbreekt - de AV.[243] Ruim voor de totstandkoming van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is deze oplossing in de literatuur door verschillende schrijvers naar voren gebracht.[244] De wetgever heeft hieraan in 2013 geen gehoor gegeven en ervoor gekozen om het tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen van NV's en BV's te reguleren via de in art. 2:129/2:239 lid 6 BW opgenomen besluitvormingsregeling. De rechtspraktijk is hierop thans ingericht. Bij deze stand van zaken lijkt de keuze voor een wettelijke goedkeuringsregeling thans een gepasseerd station te zijn en verdient het naar de mening van de onderzoekers aanbeveling om het in 2013 gekozen spoor te blijven volgen.

[243] Voor beursvennootschappen zou in een bijzondere regeling kunnen worden voorzien.
[244] L. Timmerman, 'De dubbelrol in het (vennootschaps)recht', in: De dubbelrol in het vennootschapsrecht, IvO-serie deel 16, Deventer: Kluwer 1993, p. 6-7, p. 106-107; P.J. Dortmond, 'Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', in: Knelpunten in de vennootschapswetgeving, IvO-serie deel 24, Deventer: Kluwer 1995, p. 20-21; M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008-6770, p. 734-7365

Bijlage 1: Verzoek om informatie aan Kamer van Koophandel d.d. 15 december 2016 in het kader van het WODC-onderzoek Evaluatie Wet bestuur en toezicht

Deelonderzoek I: Monistisch bestuursmodel

Inleidende opmerking

Op een eerder door ons gedaan verzoek heeft de KvK op 1 november 2016 informatie verstrekt over:

i) het aantal NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel;

ii) namen en adressen van deze NV's en BV's;

iii) de oprichtingsdatum van deze NV's en BV's;

iv) de SBI-code van deze NV's en BV's.

Op het door de KvK op 1 november 2016 verstrekte overzicht van 414 NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel ontbraken een paar NV's die wel een monistisch bestuursmodel kennen.

Navraag bij de KvK leerde dat een verklaring zou kunnen zijn dat dit vennootschappen zijn die al voor de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht gekozen hadden voor een monistisch bestuursmodel. Destijds kon de KvK de functionarissen niet inschrijven als uitvoerend bestuurders respectievelijk niet uitvoerend bestuurders, maar werd op een andere wijze de hoedanigheid van de bestuurders aangegeven. Kennelijk hebben deze vennootschappen na de wetswijziging van 1 januari 2013 niet aan de KvK gevraagd om de bestuurders te registreren als uitvoerend bestuurders respectievelijk niet uitvoerend bestuurders. Via de functionarissenbestanden is echter wel een indicatie te ontvangen om welke vennootschappen het zou gaan. Daar staan onder andere vennootschappen in die wel een monistisch bestuursmodel lijken te hebben maar niet opduiken in de oorspronkelijke selectie.

Om nu een compleet overzicht te krijgen hebben we het volgende nodig:

Data

I. Van alle **NV's en BV's** met een **monistisch bestuursmodel** zouden we graag de volgende informatie ontvangen:

i) het aantal NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel;

ii) namen en adressen van deze NV's en BV's;

iii) de oprichtingsdatum van deze NV's en BV's;

iv) de SBI-code van deze NV's en BV's;

v) aantal uitvoerende bestuurders en aantal niet-uitvoerende bestuurders van deze NV's en BV's;

vi) aantal werknemers van deze NV's en BV's;

vii) Of deze NV's en BV's volgens de jaarrekeningcriteria kwalificeren als micro, klein, middelgroot of groot;

viii) Of deze NV's en BV's kwalificeren als structuurvennootschap;

ix) Of deze NV's en BV's een enig aandeelhouder kennen, en zo ja, of deze enig aandeelhouder een natuurlijk persoon of een rechtspersoon is;

x) Of deze NV's en BV's deel uitmaken van een groep (concernrelaties);

xi) Welke van deze NV's en BV's al voor de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 een monistisch bestuursmodel kenden.

II. Van alle **SE's** met een **monistisch bestuursmodel** zouden we graag de hiervoor onder I. i)-x) bedoelde informatie ontvangen.

III. Gezien het feit dat niet alle NV's en BV's correct geregistreerd staan, is het van belang ook de lijst te hebben met bedrijven waaruit blijkt welke vennootschappen wel een monistische bestuursstructuur lijken te hebben, maar die niet in de voorgaande selectie voorkomen (zoals hiervoor beschreven).

Deelonderzoek II: cumulatieregeling en deelonderzoek III: quotumregeling

Organisatiebestand

1. Graag inzicht in de aantallen en namen van **NV's, SE's, BV's, stichtingen, coöperaties, SCE's, onderlinge waarborgmaatschappijen en formele verenigingen** met de kwalificatie **groot**.

Van elk van deze entiteiten willen we graag het volgende weten:

a. Naam, adres, vestigingsplaats
b. Rechtsvorm
c. Classificatie: in dit geval "groot"
d. Waarde activa
e. Netto-omzet
f. Aantal werknemers
g. SBI-code

Uitleg: De cumulatieregeling is van toepassing op grote NV's, SE's, BV's en stichtingen. Met 'groot' wordt gedoeld op de jaarrekeningcriteria. Het verzoek betreft die entiteiten die gedurende ten minste twee boekjaren aan twee van de volgende drie criteria hebben voldaan:

(i) de waarde van de activa bedraagt € 20.000.000 of meer;

(ii) de netto-omzet (bij een stichting: bedrijfsopbrengsten of baten) bedraagt € 40.000.000 of meer;

(iii) het gemiddeld aantal werknemers bedraagt 250 of meer.

Door het verkrijgen van de data voor de overige grote rechtspersonen kan worden beoordeeld welke consequenties een uitbreiding van de regeling heeft.

Functionarissenbestand

2. Graag inzicht in de functionarissen die verbonden zijn aan de onder 1. genoemde grote rechtspersonen.

Het betreft posities als bestuurder, uitgesplitst in uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurder, en posities als commissaris of toezichthouder.

3. Van de gevonden functionarissen graag de volgende gegevens vermelden:

- Unieke individuele identificatiecode of achternaam

- Voornaam (uitgeschreven om geslacht te bepalen indien dit niet aangeleverd kan worden; anders kan worden volstaan met voorletters)

- Geslacht

- Geboortedatum

- Datum intreding

Twee verschillende peildata

4. Van cruciaal belang is om de gegevens van de huidige situatie te krijgen (bijvoorbeeld ergens in januari 2017). Aanvullend zou het mooi zijn om ook de gegevens van 1 januari 2012 te krijgen.

Uitleg: Met de verstrekte aanvullende informatie kan worden beoordeeld of de cumulatieregeling die op 1 januari 2013 in werking is getreden enig effect heeft gehad in het terugdringen van 'overboarding'.

Deelonderzoeken I en II

Graag inzicht in de aantallen van alle rechtspersonen afzonderlijk (NV's, SE's, BV's, stichtingen, coöperaties, SCE's, onderlinge waarborgmaatschappijen en formele verenigingen) per peildatum in januari 2017.

Uitleg: Met deze informatie kan worden bepaald welk percentage van de NV's, SE's en BV's een one-tier board heeft (deelonderzoek I), en welk percentage van de NV's, SE's, BV's, stichtingen, coöperaties, SCE's, onderlinge waarborgmaatschappijen en formele verenigingen het predicaat groot heeft (deelonderzoek II).

Bijlage 2: Vragenlijst voor interviews vennootschappen met een monistisch bestuursmodel

Doel: evaluatie monistische bestuursmodel

A. Inleiding

Inleiding gesprek

1. Voorstellen interviewer(s), waarom en hoe van het interview.
2. Geheimhouding: de data worden anoniem binnen de RUG geanalyseerd en verwerkt. Zij worden niet gedeeld met andere niet tot de onderzoeksgroep behorende personen.
3. Het verzoek is het interview te tapen i.v.m. een nauwkeurige verwerking. In principe worden geen quotes gebruikt. Als deze wel in het rapport worden geïntroduceerd, dan gebeurt dit volstrekt anoniem. Indien het vermoeden rijst dat de quote op enigerlei wijze herleidbaar is, wordt dit gedeelte van de tekst van het rapport vooraf voorgelegd aan de betrokken geïnterviewde.

Achtergrond geïnterviewde; vragen

a. Beschrijf kort uw loopbaan bij het bedrijf. Indien uw loopbaan zich ook elders heeft afgespeeld, welke functies heeft u vervuld?
b. Hoe zou u uw huidige positie omschrijven?
    i. Taken
    ii. Expertise

B. Onderwerpen

I. Keuze voor het monistische bestuursmodel

1. Wanneer heeft de overgang van een dualistisch bestuursmodel naar het monistische bestuursmodel plaatsgevonden? Wie nam hiertoe destijds het initiatief? Kunt u het proces van de overgang naar een monistisch model kort omschrijven?
2. Waarom is ervoor gekozen om van een dualistisch bestuursmodel over te stappen naar een monistisch bestuursmodel?
3. Zijn de redenen van de vennootschap om voor een monistisch bestuursmodel te kiezen valide gebleken; zijn met andere woorden de verwachtingen uitgekomen?
4. Zijn er in de praktijk andere voor- of nadelen aan het licht gekomen?

II. Omvang en samenstelling van het monistische bestuur

1. - Heeft er **bij** de transitie van het dualistische naar het monistische bestuursmodel ook een wijziging plaatsgevonden in de omvang/samenstelling van de board? Wat was met andere woorden voor de transitie het aantal bestuursleden en het aantal commissarissen versus het aantal uitvoerende en het aantal niet-uitvoerende bestuurders na de transitie.
- Zijn destijds alle zittende commissarissen niet-uitvoerende bestuurders geworden? Is de board afgeslankt of gegroeid? Wat was daarvoor de reden?
- Heeft er **na** de transitie nog een wijziging plaatsgevonden in het aantal uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders?

2. Op welke wijze is het huidige bestuur samengesteld? Onder meer: nationaliteit, man/vrouw.

3. - Hebben zich sinds de implementatie van het monistische bestuursmodel in uw vennootschap vacatures in het bestuur voorgedaan?
- Zo ja, (i) was het voor de vennootschap lastig om een niet-uitvoerende bestuurder aan te trekken (en zo ja waarom), en (ii) in hoeverre is bij het opstellen van het profiel voor vacante plaatsen in het bestuur rekening gehouden met aan te trekken vrouwen.

III. Functioneren monistische bestuur/niet-uitvoerende bestuurders

Taakverdeling en besluitvorming

Intro: Een belangrijk kenmerk van het monistische bestuursmodel is dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet-uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders.
Van belang is voorts dat art. 2:129a/2:239a lid 3 BW een faciliteit bevat voor vennootschappen met een monistisch bestuursmodel: bij of krachtens de statuten kan aan een deel van het bestuur de bevoegdheid worden toegekend een besluit te nemen over aangelegenheden die tot zijn/hun taak behoren. Een besluit dat door een deel van het bestuur wordt genomen op basis van een dergelijke regeling geldt als bestuursbesluit, waarvoor alle bestuurders verantwoordelijk zijn.

Vragen

1. - Op welke wijze zijn de taken tussen de uitvoerende en de niet-uitvoerende bestuurders in uw vennootschap verdeeld?
- Heeft de taakverdeling in de statuten en/of in het bestuursreglement plaatsgevonden?
- Is er in de praktijk ook een andere taakverdeling ontstaan?

2. - Heeft de vennootschap gebruik gemaakt van de mogelijkheid van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW om bij of krachtens de statuten aan een deel van het bestuur de bevoegdheid toe te kennen een besluit te nemen over aangelegenheden die tot zijn/hun taak behoren?
- Zo ja, op welke wijze?
Gaat het hierbij alleen over de taakverdeling tussen niet-uitvoerende bestuurders en uitvoerende bestuurders en de bijbehorende besluiten, of ook nog om een andere verdeling met de bijbehorende besluiten?

- Binnen welke termijn en op welke wijze worden de overige bestuurders over het genomen bestuursbesluit geïnformeerd? Is dit geregeld in de statuten/bestuursreglement? Zo ja, is de praktijk ook in lijn met deze regeling?
3.- Hoe vaak vergadert het voltallige bestuur op jaarlijkse basis?
- Was dat onder het dualistische model anders: aantal vergaderingen bestuur/RvC?
- Zo ja, waarom was dat anders?
4. - Welke regels gelden er voor de besluitvorming door het bestuur? Zijn deze besluitvormingsregels ook gewijzigd bij de transitie van het dualistische model naar het monistische bestuursmodel? Worden bestuursbesluiten met een gewone meerderheid genomen, of wordt er voor alle c.q. bepaalde bestuursbesluiten een gekwalificeerde meerderheid of unanimiteit verlangd?
- Gelden er vereisten inzake het quorum?
- Is er aan één of meer bestuurders een meervoudig stemrecht toegekend?
- Komt het in de praktijk ook voor dat bestuursbesluiten bij meerderheidsbeslissing worden genomen? Is in dat geval sprake van blokvorming: uitvoerende bestuurders versus niet-uitvoerende bestuurders (of zijn het in samenstelling wisselende meerderheden)?
5. Vergaderen de niet-uitvoerende bestuurders ook apart, dus zonder de uitvoerende bestuurders? Zo ja hoe vaak? Welke onderwerpen komen dan in de regel aan de orde?

Rol voorzitter
6. - Welke rol neemt de voorzitter in het bestuur in?
- Heeft hij/zij specifieke taken?
- Is hij/zij van de bestuurders het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten of is dat afhankelijk van het onderwerp?

Veronderstelde voordelen/meerwaarde monistisch bestuur
7. Treedt een monistisch bestuur volgens u slagvaardiger op? Waaruit blijkt dat? Voorbeelden?
8. Zijn niet-uitvoerende bestuurders volgens u meer betrokken bij de gang van zaken binnen de vennootschap dan commissarissen? Waaruit blijkt dat? Voorbeelden?
9. Krijgen de niet-uitvoerende bestuurders eerder en meer informatie dan commissarissen? Waaruit blijkt dat?
10. Geven niet-uitvoerende bestuurders volgens u meer actief invulling aan hun rol als toezichthouder? Zo ja, waaruit blijkt dat? Voorbeelden?

Beloning
11. Er is wel gesuggereerd dat een monistisch bestuursmodel duurder zou uitvallen dan een dualistisch bestuursmodel, omdat niet-uitvoerende bestuurders een hogere beloning verlangen in verband met de bestuursverantwoordelijkheid die zij op zich nemen. Speelt dat ook bij uw vennootschap? Zijn de beloningen van de niet-uitvoerende bestuurders

destijds om die reden daadwerkelijk en substantieel verhoogd ? Speelde de omstandigheid dat de taakvervulling door niet-uitvoerende bestuurders mogelijk meer beslag op hun tijd legt hierbij ook een rol?
12. Is de beloningssystematiek van de niet-uitvoerende bestuurders veranderd ten opzichte van die van de commissarissen? Bevat de beloning van de niet-uitvoerende bestuurders ook variabele beloningscomponenten?

IV. Beoordeling/waardering van het monistische bestuursmodel
1. Welke positieve aspecten heeft het werken met een monistisch bestuursmodel in de praktijk volgens u? Zijn er andere betrokkenen binnen uw bedrijf die hier anders over denken en waarom?
2. Welke negatieve aspecten heeft het werken met een monistisch bestuursmodel in de praktijk volgens u? Zijn er andere betrokkenen binnen uw bedrijf die hier anders over denken en waarom?
3. Is de vennootschap bij de introductie van de one tier board en/of later met onverwachte neveneffecten geconfronteerd?
4. Is/wordt door de vennootschap overwogen terug te keren naar het dualistische model?[245]
5. Heeft de verzekeraar in de invoering van het monistische bestuursmodel bij de vennootschap aanleiding gezien om de premie voor de beroepsaansprakelijkheids-verzekering te verhogen voor:
(i) de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen?
en/of
(ii) de uitvoerende bestuurders?

V. Aanbevelingen
1. Heeft u nog suggesties ter verbetering/aanvulling van de regeling van het monistische bestuursmodel?

[245] Deze vraag is met name relevant als bij eerdere vragen negatieve aspecten van het monistische model worden genoemd.

Bijlage 3: Rechtspraakoverzicht art. 2:9 BW; ernstig verwijt

A. Vordering art. 2:9 BW afgewezen

Toepassing art. 2:9 (nieuw) BW:

■ **Rb. Amsterdam 29 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6178 (Whermo BV)**

■ **Rb. Midden-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1753 (Bedrijf BV)**

Toepassing art. 2:9 (oud) BW of onduidelijk:

■ **Rb. Amsterdam 10 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6259 (Bedrijf 1 BV)**

■ **Rb. Midden-Nederland 30 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1506 (Stichting Daidalos)**

■ **Rb. Rotterdam 11 maart 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1698 (Wave International BV)**

■ **Rb. Zeeland-West-Brabant 18 maart 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5434 (Bos en Duin BV)**

■ **Rb. Rotterdam 26 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6281 (Fibercom BV)**

■ **Rb. Oost-Brabant 30 maart 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:1431 (Aino NV)**

■ **Hof Den Haag 3 mei 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1238 (Westland BV)**
(Vonnis rechtbank 23 oktober 2013)

■ **Rb. Oost-Brabant 27 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3893 (Swiss Sense BV)**

■ **Rb. Midden Nederland 27 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4060 [Bedrijf Zeist BV]**

■ **Rb. Overijssel 30 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5194 (Closed Greenhouse Engineering BV)**

B. Vordering 2:9 BW toegewezen

Toepassing art. 2:9 (nieuw) BW:

■ **Rb. Midden-Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198 (aannemersbedrijf BV)**

■ **Rb. Rotterdam 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6045 (HDI-Gerling Verzekeringen NV)**

■ **Rb. Midden-Nederland 25 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:8110 (bedrijf BV)**

■ **Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5988 (Eiseres BV)**

Toepassing art. 2:9 (oud) BW of onduidelijk:

■ **Rb. Gelderland 17 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3656 (Nederlandse Vereniging tot bescherming van dieren / Afdeling Overgelder van de Nederlandse Vereniging tot bescherming van dieren)**
(Vervolg):
■ **Rb. Gelderland 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3059 (Nederlandse Vereniging tot bescherming van dieren / Afdeling Overgelder van de Nederlandse Vereniging tot bescherming van dieren)**

■ **Rechtbank Den Haag 19 juni 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19649 (Stichting Urban Organisation 2009)**

■ **Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (Landis NV)**

■ **Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257 (Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant)**
(Vervolg):
■ **Rb. Oost-Brabant 17 december 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:8100 (Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant)**
(Vervolg):
■ **Hof 's Hertogenbosch 1 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4963 (Stichting Bureau Jeugdzorg Noord-Brabant)**

■ **Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6455 (Woningstichting Servatius)**
(Vervolg):
■ **Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866 (Woningstichting Servatius)**

■ **Rb. Overijssel 19 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1545 (X BV)**

■ **Rb. Noord-Holland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:4026 (Stichting Tabijn)**

■ **Rb. Overijssel 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:4877 (MPI Management BV)**

■ **Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6573 (Woningstichting Rentree)**
(Vervolg):
■ **Rb. Midden-Nederland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4360 (Woningstichting Rentree)**
■ **Rb. Amsterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:196 (Slotervaartziekenhuis BV)**

■ **Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773 (Stichting Cultureel Beheer Paleisstraat 8 / Doopsgezinde gemeente te 's-Gravenhage / Stichting Steunfonds Oldeslo)**

■ **Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6932 (Fairstar Heavy Transport NV)**

■ **Rb. Den Haag 27 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:8226 (Plantenservice BV (ook: BPS))**

■ **Rb. Den Haag 3 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9089 (failliet 1 BV en failliet 2 BV)**

■ **Rb. Den Haag 28 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16211 (Stichting Opleidingsfonds Groothandel Facilitair bedrijf)**

■ **Rb. Oost-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7243 (Stichting Instituut voor Psychogenese Nederland en Stichting De Bontekoe)**

C. Bewijsopdracht

Toepassing art. 2:9 (nieuw) BW:

■ **Rb. Noord-Nederland 28 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4964 (Bouwmarkt Scheemda BV)**

Toepassing art. 2:9 (oud) BW:

■ **Rb. Den Haag 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ9375 (Stichting IJshal Leiden)**

■ **Rb. Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ6100 (eiseres 1 BV en eiseres 2 BV)**

Bijlage 4: Literatuurlijst bij deelonderzoek I

Rients Abma, 'Naar de one-tier Board', *Goed Bestuur* 2012-3.

Rients Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2016', *Ondernemingsrecht* 2016/96.

Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*, Deventer: Kluwer 2009.

B.F. Assink, W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

B.F. Assink, 'Naar een adequate tegenstrijdig belangregeling in Boek 2 BW', *WPNR* 2008/6770.

B.F. Assink, 'Samenwerking in het bestuur', in: *SamenWerken in het Ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 80, Deventer: Kluwer 2011.

B.F. Assink en M.A. Verbrugh, in: *Handboek Notarieel Ondernemingsrecht B.V. en N.V.,* onder redactie van B. Bier, M. van Olffen, B. Snijder-Kuipers, Hoofdstuk 3.

B. Bier, 'De finale VEB c.s. vs. KLM: besluit tot reservering winst is niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW', *Ondernemingsrecht* 2013/123.

B. Bier, 'Enkele mijmeringen over artikel 2:216 BW', *Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht* 2014/4.

B. Bier, 'Enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht', *Ondernemingsrecht* 2017/105.

Blanco Fernández, *JOR* 2015/294; JONDR 2015/1052.

A.A. Bootsma en J.B.S. Hijink, 'De beurs-NV in den vreemde', *Ondernemingsrecht* 2014/15.

A.A. Bootsma, 'De voorzitter van de one-tier board als dwaallicht', *Ondernemingsrecht* 2016/108.

H.E. Boschma en E.E.G. Gepken-Jager, 'Ontwikkelingen op het terrein van vertegenwoordiging van NV's en BV's', *RM Themis* 2010-3.

H.E. Boschma en G.K. Kuijers-Tollenaar, 'De bevoegdheidsverdeling in de Flex-BV: AV of BGA?', *WPNR* 2013/6962.

Hylda Boschma, Loes Lennarts en Hanny Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV recht?', *Ondernemingsrecht* 2014/14.

H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector.

Het Voorontwerp Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen nader belicht', *RM Themis* 2014-4.

W.J.L. Calkoen, 'One-Tier Board: een empirisch onderzoek', *Ondernemingsrecht* 2014/4.

Willem J.L. Calkoen, *The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance* (diss.), IvO-serie deel 85, Deventer: Kluwer 2012.

R.E.H. Canisius en M.B.F. Canisius, 'De verhouding tussen de uitkeringstest en de tegenstrijdig belangregeling opnieuw belicht', *TvOB* 2015/4.

B.C. Cornelisse, 'Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest van art. 2:216 BW', *TvOB* 2013/6.

Th. de Rave, 'Tegenstrijdig belang in het bestuur van joint venture B.V.'s', *WPNR* 2016/7122.

P.J. Dortmond, 'Vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', in: *Knelpunten in de vennootschapswetgeving*, IvO-serie deel 24, Deventer: Kluwer 1995.

S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistische bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht - observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012/12.

J.B. Huizink, 'Artikel 2:9 BW, enkele observaties', in: *Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?*, Deventer: Kluwer 2011.

J.B. Huizink, Groene Serie Rechtspersonen, art. 2:9, aant. 5.3.

J.B. Huizink, 'Rechtspersoon, vennootschap en onderneming', *Studiereeks Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2013.

J.B. Huizink, 'Klachtplicht. Art. 6:89 BW', *TvI* 2013/37.

J.B. Huizink, 'Voorstel tegenstrijdig belang ramp voor aandeelhouders', *TvI* 2009, p. 39-41.

J.B. Huizink, *Bestuurders van Rechtspersonen* (diss.), Deventer: Kluwer 1989.

M.J. Kroeze, 'Klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid', *RM Themis* 2015-5.

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr. C. Assers Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel 1. De rechtspersoon*, Kluwer: Deventer 2015.

G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, 'reactie op "Belet of ontstentenis, that is the question" van P.H.N. Quist in *WPNR* 2013/6990', *WPNR* 2014/7002.

A.F.J.A. Leijten, Tegenstrijdig belang: een corporate governance kluif, *Jaarboek Corporate Governance* 2012/2013 (M. Lückerath-Rovers e.a., red.), Kluwer 2013.

M.L. Lennarts, *Tekst & Commentaar Ondernemingsrecht*, art. 2:129 en art. 239, aant. 7.

M.L. Lennarts, 'Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling', in: *Bestuur en toezicht,* IvO-serie deel 67, Deventer: Kluwer 2009.

M.L. Lennarts, T&C Ondernemingsrecht art. 2:239.

M.L. Lennarts & H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang', *WPNR* 2008/6770.

R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdig belangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92.

R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6979.

R.G.J. Nowak, 'Kunnen structuurvennootschappen met verzwakt regime een one-tier board hebben?', *Ondernemingsrecht* 2013/8.

C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg, W.J.M. van Veen, 'reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)', 6 mei 2014.

P.H.N. Quist, 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR* 2013/6990.

P.H.N. Quist, 'Tegenstrijdig belang in het bestuur van joint venture B.V.'s', *WPNR* 2016/7122.

G.J.C. Rensen, 'Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk', *WPNR* 2013/6979.

J. Roest, Tekst & Commentaar BW, art. 2:9, aant. 2.

T. Salemink, 'De one-tier board volgens de herziene Corporate Governance Code', *MvO* 2017, nummer 1 en 2, p. 13-19.

A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014/7011.

J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen', *WPNR* 2016/7113.

M.M. Seinstra, 'Het dualistische en het monistische bestuursmodel: een vergelijking', *O&F* 2008/4.

Chr.M. Stokkermans, *Sleutels voor personenvennootschapsrecht* (diss.), Deventer: Kluwer 2017.

Chr.M. Stokkermans, 'Onverantwoorde uitkeringen', *WPNR* 2014/7011.

D.A.M.H.W. Strik, ‘One tier board en aansprakelijkheid’, *Ondernemingsrecht* 2012/91.

L. Timmerman, 'De dubbelrol in het (vennootschaps)recht', in: *De dubbelrol in het vennootschapsrecht*, IvO-serie deel 16, Deventer: Kluwer 1993.

M. van Olffen, ‘Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten’, Ondernemingsrecht 2012/89.

P. van Schilfgaarde, Jaap Winter, Jan Berend Wezeman en Jean Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2017.

F. Veenstra, ‘Minderheidsaandeelhouders in opstand tegen tegenstrijdig belangtransacties: maar hoe?’, *WPNR* 2013/6970.

W.A. Westenbroek, ‘Artikel 2:9 BW en de 'ernstig verwijt'-maatstaf bij bestuurdersaansprakelijkheid’, *RM Themis* 2016-4.

J.B. Wezeman, ‘Persoonlijke aansprakelijkheid van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders’, in: *Bestuur en toezicht*, Deventer: Kluwer 2009.

J.B. Wezeman, ‘Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels’, in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IvO-serie deel 98, Deventer: Kluwer 2016.

Dirk-Jan Zom, One-tier board. "Onbekend maakt onbemind", 27 maart 2017 (https://www.governanceuniversity.nl/actueel/84/One-tier-board-Onbekend-maakt-onbemind).

Bijlage 5: Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek I

https://www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2017/jan/lod-new-sources-energy

https://www.cbs.nl/nl-nl/onze-diensten/methoden/classificaties/activiteiten/standaard-bedrijfsindeling--sbi--/sbi-2008-standaard-bedrijfsindeling-2008

http://www.fctwente.nl/WP-content/uploads/2016/03/Onderzoek-FCT-20160301.pdf

https://www.governanceuniversity.nl/actueel/84/One-tier-board-Onbekend-maakt-onbemind)

www.mccg.nl

www.nvp.nl/

https://www.rechtspraak.nl/

https://server.db.kvk.nl/wwwsrvu/html/pop_helphr_bot_concernrelaties.htm

Deelonderzoek II

Limitering aantal toezichthoudende functies bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen

Projectleider: prof. mr. Hanny (J.N.) Schutte-Veenstra

met medewerking van dr. K. (Kees) van Veen

Inhoudsopgave deelonderzoek II

Hoofdstuk 1. Inleiding 171

1.1. Onderzoeksthema's en probleemstelling 171

1.2 Onderzoeksvragen 172

1.3 Onderzoeksmethoden 173

1.4 Onderzoeksopzet 173

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis limiteringsregeling Boek 2 BW 177

2.1 De limiteringsregeling in historisch perspectief 177

2.2 Schets van de contouren van de limiteringsregeling 181

2.2.1 Begrippen bestuurder en commissaris 181

2.2.2 Toepassingsgebied: grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen 182

2.2.3 Inhoud limiteringsregeling voor benoeming tot bestuurder 183

2.2.4 Inhoud limiteringsregeling voor benoeming tot commissaris 183

2.2.5 Uitzonderingen 183

2.2.6 Moment van toepassing limiteringsregeling 184

2.2.7 Sanctie op niet-naleving 184

2.3 Oorsprong limiteringsregeling 184

2.3.1 Amendement Irrgang 184

2.3.2 Beoogde doeleinden limiteringsregeling 187

2.4 Inhoud en betekenis limiteringsregeling 190

2.4.1 Maximering bestuurs- en toezichtfuncties 190

***2.4.1.1 Wettekst* 190**

***2.4.1.2 Bestuurder als hoofdfunctie* 191**

***2.4.1.3 Geen limitering aantal bestuursfuncties* 192**

***2.4.1.4 Monistisch bestuursmodel* 192**

2.4.2 Maximering aantal toezichthoudende functies 193

***2.4.2.1 Wettekst* 193**

2.4.3 Maximumaantallen 194

2.4.4 Dubbeltelling voorzitterschap toezichthoudend orgaan 197

2.4.5 Uitzonderingen op de limiteringsregeling 199

***2.4.5.1 Benoeming bij groepsmaatschappij* 199**

***2.4.5.2 Tijdelijke aanstelling functionaris door OK in enquêteprocedure* 201**

***2.4.5.3 Geen uitzondering voor bestuurders zonder bezoldiging* 203**

2.4.6 Sanctie op niet-naleving 205
2.5 Toepassingsgebied limiteringsregeling 208
2.5.1 Rechtsvormen: NV, BV, commerciële/semipublieke stichting 208
2.5.2 Geen uitbreiding tot coöperatieve vereniging, formele vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij 209
2.5.3 Het grootte-criterium 212
2.5.3.1 Redengeving grootte-criterium 212
2.5.3.2 Toepassing jaarrekeningcriteria 213
2.5.3.3 Geen toepassing structuurcriteria 214
2.5.3.4 Toetsingsmoment 215
2.5.3.5 Geconsolideerde basis 216
2.5.4 Aanvullende bepalingen voor de grote stichting 217
2.5.4.1 Jaarrekeningplicht en grootte-criteria 219
2.5.4.2 Uitzondering voor charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke stichtingen 222
2.6 Tijdens het wetgevingsproces voorgestelde wijzigingen en genoemde negatieve effecten van de limiteringsregeling 224
2.6.1 Voorgestelde wijzigingen 224
2.6.2 Genoemde negatieve effecten 225
Hoofdstuk 3. Inhoud en betekenis limiteringsregeling Boek 2 BW 233
3.1 Inleiding 233
3.2 Limitering combinatie bestuurs- en toezichtfuncties 233
3.3 Limitering aantal toezichtfuncties 234
3.4 Dubbeltelling voorzitterschap toezichthoudend orgaan 235
3.5 Moment van toepassing limiteringsregeling 236
3.6 Toepassingsgebied limiteringsregeling 236
3.6.1 Rechtsvormen: NV (SE), BV en commerciële/semipublieke stichting 237
3.6.2 Niet: coöperatieve vereniging (SCE), onderlinge waarborgmaatschappij en formele vereniging 237
3.6.3 Het grootte-criterium 238
3.6.4 Aanvullende bepalingen voor de grote stichting 239
3.7 Uitzonderingen 240
3.8 Sanctie op niet-naleving 241
Hoofdstuk 4. Het grootte-criterium 243
4.1 Inleiding 243

4.2 Redengeving en keuze grootte-criterium 244
4.2.1 Redengeving grootte-criterium 244
4.2.2 Keuze grootte-criterium 245
4.2.3. Aanvullende bepalingen voor de stichting 246
4.3 Intermezzo – omschrijving commerciële stichting (en formele vereniging) 249
4.3.1 Aansprakelijkheidsrecht 249
4.3.2 Enquêterecht 250
4.3.3 Jaarrekeningenrecht 250
4.3.4 Handelsregisterwet 250
4.3.5 Synthese 250
4.4 Uitwerking grootte-criteria 252
4.4.1. Geconsolideerde basis 252
4.4.2 Toetsingsmoment voor bestaande NV's, BV's en stichtingen 253
4.4.3. Toetsingsmoment bij nieuw opgerichte NV's, BV's en stichtingen 254
4.4.4 Toetsingsmoment bij wijziging grootte-criteria door de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening 255
4.5 Eventuele knelpunten bij het hanteren van het grootte-criterium 255
Hoofdstuk 5. Sectorale limiteringsregelingen 257
5.1 Inleiding 257
5.2 Inventarisatie sectorale regelgeving betreffende cumulatie van bestuurs- en toezichtfuncties 257
5.2.1 Limiteringsregeling voor pensioenfondsen 257
5.2.1.1 Achtergrond limiteringsregeling voor pensioenfondsen 258
5.2.1.2 Inhoud limiteringsregeling voor pensioenfondsen 259
5.2.2 Limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen 261
5.2.2.1 Achtergrond limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen 261
5.2.2.2 Begrip 'significante' banken en beleggingsondernemingen 262
5.2.2.3 Begrip leidinggevend orgaan 263
5.2.2.4 Inhoud limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen 264
5.2.2.5 Toekomstige wijziging door uitvoering Richtlijn 2014/65/EU (MIFID II) 265
5.3 Vergelijking Boek 2 BW-regeling en sectorale regelgeving 266
5.3.1 Inleiding 266
5.3.2 Limitering toezichtfuncties en/of bestuursfuncties 266

5.3.3 Definitie van toezichthouder/bestuurder 267
5.3.4 Weging functies 267
5.3.5 Moment van toepassing limiteringsregeling 268
5.3.6 Uitzonderingen op de limiteringsregeling 268
5.3.7 Rol toezichthoudende autoriteit 268
5.3.8 Wijze van handhaving limiteringsregeling 269
5.3.9 Overzicht overeenkomsten en verschillen 270
5.4 Samenloop limiteringsregelingen 271
5.5 Voor- en nadelen van het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen 272
Hoofdstuk 6. Wettelijke regeling versus 'pas-toe-of-leg-uit' 274
6.1 Inleiding 274
6.2 Werking van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel 275
6.2.1 Achtergrond en betekenis van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel 275
6.2.2 Juridisch karakter Corporate Governance Code 278
6.2.3 Voordelen van het gebruik van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code 279
6.2.4 Aandachtspunten bij het gebruik van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code 280
6.2.5 Doeltreffendheid van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code 284
6.3 Verschillen tussen wetgeving in formele zin en regelgeving via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel 285
6.3.1 Niveau van naleving 285
6.3.2 Niveau van handhaving 285
6.4 Eventuele toepassing van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel bij de limiteringsregeling 288
6.4.1 Inleiding 288
6.4.2 Voorzitter van het toezichthoudende orgaan 290
6.4.3 Beroepscommissaris 296
6.4.4 Werkbare oplossing? 298
6.4.4.1 Naleving en handhaving 298
6.4.4.2 Verhouding formele wetgeving en 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling 300
6.5 Concluderende opmerkingen 302
7. De effecten van de limiteringsregeling in de praktijk: een kwantitatieve en kwalitatieve analyse 305

7.1 Inleiding 305
7.2 Bevindingen essay Nationaal Register 306
7.2.1 Inleiding 306
7.2.2 Resultaten rondetafelbijeenkomsten 306
7.2.2.1 Verantwoording 306
7.2.2.2 Resultaten 307
7.2.3 Resultaten enquête 308
7.2.3.1 Verantwoording 308
7.2.3.2 Resultaten 310
7.2.4 Conclusies 313
7.3 De effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties: de kwantitatieve analyse 315
7.3.1 Inleiding 315
7.3.2 Resultaten 316
7.3.2.1 Trends in toezichtfuncties 317
7.3.2.2 Trends in bestuursfuncties 321
7.3.2.3 Combinatie van bestuurs- en toezichtfuncties 323
7.3.2.4 Uitbreiding van de limiteringsregeling naar andere rechtspersonen 325
7.3.2.5 De omvang van de toezichthoudende organen 326
7.3.3 Conclusies 328
7.4 De effecten van de limiteringsregeling op de kwaliteit van het toezicht: de kwalitatieve analyse 330
7.4.1 Inleiding 330
7.4.2 Onderzoeksmethodologie 331
7.4.3 Een eerste globale indruk: … professionalisering van de markt … 333
7.4.4 Effecten van de limiteringsregeling op de samenstelling van de RvC/RvT: het macroniveau 337
7.4.5 Effecten van de limiteringsregeling bij het vervullen van vacatures: de dynamiek tussen de RvC/RvT, het *executive search* bureau en de toezichthouders 344
7.5 Belangrijkste conclusies 354
Hoofdstuk 8. Deelonderzoek II: conclusies en aanbevelingen 356
8.1 Inleiding 356
8.2 Beoogde doeleinden van de limiteringsregeling (onderzoeksvraag 1) 356
8.2.1 Beleidstheorie ten aanzien van de maximering van het aantal toezichtfuncties 356
8.2.2 Beleidstheorie ten aanzien van de keuze voor bepaalde rechtsvormen 357

8.2.3 Beleidstheorie ten aanzien van de criteria voor de bedrijfsgrootte 358
8.3 Voor- en/of nadelen van het hanteren van de grootte-criteria (onderzoeksvraag 7) 359
8.3.1 Aanbeveling 360
8.4 Algemene versus sectorale limiteringsregelingen (onderzoeksvragen 10 en 11) 360
8.4.1 Inleiding 360
8.4.2 Limiteringsregeling voor pensioenfondsen 360
8.4.3 Limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen 361
8.4.4 Overeenkomsten en verschillen tussen de algemene en de sectorale limiteringsregelingen 361
8.4.5 Voor- en nadelen algemene limiteringsregeling naast sectorale limiteringsregelingen 363
8.4.6 Aanbeveling 363
8.5 Wettelijke regeling versus 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling (onderzoeksvragen 9, 12 en 13) .. 364
8.5.1 Voor- en nadelen normering maximering toezichtfuncties via formele wetgeving dan wel via een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling (onderzoeksvraag 9) 364
8.5.2 Voor- en nadelen normering positie voorzitter en beroepscommissaris via 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling (onderzoeksvraag 12) 366
8.5.2.1 De beroepscommissaris 366
8.5.2.2 De voorzitter van het toezichthoudende orgaan (onderzoeksvragen 12 en 13) 368
8.5.3 Aanbevelingen 372
8.6. Effecten limiteringsregeling in de praktijk (onderzoeksvragen 2-6) 372
8.6.1 Bevindingen essay Nationaal Register (onderzoeksvragen 2-4) 372
8.6.2 Effecten limiteringsregeling op onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen (onderzoeksvraag 5) 374
8.6.2.1 Effect van de limiteringsregeling op het doorbreken van het 'old boys network' ... 374
8.6.2.2 Effect van de limiteringsregeling op de kwaliteit van bestuur en toezicht 379
8.6.3 Effecten limiteringsregeling op niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen (onderzoeksvraag 6) 381
8.7 Beantwoordt de werking van de limiteringsregeling aan de ermee beoogde doeleinden? (onderzoeksvraag 8) 382
Bijlage 1: Vragenlijst voor de expertinterviews 386
Bijlage 2: Literatuurlijst bij deelonderzoek II 388
Bijlage 3: Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek II 390

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1. Onderzoeksthema's en probleemstelling

Deelonderzoek II richt zich op de limiteringsregels die gelden voor het uitoefenen van toezichthoudende functies door bestuurders, commissarissen en toezichthouders bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Er geldt een limiteringsregel voor de benoeming tot bestuurder en een voor de benoeming tot commissaris of toezichthouder. De limiteringsregels zijn neergelegd in art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW.

De limiteringsregeling voor de benoeming tot bestuurder houdt in dat iemand die meer dan twee commissariaten of toezichthoudende functies heeft bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting of die voorzitter is van een RvC, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot bestuurder van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke kan worden benoemd.

De limiteringsregeling voor de benoeming tot commissaris of toezichthouder houdt in dat iemand die vijf of meer commissariaten of toezichthoudende functies heeft bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot commissaris of toezichthouder van een andere grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan worden benoemd. Hierbij telt een voorzitterschap van een RvC, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan dubbel.

De centrale vraag van dit deelonderzoek betreft de achtergrond, doeleinden, effectiviteit en eventuele neveneffecten van de voorgeschreven limitering van het aantal door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties.
Ter beantwoording van deze centrale vraag wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de volgende onderwerpen:

(i) de beperking van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling tot grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen;
(ii) de voor- en nadelen van toepassing van de uit het jaarrekeningenrecht afkomstige grootte-criteria;
(iii) de eventuele invloed van de limiteringsregeling op de niet onder de regeling vallende rechtspersonen;
(iv) normering via formele wetgeving versus een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling; en
(v) sectorale limiteringsregelingen versus de algemene wettelijke regeling.

In par. 1.2 zijn de onderzoeksvragen betreffende deelonderzoek II opgenomen zoals deze door het WODC zijn geformuleerd, waarna in par. 1.3 de onderzoeksmethoden worden

weergegeven. Ten slotte wordt in par. 1.4 aangegeven welke onderzoeksopzet is gehanteerd om tot een beantwoording van de onderzoeksvragen te komen.

1.2 Onderzoeksvragen

1. Wat is de beleidstheorie t.a.v. de maximering van het aantal commissariaten, de criteria t.a.v. de bedrijfsgrootte en de keuze voor bepaalde rechtsvormen die men daarop heeft gemaakt? M.a.w. wat beoogde men met deze regeling?

2. Wat zijn de belangrijkste bevindingen en conclusies uit het rapport van het Nationaal Register?

3. Hoe verhouden de kwantitatieve gegevens zich tot de uitkomsten van andere onderzoeken die in dat rapport aangehaald worden?

4. Wat wordt in het rapport gezegd over de representativiteit van het onderzoek?

5. Wat zijn de gevolgen/resultaten van de cumulatieve beperking voor de organisaties die onder de wet vallen, bijvoorbeeld voor de besturen? Is het bijvoorbeeld moeilijker geworden om kwalitatief goede (voorzitters van raden van) commissarissen aan te trekken en te behouden? Is de instroom en doorstroom van commissarissen bevorderd? Besteden commissarissen meer tijd aan hun commissariaat?

6. Wat zijn de gevolgen/resultaten van het niet van toepassing zijn van de cumulatieve beperking op de kerkelijke, charitatieve en culturele instellingen en coöperatieve verenigingen? Heeft de uitzondering geleid tot een verbetering van de instroom bij deze uitgezonderde organisaties? Besteden commissarissen in deze sectoren voldoende tijd aan hun commissariaat? Verdienen zij de bescherming van de beperking of heeft het hen in staat gesteld juist de goede toezichthouders aan te trekken?

7. Zijn er voor- en/of nadelen gebleken bij het hanteren van de criteria voor ‘grote rechtspersonen’ bij deze regeling?

8. Hoe verhouden de bevindingen zich tot de wetshistorie? M.a.w. in welke mate heeft de wet zijn doel bereikt?

Vragen ad suggesties uit onderzoek Nationaal Register:

9. Wat zijn de voor- en nadelen van het beleggen van de normering omtrent cumulaties bij de wetgever?

10. Hoe is de sectorale regelgeving in de financiële sector, de volkshuisvesting en de zorg m.b.t. cumulaties van bestuurs- en toezichtfuncties?

11. Is er een toegevoegde waarde van de regeling naast deze sectorale regelgeving? M.a.w. wat zijn de voor- en nadelen van een algemene regeling naast de sectorale regelgeving?

12. Wat zouden de voor- en nadelen zijn van een 'comply-or-explain'-bepaling voor voorzitters en beroepscommissarissen bij een overschrijding van de wettelijk toegestane limiet?

13. Wat zouden de voor- en nadelen van het schrappen van de dubbeltelling voor voorzitterschappen van commissariaten zijn?

1.3 Onderzoeksmethoden

Deelonderzoek II bevat een theoretisch en een empirisch gedeelte. De juridisch-theoretische methodologie bestaat uit een studie van de wetsgeschiedenis, regelgeving, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur. De empirische methodologie bestaat uit het verzamelen en analyseren van data en het houden van interviews.

1.4 Onderzoeksopzet

Deelonderzoek II bestaat uit zeven hoofdstukken.

Hoofdstuk 1 bevat een weergave van de onderzoeksthema's en probleemstelling, de onderzoeksvragen en de gehanteerde onderzoeksmethoden en -opzet.

In **hoofdstuk 2** wordt de limiteringsregeling allereerst in een historisch perspectief geplaatst. Vervolgens bevat dit hoofdstuk een weergave van de parlementaire geschiedenis van de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling. Na een korte inleiding waarbij de limiteringsregeling op hoofdlijnen wordt besproken, wordt ingegaan op de oorsprong ervan. Hierbij komen de beoogde doeleinden van de limiteringsregeling aan de orde. Vervolgens wordt de inhoud en betekenis van de limiteringsregeling beschreven, waarbij wordt ingegaan op de redenen voor de gekozen maximumaantallen functies, de dubbeltelling van het voorzitterschap en de uitzonderingen op de limiteringsregeling. Daarna verschuift de aandacht naar het beperkte toepassingsgebied van de limiteringsregeling en de eventuele redenen die daarvoor worden aangedragen. Ten slotte wordt aandacht besteed aan de tijdens het wetgevingsproces voorgestelde wijzigingen en genoemde negatieve effecten van de limiteringsregeling. Met de bestudering en de weergave van de parlementaire geschiedenis van de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling wordt **onderzoeksvraag 1** beantwoord.

Hoofdstuk 3 bevat een weergave van de inhoud en de betekenis van de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling. Aan de hand van de wettekst, wetsgeschiedenis, rechtsgeleerde literatuur en eventuele rechtspraak wordt duidelijk gemaakt hoe het geldende recht voor de limiteringsregeling luidt. Hiermee wordt de basis gelegd voor een goed begrip van de beantwoording van de **onderzoeksvragen 7-13**.

Beantwoording van **onderzoeksvraag 7** over het hanteren van de criteria voor grote rechtspersonen vindt plaats aan de hand van met name bestudering van relevante literatuur en jurisprudentie over het jaarrekeningenrecht, waaraan de grootte-criteria zijn ontleend. Verslag van dit onderzoek wordt gedaan in **hoofdstuk 4**.
In dit hoofdstuk wordt tevens aandacht besteed aan de verschillende wettelijke omschrijvingen van niet-commerciële stichtingen en verenigingen in het aansprakelijkheidsrecht, het enquêterecht, het jaarrekeningenrecht en in de Handelsregisterwet. Er worden enkele aanbevelingen gedaan om te komen tot een stroomlijning van deze omschrijvingen.
Hoofdstuk 5 bevat een inventarisatie van specifieke wettelijke regelingen alsmede sectorale corporate governance codes betreffende de cumulatie van functies in de volgende sectoren: gezondheidszorg, volkshuisvesting, financiën (pensioenfondsen, banken en beleggingsondernemingen), cultuur en onderwijs. De bestaande sectorale regelgeving voor de limitering van bestuurs- en toezichtfuncties wordt besproken en een vergelijking wordt gemaakt met de algemene Boek 2 BW-regeling. Ook wordt aandacht besteed aan de samenloop van de diverse limiteringsregelingen. Ten slotte worden de voor- en nadelen van het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen besproken. Met het voorgaande worden **onderzoeksvragen 10 en 11** beantwoord.

In **hoofdstuk 6** wordt aan de hand van een literatuurstudie het neerleggen van een limiteringsregeling in formele wetgeving afgezet tegen het opnemen van een dergelijke regeling in een instrument van zelfregulering, zoals een governance code. In het laatste geval kan gebruik worden gemaakt van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel. Hiermee wordt een antwoord gegeven op **onderzoeksvraag 9**.
Er wordt enige achtergrondinformatie gegeven over de werking van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel. Ook worden de verschillen tussen wetgeving in formele zin en zelfregulering aangegeven, waarbij de niveaus van naleving en handhaving centraal staan. Nagegaan wordt of voor de limiteringsregeling een 'one size fits all' benadering wenselijk is of dat dit onderwerp ook gereguleerd kan worden via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel. Via dit beginsel kunnen onder omstandigheden uitzonderingen op de limiteringsregeling mogelijk worden gemaakt, mits gebruikmaking hiervan door de desbetreffende rechtspersoon goed wordt gemotiveerd. In het bijzonder betreft het de volgende uitzonderingen: (i) een persoon mag meer dan twee voorzitterschappen

vervullen, en (ii) een beroepscommissaris mag meer dan vijf toezichthoudende functies hebben. Met het voorgaande wordt **onderzoeksvraag 12** beantwoord.
Ten slotte wordt in dit hoofdstuk nagegaan of schrapping van de dubbeltelling voor voorzitterschappen aangewezen is, dit ter beantwoording van **onderzoeksvraag 13**.

Hoofdstuk 7 bevat in de eerste plaats een kwantitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties. Voor de beantwoording van **onderzoeksvraag 5** was het voor wat betreft de rechtspersonen die onder het toepassingsgebied van de wettelijke regeling vallen nodig onderzoek te doen naar de mate waarin de invoering van de limiteringsregeling effect heeft gehad op de kwaliteit van de samenstelling van de bestuurlijke en toezichthoudende organen. Allereerst komen de in het rapport van het Nationaal Register opgenomen kwantitatieve gegevens aan de orde, vergezeld gaande van een analyse van de wijze waarop deze gegevens zijn verzameld en een beoordeling van de representativiteit van dit onderzoek (**onderzoeksvragen 2-4**).
Vervolgens worden de door de Kamer van Koophandel verschafte data gepresenteerd. Op basis van deze data is een vergelijking in de tijd gemaakt (1 februari 2012 – 1 februari 2017) voor wat betreft de personen die een, twee, drie, vier, vijf (of meer) toezichthoudende functies vervul(l)(d)en. Niet alleen wordt een overzicht gepresenteerd van de totale aantallen toezichthoudende functies per persoon in 2012 en 2017, maar ook wordt een onderverdeling gemaakt naar rechtsvorm. Op basis van deze overzichten kunnen conclusies worden getrokken over de (mogelijke) afname van het aantal personen met meer dan vijf toezichthoudende functies.
In de tweede plaats bevat hoofdstuk 7 een kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling op de kwaliteit van toezicht. Aan **onderzoeksvraag 5** ligt de veronderstelling ten grondslag dat kwaliteit gelijk staat aan het hebben van voldoende tijd voor het uitoefenen van een toezichthoudende functie. Enerzijds kan het teruglopen van het aantal 'overboarded' personen leiden tot kwaliteitsproblemen wat tot uiting kan komen in rekruteringsproblemen. Anderzijds kan een gevolg van de inwerkingtreding van de limiteringsregeling zijn dat er een nieuw potentieel aan kandidaten voor het vervullen van een toezichthoudende functie aangeboord wordt. Om hier enig zicht op te krijgen werden acht ervaren experts in de executive search branche geïnterviewd met als doel hun rijke en brede ervaring in te zetten om te komen tot een gefundeerd beeld over de recente ontwikkelingen op dit terrein.
In hoofdstuk 7 wordt ook aandacht besteed aan de gevolgen van de limiteringsregeling op de rechtspersonen die niet onder het toepassingsgebied ervan vallen, te weten coöperaties, formele verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen.
Onderzoeksvraag 6 richt zich op de mogelijke gevolgen van de limiteringsregeling voor deze groep van rechtspersonen. Ook hier geldt dat op basis van de door de Kamer van Koophandel verschafte data een vergelijking in de tijd is gemaakt (1 februari 2012 – 1 februari 2017) van de personen die een, twee, drie, vier, vijf (of meer)) toezichthoudende

functies vervul(l)(d)en bij deze rechtspersonen. Hierbij worden niet alleen de totale aantallen toezichthoudende functies per persoon in 2012 en 2017 gepresenteerd, maar ook wordt een onderverdeling gemaakt naar rechtsvorm. Voor het overige is vraag 6 lastig te beantwoorden, omdat de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv geen wijzigingen heeft gebracht voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen, coöperatieve verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen alsmede van stichtingen die niet aan de eisen van art. 2:297a lid 1 BW voldoen. Systematisch en longitudinaal empirisch onderzoek zou hier te tijdrovend en kostbaar zijn geweest.
Ten slotte wordt met behulp van de hiervoor aangegeven bevindingen een antwoord gegeven op **onderzoeksvraag 8** in hoeverre de in de wetsgeschiedenis veronderstelde doeleinden van de limiteringsregeling in de praktijk bewaarheid zijn.

Hoofdstuk 8 bevat de belangrijkste conclusies en aanbevelingen inzake deelonderzoek II.

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis limiteringsregeling Boek 2 BW

2.1 De limiteringsregeling in historisch perspectief

Hoewel pas per 1 januari 2013 in Nederland een wettelijke limiteringsregeling in werking trad, is de mogelijke normering van het aantal toezichtfuncties onderwerp van een langer durend debat. Reeds in 1912 werd in de Verenigde Staten gedebatteerd over mogelijke risico's en problemen gerelateerd aan het combineren van grote hoeveelheden toezichtfuncties door een relatief klein aantal personen. De *House of Representatives* installeerde de *Pujo Committee*, die in 1913-1914 de concentratie van financiële macht in de handen van een kleine groep bankiers onderzocht. Deze concentratie vond onder andere plaats via 'interlocking directorates', dat wil zeggen het combineren van toezichtfuncties door een relatief kleine groep personen, en werd onwenselijk beschouwd. Het onderzoek richtte zich met name op de wijze waarop deze dubbelfuncties tot ongewenste economische machtsconcentratie konden leidden. Met het passeren van de *Clayton Antitrust Act* in 1914 werd het bestaan van 'interlocking directorates' verboden voor bedrijven die in dezelfde markt actief zijn.[1]

De discussie over de concentratie van toezichtfuncties heeft ook binnen Nederland een lange traditie. Vooral bekend zijn de '200 van Mertens' waaruit het Nederlandse 'old-boys-network' zou bestaan en die, volgens vakbondsman Mertens in 1968, de Nederlandse economie feitelijk zouden domineren. Mertens hekelde 'het gebrek aan verantwoordingsplicht, de ondoorzichtigheid en de opeenstapeling van functies…'.[2] Het gesloten karakter van deze kleine groep was hem een doorn in het oog. De verwevenheid van grote bedrijven via dubbelfuncties is de aandacht blijven trekken in de decennia daarna. Niet in de laatste plaats omdat diverse analyses aantoonden dat relevante posities inderdaad geconcentreerd waren in de handen van een relatief kleine groep personen.[3]

Naast de externe kritiek op het bestaan van het 'old-boys-network' werd ook binnen het netwerk zelf meer en meer gekeken naar de cumulatie van posities. De Commissie Corporate Governance, voorgezeten door J.F.M. Peters, ontwikkelde in 1997 voor beursvennootschappen veertig principes als 'Aanbevelingen voor goed bestuur, adequaat toezicht en het afleggen van verantwoording'. Een belangrijke aanbeveling

[1] Vgl. M.S. Mizruchi, *The fracturing of the American corporate elite*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2013, p. 113-114.
[2] Zie wikipedia, bekeken op 30-05-2017, nl.wikipedia.org/wiki/Jan_Mertens_(vakbondsman).
[3] Vgl. F.N. Stokman, R. Ziegler and J. Scott, *Networks of Corporate Power: A Comparative Analysis of Ten Countries,* Cambridge: Polity Press, B. Blackwell 1985 en E.M. Heemskerk and M. Fennema, 'Network dynamics of the Dutch Business Elite', *International Sociology* 2009, Volume 24, Number 6, p. 807-832.

betrof het beperken van het combineren door personen van commissariaten (zie tekstbox).

Corporate Governance in Nederland – De Veertig Aanbevelingen
Commissie Corporate Governance, voorgezeten door J.F.M. Peters,
25 juni 1997

Aanbeveling 2.10 Aantal commissariaten
De Commissie is er voorstander van dat het aantal commissariaten van één persoon bij (beursgenoteerde) vennootschappen zodanig wordt beperkt dat een goede taakvervulling wordt gewaarborgd. Daarbij is met name de werkbelasting, ook van functies bij niet-genoteerde ondernemingen en bij andere instellingen een aandachtspunt dat expliciet moet worden meegewogen. Bepalend voor het aantal commissariaten dient te zijn de tijd die men voor een goede functievervulling beschikbaar heeft.

Van belang is dat commissarissen uit een brede kring worden geselecteerd waarbij verdere internationalisatie van de samenstelling van de Raad van Commissarissen een middel kan zijn.

Vennootschappen dienen functionarissen in actieve dienst zo mogelijk in de gelegenheid te stellen commissarisfuncties elders te vervullen.

Het probleem had volgens de Commissie Peters voornamelijk te maken met een goede taakvervulling, en dus met de kwaliteit van het toezicht, en niet zozeer met het bestaan van een 'old-boys-network'. Het hebben van een (te) groot aantal toezichtfuncties werd gezien als een te grote werkbelasting en zou het eigen functioneren belemmeren en de kwaliteit van het toezicht aantasten. Daarnaast drong de Commissie Peters er op aan uit brede kring te selecteren, wat vanuit hedendaags perspectief een impliciete verwijzing lijkt te zijn naar een te klein 'old-boys-network' in die dagen. Tot slot beval de Commissie Peters aan om ook functionarissen in actieve dienst de mogelijkheid te bieden om elders een commissariaat te vervullen. De Veertig Aanbevelingen werden alom als interessant gezien. Naleving was echter vrijblijvend en kwam niet echt van de grond.[4]

Na de eeuwwisseling veranderde dit. Enkele bedrijfsschandalen haalden het nieuws. Internationaal gezien leidde het ENRON-schandaal tot een sterk toegenomen aandacht voor corporate governance vraagstukken, waarbij de kritiek zich richtte op de vrijblijvendheid van het ondernemingsbestuur. In de Verenigde Staten betekende dit de introductie in 2002 van de Sarbanes-Oxley Act[5] voor deugdelijk ondernemingsbestuur, waarbij de wettelijke regels stevig werden aangescherpt.

In Nederland brandde de discussie pas echt los in 2003 met de Ahold-affaire. Een nieuwe Corporate Governance Commissie onder leiding van M. Tabaksblat werd op 10 maart 2003 ingesteld. De door deze Commissie opgestelde Corporate Governance Code werd

[4] Vgl. D.V. de Jong, A. de Jong, G.M.H. Mertens & Ch. Wasley, 'Corporate governance in Nederland: de invloed van de Commissie Peters', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2001, jaargang 75, editie 4, p. 150-161.
[5] Public Law 107–204, July 30, 2002. Te raadplegen via www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf.

minder vrijblijvend geformuleerd. De Code werd vervolgens wettelijk verankerd in art. 2:391 lid 5 BW. Beursgenoteerde vennootschappen werden aldus verplicht de code te volgen of daar beargumenteerd vanaf te zien ('pas-toe-of-leg-uit' beginsel; zie hiervoor nader hoofdstuk 6). Op het punt van het maximumaantal commissariaten volgde de nieuwe Commissie haar voorganger. Alleen kende de 'best practice' bepaling nu geen inhoudelijke verklaring, maar werd slechts een maximumaantal commissariaten voor beursgenoteerde vennootschappen voorgeschreven: één persoon mag maximaal vijf commissariaten vervullen, waarbij het voorzitterschap dubbel telt (zie tekstbox).

De Nederlandse corporate governance code: Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen
Commissie Corporate Governance, voorgezeten door M. Tabaksblat,
9 december 2003

III.3 Deskundigheid en samenstelling

Best practice bepaling III.3.4: Het aantal commissariaten van één persoon bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen is zodanig beperkt dat een goede taakvervulling is gewaarborgd en bedraagt niet meer dan vijf, waarbij het voorzitterschap van een raad van commissarissen dubbel telt.

Tevens bevatte de Corporate Governance Code een 'best practice' bepaling over de combinatie van een uitvoerende functie met een toezichthoudende functie. Voorgeschreven werd dat een bestuurder niet meer dan twee commissariaten mag vervullen, waarbij een bestuurder geen voorzitter mag zijn van een RvC (zie tekstbox).

De Nederlandse corporate governance code: Beginselen van deugdelijk ondernemingsbestuur en best practice bepalingen
Commissie Corporate Governance, voorgezeten door M. Tabaksblat,
9 december 2003

II.1 Taak en werkwijze

Best practice bepaling II.1.7: Een bestuurder bezit niet meer dan twee commissariaten bij beursgenoteerde vennootschappen. Een bestuurder is geen voorzitter van de raad van commissarissen van een beursgenoteerde vennootschap. Commissariaten bij groepsmaatschappijen van de "eigen" vennootschap worden niet meegeteld. De aanvaarding door een bestuurder van een commissariaat bij een beursgenoteerde vennootschap behoeft de goedkeuring van de raad van commissarissen. Andere belangrijke nevenfuncties worden aan de raad van commissarissen gemeld.

Met de wettelijke verankering van de nieuwe Code werd het aantal commissariaten een prangende kwestie binnen de RvC's van beursvennootschappen. Men stond voor de keuze zich aan deze regels te conformeren of expliciet melding te maken van een eventuele afwijking. Feitelijk betekende dit de verdere afbouw van de dichte interlock-netwerken van beursgenoteerde vennootschappen in Nederland. De dichtheid van het

netwerk nam overigens al jaren af, dus het was vooral een volgende stap in een langer durend proces.[6]

Gelijktijdig nam het aantal toezichtfuncties echter rap toe. In enkele sectoren trok de Nederlandse overheid zich terug uit het publieke domein. Een groot aantal organisaties binnen de gezondheidszorg, onderwijs, en woningbouw werd verzelfstandigd. Om het toezicht op deze organisaties goed te regelen werd gezocht naar een goed functionerend toezichtmodel. Dat model moest enerzijds de onafhankelijkheid van deze organisaties respecteren en hen de ruimte bieden eigen beleid te ontwikkelen. Anderzijds moest het voldoende 'checks and balances' bieden en afdoende controle van de uitvoerende bestuurders realiseren. Met het verplicht stellen van raden van toezicht in sectorwetgeving, vertaalde de overheid het model uit de private sector richting de semipublieke sector.
Vanwege het relatief nieuwe fenomeen van raden van toezicht in de semipublieke sector, gingen deze organisaties al snel op zoek naar ervaren bestuurders met toezichthoudende ervaring. Het lag voor de hand dat, zeker in de beginperiode, veel toezichtfuncties werden vervuld door ervaren toezichthouders afkomstig uit de private sector.

In de semipublieke sector riep de bemensing van de raden van toezicht soortgelijke vragen op als in de private sector. Bij een aantal schandalen – zoals Meavita, Rochdale en Vestia – drong de vraag zich op in hoeverre de kwaliteit van het toezicht aan de maat was. Het houden van toezicht is echter mensenwerk en is moeilijk op directe wijze te reguleren. De discussies richten zich vervolgens op meer indirecte indicatoren: is er door de toezichthouders tijdige en voldoende aandacht besteed aan het toezicht? En daarvan afgeleid, hebben de desbetreffende toezichthouders überhaupt voldoende tijd te besteden aan hun toezichtfuncties? Met deze discussies lag ook voor de semipublieke sector de vraag op tafel of toezichthouders (soms) niet te veel toezichtfuncties combineren waardoor de kwaliteit van het toezicht wordt aangetast.

In de hiervoor geschetste context werd bij de behandeling van het Wetsvoorstel aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv een amendement ingediend door Tweede Kamerlid Irrgang (SP) om het aantal toezichtfuncties voor grote NV's, BV's en stichtingen te beperken tot vijf en tot twee voor bestuurders. Nadat in paragraaf 2.2 kort de contouren van de limiteringsregeling worden geschetst, wordt in de daarop volgende paragrafen (2.3-2.6) de parlementaire geschiedenis van de limiteringsregeling besproken.

[6] Vgl. E.M. Heemskerk and M. Fennema, 'Network dynamics of the Dutch Business Elite', *International Sociology* 2009, Volume 24, Number 6, p. 807-832 en G.K. Westerhuis and T. David, *The power of corporate networks – a comparative and historical perspective,* London: Routledge 2014.

2.2 Schets van de contouren van de limiteringsregeling

De limiteringsbepalingen voor bestuurs- en toezichtfuncties en commissariaten bij grote NV's[7] en BV's en bij grote commerciële/semipublieke stichtingen zijn neergelegd in art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW. De limiteringsbepalingen behelzen een maximering van het aantal toezichthoudende functies dat mag worden gehouden door (uitvoerende en niet-uitvoerende) bestuurders, commissarissen en toezichthouders van grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen.

Genoemde bepalingen zijn ingevoegd bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Stb. 2011, 275) en de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440), beide in werking getreden op 1 januari 2013. De tweede wet is het resultaat van een toezegging van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Eerste Kamer bij novelle een aantal verduidelijkingen aan te brengen in de limiteringsregeling en een aantal uitzonderingen toe te voegen voor charitatieve, culturele en kerkelijke instellingen. Vervolgens zijn de bepalingen nog gewijzigd bij de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (Stb. 2013, 302), in werking getreden op 1 juli 2014, waarbij de pensioenfondsen zijn uitgezonderd van toepasselijkheid van de limiteringsregeling.

Een dergelijke limiteringsregeling was ten tijde van de invoering ervan al van toepassing op bestuurders van beursvennootschappen (bpb II.1.7 CGC) en op commissarissen van beursvennootschappen (bpb III.3.4 CGC) (zie par. 2.1). De reikwijdte van de wettelijke limiteringsregeling gaat echter veel verder omdat niet alleen commissariaten bij beursvennootschappen worden meegeteld, maar ook commissariaten en vergelijkbare toezichthoudende functies bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen.

In de navolgende paragrafen worden kort de contouren van de limiteringsregeling geschetst.

2.2.1 Begrippen bestuurder en commissaris

De limiteringsbepalingen betreffen onderscheidenlijk de benoeming van een bestuurder en die van een commissaris. Met een bestuurder wordt in het navolgende bedoeld een bestuurder bij een two-tier board en een uitvoerende bestuurder (executive) bij een one-tier board; met een commissaris een commissaris bij een two-tier board en een niet-uitvoerende bestuurder (non-executive) bij een one-tier board.
In art. 2:132a/2:242a lid 2 sub a BW wordt met een commissaris gelijkgesteld een lid van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is

[7] In het hiernavolgende wordt onder NV ook een SE begrepen. Op grond van art. 10 SE-Verordening geldt voor onderwerpen die niet Europees zijn geregeld de nationale wetgeving van de lidstaat waar de statutaire zetel van de SE zich bevindt.

ingesteld. Denk hierbij aan een raad van toezicht van een woningcorporatie of een zorginstelling.

2.2.2 Toepassingsgebied: grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen

De limiteringsregeling betreft de benoeming van bestuurders en commissarissen bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Hiermee worden NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen bedoeld die aan twee van de volgende drie criteria voldoen:
(i) de waarde van de activa bedraagt € 20.000.000 of meer;
(ii) de netto-omzet (bij een stichting: bedrijfsopbrengsten of baten) bedraagt € 40.000.000 of meer;
(iii) het gemiddeld aantal werknemers bedraagt 250 of meer.

Een NV, BV of commerciële/semipublieke stichting moet op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, voldoen aan twee van de drie genoemde criteria voordat zij kwalificeert als groot.[8] Bij het toetsen aan de grootte-criteria moet ook naar groepsmaatschappijen worden gekeken (geconsolideerde basis).[9]

Voor een stichting geldt als aanvullende voorwaarde dat deze bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen, die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW; art. 2:297a lid 1 BW. Indien een stichting verplicht is een titel 9-jaarrekening op te stellen kan deze worden gekwalificeerd als een commerciële stichting. Indien er sprake is van een verplichting tot het opstellen van een aan titel 9 gelijkwaardige jaarrekening, is veelal sprake van een semipublieke stichting. Een dergelijke stichting dient mede een publiek belang en zij wordt in veel gevallen gefinancierd – geheel of gedeeltelijk – uit publieke middelen. Gedacht kan worden aan woningcorporaties, pensioenfondsen en zorg- en onderwijsinstellingen. Zie hierover nader par. 2.5.1 en 2.5.4.

Voor de drie criteria verwijst de limiteringsregeling naar art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Dit artikel is laatstelijk gewijzigd bij de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening van 30 september 2015[10], in werking getreden op 1 november 2015.[11] Vandaar dat de getalscriteria in dit

[8] Vgl. de in- en uitgroeiregeling in art. 2:132a lid 1 aanhef, 2:142a lid 1, 2:242a lid 1 aanhef, 2:252a lid 1 en 2:297a lid 1 onderdeel b BW.
[9] Getoetst moet worden aan de criteria als bedoeld in art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Vgl. art. 2:132a lid 1 aanhef en lid 2 sub c, 2:142a lid 1 en lid 2 sub c, 2:242a lid 1 aanhef en lid 2 sub c, 2:252a lid 1 en lid 2 sub c, 2:297a lid 1 sub b en lid 3 sub c, 2:297b lid 2 sub c BW.
[10] Wet van 30 september 2015 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot

rapport afwijken van de getalscriteria die ten tijde van de totstandkoming van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv golden.[12]

2.2.3 Inhoud limiteringsregeling voor benoeming tot bestuurder

De limiteringsregeling voor de benoeming tot bestuurder houdt in dat iemand die twee commissariaten heeft bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting of die voorzitter is van een RvC of van een bestuursorgaan bij een one-tier board van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot bestuurder van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan worden benoemd. Het aantal bestuursfuncties wordt dus niet gemaximeerd.

2.2.4 Inhoud limiteringsregeling voor benoeming tot commissaris

De limiteringsregeling voor de benoeming tot commissaris houdt in dat iemand die vijf of meer commissariaten heeft bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot commissaris van een andere grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan worden benoemd. Hierbij telt een voorzitterschap van een RvC of van een bestuursorgaan bij een one-tier board dubbel.

2.2.5 Uitzonderingen

Er gelden twee uitzonderingen op de limiteringsbepaling.

Benoemingen bij verschillende grote NV's, BV's of commerciële stichtingen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW, tellen als één functie.[13] Wordt bijvoorbeeld iemand benoemd tot bestuurder van een rechtspersoon en is degene commissaris bij twee rechtspersonen die tot een groep behoren waartoe de rechtspersoon waarvan degene bestuurder wordt niet hoort, dan tellen ook in dat geval de twee commissariaten voor één.[14]

De andere uitzondering betreft de tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 of art. 2:356 sub c BW.[15] Deze aanstelling telt niet mee.

---

intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (*PbEU* 2013, L 182) (Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening), *Stb.* 2015, 349.

[11] *Stb.* 2015, 350.

[12] De getalscriteria luidden destijds € 17.500.000, € 35.000.000 respectievelijk 250.

[13] Art. 2:132a lid 2 sub b, 2:142a lid 2 sub b, 2:242a lid 3 lid 2 sub b, 2:252a lid 2 sub b, 2:297a lid 3 sub b, 2:297b lid 2 sub b BW.

[14] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8.

[15] Art. 2:132a lid 2 sub e, 2:142a lid 2 sub e, 2:242a lid 3 lid 2 sub e, 2:252a lid 2 sub e, 2:297a lid 3 sub d, 2:297b lid 2 sub d BW.

2.2.6 Moment van toepassing limiteringsregeling

De limitering van functies wordt uitsluitend toegepast op het moment van (her)benoeming. Een latere wijziging van omstandigheden – een latere kwalificatie als groot of het verbreken van de groepsband – is niet relevant voor een benoeming die rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Deze kan slechts tot gevolg hebben dat een herbenoeming niet kan plaatsvinden.[16] Omgekeerd leidt het verlies van de kwalificatie groot of het ontstaan van een groepsband er niet toe dat een nietige benoeming promoveert tot een rechtsgeldige benoeming.

2.2.7 Sanctie op niet-naleving

De sanctie op het niet naleven van de limiteringsbepalingen is een nietige benoeming. Dit betekent dat indien een persoon het maximumaantal commissariaten bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting heeft bereikt, het gevolg daarvan is dat de volgende benoeming van die persoon tot bestuurder of commissaris bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting nietig is. De nietigheid van de benoeming vanwege het bereiken van het maximumaantal commissariaten heeft echter geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.[17]

2.3 Oorsprong limiteringsregeling

2.3.1 Amendement Irrgang

De limiteringsregeling berust op een amendement van het Kamerlid Irrgang van 3 december 2009.[18]

In het hiernavolgende wordt de tekst van het amendement betreffende de NV-wetsartikelen weergegeven. De tekst voor de BV en de stichting is min of meer gelijkluidend. Bij de weergave van het amendement is rekening gehouden met een latere rectificatie – vooral technische aanpassingen – van het amendement door een amendement bij het Wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht van het Kamerlid Irrgang van 15 december 2009.[19]

Tekst amendement

"Artikel 132a

1. Bestuurder van een vennootschap die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1 kunnen niet zijn:

---

[16] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 5/11.

[17] Ingevoegd bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (*Stb.* 2012, 440). Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 2/3 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 6 (NvW).

[18] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20.

[19] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 27.

a. personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan twee rechtspersonen;
b. personen die voorzitter zijn van de raad van commissarissen van een rechtspersoon of van het bestuur van een rechtspersoon indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.
2. Voor de toepassing van lid 1 wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld, wordt de benoeming bij een groepsmaatschappij van de vennootschap niet meegeteld en betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de stichting die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1.

Artikel 142a
1. Commissaris van een vennootschap die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1 kunnen niet zijn: personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan vijf rechtspersonen, waarbij het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, dubbel telt.
2. Voor de toepassing van lid 1 wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld, wordt de benoeming bij een groepsmaatschappij van de vennootschap niet meegeteld en betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap, de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de stichting, die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1."

De toelichting bij het amendement Irrgang luidde als volgt:

> "Om de kwaliteit van bestuur en toezicht bij een rechtspersoon te waarborgen, belangenverstrengeling te voorkomen en een bijdrage te leveren aan het doorbreken van het zogenaamde «old boys network», is het wenselijk dat een individu niet teveel functies tegelijkertijd kan bekleden. Door het bekleden van teveel functies moet de aandacht immers over meerdere zaken verspreid worden, wordt sneller de schijn van belangenverstrengeling gewekt en wordt het moeilijker voor buitenstaanders om toe te treden tot de hoogste organen van een rechtspersoon. Dit amendement voorziet daarom in een limitering van het aantal functies dat een bestuurder of toezichthouder tegelijkertijd kan bekleden.
> De Nederlandse corporate governance code kent een vergelijkbare limitering als waarin dit amendement voorziet, maar de toepassing daarvan is beperkt tot Nederlandse beursvennootschappen. Gezien het belang van goed bestuur en toezicht [bij; dit woordje moet worden weggelaten; JNSV] wordt het wenselijk

geacht een limitering op aantal functies voor alle vennootschappen in te voeren. Ook is de indiener van mening dat de bovengenoemde problemen zich niet beperken tot de private sector, maar evengoed voorkomen in de (semi)publieke sector. Mede om die reden is de limitering ook van toepassing op stichtingen.
De limitering in het aantal functies geldt alleen voor de grotere vennootschappen en stichtingen. Een functie bij een rechtspersoon wordt daarom niet meegeteld indien de rechtspersoon conform artikel 2:397, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek voldoet aan twee van de volgende drie voorwaarden.
1. de waarde van de activa van de vennootschap bedraagt volgens de balans met toelichting op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs niet meer dan € 17 500 000;
2. de netto-omzet van de vennootschap over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 35 000 000; en
3. het gemiddeld aantal werknemers van de vennootschap over het boekjaar bedraagt minder dan 250.
Voor een bestuurder van een rechtspersoon [bedoeld is NV, BV en stichting; JNSV][20] geldt dat deze niet meer dan twee commissariaten bij andere rechtspersonen [bedoeld is NV, BV en stichting; JNSV][21] kan bekleden, uitgezonderd groepsmaatschappijen. Tevens kan een bestuurder geen voorzitter zijn van de raad van commissarissen. Daarbij geldt dat aan een commissaris is gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld.
Voor commissarissen geldt dat zij niet meer dan vijf commissariaten tegelijk kunnen bekleden, uitgezonderd groepsmaatschappijen. Voorzitterschappen tellen dubbel. Daarbij geldt eveneens dat aan een commissaris is gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij de statuten van een rechtspersoon is ingesteld. Indien een stichting een toezichthoudend orgaan heeft ingesteld, geldt een vergelijkbare bepaling.
Het voorgestelde artikel IIIB regelt dat de voorgestelde artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn op benoemingen en aanwijzingen van bestuurders en commissarissen die voor de datum van inwerkingtreding van deze wet hebben plaatsgevonden. Bestuurders en toezichthouders die bij inwerkingtreding teveel functies bekleden worden derhalve niet gedwongen op dat moment één of meerdere functies neer te leggen. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat bij benoemingen en aanwijzingen die geschieden na inwerkingtreding van deze wet, functies die aangegaan zijn voor inwerkingtreding van deze wet wel degelijk meegeteld worden."

[20] Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 27.
[21] Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 27.

Omdat de tekst ook na deze correctie vragen bleef oproepen, werden via de Wet tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (de Reparatiewet) de artikelen opnieuw aangepast.[22] In par. 2.4 en 2.5 worden de diverse aspecten van de wettelijke limiteringsregeling zoals deze in de wetsgeschiedenis aan de orde zijn gekomen besproken.

2.3.2 Beoogde doeleinden limiteringsregeling

In de toelichting bij het amendement van het Tweede Kamerlid Irrgang zijn de beoogde doelen van de limiteringsregeling als volgt omschreven:[23]

> "Om de kwaliteit van bestuur en toezicht bij een rechtspersoon te waarborgen, belangenverstrengeling te voorkomen en een bijdrage te leveren aan het doorbreken van het zogenaamde «old boys network», is het wenselijk dat een individu niet teveel functies tegelijkertijd kan bekleden. Door het bekleden van teveel functies moet de aandacht immers over meerdere zaken verspreid worden, wordt sneller de schijn van belangenverstrengeling gewekt en wordt het moeilijker voor buitenstaanders om toe te treden tot de hoogste organen van een rechtspersoon. Dit amendement voorziet daarom in een limitering van het aantal functies dat een bestuurder of toezichthouder tegelijkertijd kan bekleden."

Hieruit kunnen drie beoogde doelen van de limiteringsregeling worden opgemaakt:
(i) Het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote entiteiten.
Eén persoon moet niet teveel functies bekleden omdat hij zijn aandacht dan over teveel zaken zal moeten verdelen. M.a.w. bestuurders en commissarissen moeten voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken. Kwaliteit staat daarbij gelijk aan een voldoende tijdsbesteding.
(ii) Het voorkomen van belangenverstrengeling.
(iii) Het leveren van een bijdrage aan het doorbreken van het zogenoemde 'old boys network', te weten het fenomeen dat telkens dezelfde personen worden benoemd tot bestuurder of toezichthouder bij een groot aantal entiteiten.

In de memorie van antwoord EK merkt de Minister van Veiligheid en Justitie betreffende subdoel (i) het volgende op:[24]

> "Ik begrijp dat aan het amendement ondermeer de gedachte ten grondslag ligt dat één persoon niet teveel functies zou moeten bekleden omdat hij zijn aandacht

[22] Vgl. Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 873, nr. 6 (NvW) en uiteindelijk Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Stb.* 2012, 440.
[23] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20.
[24] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 16.

dan over teveel zaken zal moeten verdelen. Het amendement beoogt een kwaliteitsverhoging…
De indiener wil een kwaliteitsslag bij grote organisaties bevorderen. Dat vereist dat bestuurders en commissarissen in elk geval voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken. Een persoon die het maximum aantal commissariaten vervult bij enkele grote instellingen kan niet nog een functie als bestuurder of commissaris aanvaarden bij een andere grote NV, BV of stichting."

Verderop in de memorie van antwoord EK merkt de Minister van Veiligheid en Justitie betreffende subdoel (iii) het volgende op:[25]

"Ik kan mij voorstellen dat de voorgestelde limitering van het aantal functies dat één persoon kan vervullen bij diverse grote NV's, BV's en stichtingen kan bijdragen aan het voorkomen van de situatie dat telkens dezelfde personen worden benoemd tot bestuurder of toezichthouder bij een groot aantal grote instellingen."

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer wierp de VVD-fractie bij monde van mevrouw Kneppers-Heynert de vraag op of de doelstellingen van de cumulatieregeling met de voorgestelde regeling wel worden bereikt:[26]

"De bedoeling van deze regeling is om de kwaliteit van bestuur en toezicht te bevorderen, belangenverstrengeling te voorkomen en een bijdrage te leveren aan het doorbreken van het zogenaamde "old boys network". Op zichzelf is mijn fractie het met deze doelstellingen eens, alleen is het de vraag of ze langs deze weg worden bereikt. Kwaliteit bevorder je niet door kwantitatieve beperkingen. Voor belangenverstrengeling heb je geen vijf nevenfuncties nodig; één kan genoeg zijn. Niet het aantal functies maar integriteit en onafhankelijkheid van degenen die de functie bekleden, is waar het om gaat. Met onafhankelijkheid bedoel ik niet alleen kritisch en onafhankelijk van geest, maar ook onafhankelijkheid van economische en sociaaleconomische relaties. In familiebedrijven kan dit een probleem zijn. Commissaris zijn bij een bedrijf dat tevens je leverancier is, voldoet ook niet aan het criterium van onafhankelijkheid van economische relaties.
Het "old boys network" verhinder je door bepaalde combinaties niet toe te staan, zoals de code-Tabaksblat dat voorschrijft. Janssen kan geen commissaris zijn bij de "grote" nv waar Pietersen voorzitter van de raad van bestuur is, terwijl tegelijkertijd Pietersen commissaris is bij een nv of bv waar Janssen bestuurder is. En zo zijn er meer combinaties te noemen. "

[25] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 21.
[26] Behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer, *Handelingen* 2010-2011, nr. 28, item 2, datum vergadering 24 mei 2011, p. 28-2-8.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 BW ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b werd ook door de woordvoerder van het CDA betwijfeld of met het middel van limitering van functies de beoogde doelen worden bereikt:[27]

> "Het is bekend dat de CDA-fractie geen voorstander was van het amendement-Irrgang, waarin het aantal toezichthoudende functies en commissariaten in grote vennootschappen sterk aan banden wordt gelegd. Wij zijn en blijven van mening dat daarmee een inbreuk wordt gemaakt op de vrije besluitvorming wat betreft de keuze van bestuurders of toezichthouders van de vennootschap. Wat wel overeind blijft – dat zeggen de andere fracties terecht – is dat er problemen zijn gerezen. De vraag is echter of het limiteren van het aantal het medicijn is voor de problemen. Wij verschillen louter daarover van mening, maar laten wij duidelijk zijn. Zo staan wij er als CDA in: als deze Kamer en de Eerste Kamer iets hebben aangenomen, dan is het niet aan ons om nog verder te klieren. Wij proberen wel om een aantal zaken nog verduidelijkt te krijgen, maar het is verder een gegeven. Veel mensen in de maatschappij snappen heel goed dat dit een doel kan dienen. Wij denken alleen dat het opstellen van betere regels voor toezicht, uitvoering en aansprakelijkheden de sleutel is om tot verbeteringen te komen. Het zit volgens ons strikt genomen niet in het aantal. Daarover verschilden wij van mening, maar eigenlijk maakt dat niet zoveel uit. Er ligt nu een prima wet en we zijn louter bezig om die nog te verbeteren."

Ook de woordvoerder van de VVD laat nog een keer weten dat zijn fractie de met de limiteringsregeling nagestreefde doelen ondersteunt, maar het middel: wettelijke beperking van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties, geen goed middel vindt. Verwezen wordt naar de Corporate Governance Code en het comply-or-explain-principe. Het heeft de voorkeur de cumulatie van functies te regelen in een richtlijn waarvan je in individuele gevallen kunt afwijken:[28]

> "Is het een goed idee om zomaar het aantal bestuursfuncties, het aantal commissariaten of het aantal functies in combinatie met een bestuursfunctie te beperken? Toen het amendement in stemming werd gebracht, was ons antwoord op die vraag nee. En dat is niet veranderd. Waarom? Omdat de code-Tabaksblat en de gedachten van de commissie-Frijns heel goed zijn. Het is een richtlijn waarvan je in individuele gevallen kunt afwijken. Als je dat doet, zul je daarvoor publiekelijk verantwoording moeten afleggen aan de samenleving en aan de aandeelhouders. Daarmee maak je inzichtelijk waarom je de richtlijn overschrijdt. Als daar goede redenen voor te bedenken zijn, dan zul je daarvoor verantwoording moeten

[27] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 7.
[28] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 11/12.

afleggen met alle risico's van dien dat de media, de samenleving, de aandeelhouders zich erover buigen. Wat de VVD-fractie betreft is dat meer dan voldoende om ervoor te zorgen dat je geen ongewenste stapeling krijgt. De verantwoordelijkheid voor die stapeling rust primair bij de raad van commissarissen of de raad van toezicht of bij de aandeelhouders, en niet zozeer bij de wetgever die namens de samenleving optreedt. Uiteindelijk zijn het de aandeelhouders bij een grote vennootschap die de belangen hebben. In veel gevallen is dat niet primair het belang van de samenleving. Indirect is dat vaak wel het geval, bijvoorbeeld bij grote banken, maar ook daarvoor is inmiddels uitgebreide wetgeving door de Kamer aangenomen met steun van de VVD-fractie."

2.4 Inhoud en betekenis limiteringsregeling

2.4.1 Maximering bestuurs- en toezichtfuncties

De maximering van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties per persoon bij grote NV's, BV's en stichtingen is geregeld in de art. 2:132a, 2:242a en 2:297a BW.

2.4.1.1 Wettekst

Art. 2:132a BW voor de NV en het voor de BV gelijkluidende art. 2:242a bepalen het volgende:

"1. Tot bestuurder van een vennootschap die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2 kunnen niet worden benoemd:
a. personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan twee rechtspersonen;
b. personen die voorzitter zijn van de raad van commissarissen van een rechtspersoon of van het bestuur van een rechtspersoon indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.
2. Voor de toepassing van dit artikel:
a. wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld;
b. telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming;
c. betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die

op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2, onderscheidenlijk de stichting als bedoeld in artikel 297a lid 1;
d. wordt met bestuurder in de zin van de aanhef van lid 1 gelijkgesteld de uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders;
e. geldt een tijdelijke aanstelling overeenkomstig artikel 349a lid 2 of artikel 356 onder c niet als benoeming;
f. wordt de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 106a van de Pensioenwet en artikel 110ca van de Wet verplichte beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur.
3. De nietigheid van de benoeming op grond van de vorige leden heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen."

Het artikel geldend voor de grote stichting wijkt hiervan slechts af doordat in lid 1 is geregeld op welke stichtingen het artikel van toepassing is, waarna in lid 2 de beperking voor de benoeming tot bestuurder van een grote stichting wordt geregeld en in lid 3 de bijzondere gevallen. In lid 4 ten slotte is bepaald wat het gevolg is van een benoeming in strijd met het artikel.

Een verschil tussen de NV en de BV enerzijds en de stichting anderzijds is dat een one-tier bestuursstructuur bij de stichting wettelijk niet is geregeld. Afgezien van dit verschil komen de artikelen voor de grote NV, BV en stichting inhoudelijk overeen.

In de wetsgeschiedenis komen enkele aspecten van uitleg van de bepalingen betreffende de maximering van bestuurs- en toezichtfuncties aan de orde. Deze worden hierna toegelicht.

2.4.1.2 Bestuurder als hoofdfunctie

Uit de memorie van antwoord EK blijkt dat het niet uitmaakt of de bestuurder deze functie al dan niet fulltime vervult:[29]

"De leden van de VVD-fractie vragen of er een verschil bestaat tussen het geval dat een fulltime hoofdfunctie wordt bekleed naast een aantal commissariaten en het geval dat een dergelijke hoofdfunctie ontbreekt en er meer tijd over is voor

[29] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 18/19.

bestuurlijke activiteiten en commissariaten. Ik meen dat het amendement reeds rekening houdt met verschillende omstandigheden. Wanneer een persoon tot bestuurder wordt benoemd bij een grote instelling zoals een beursvennootschap of een ziekenhuis, is dat normaliter een fulltime functie. In dat geval kan hij daarnaast nog – samengevat – twee commissariaten bij andere grote instellingen vervullen (artikel 2:132a BW). Is sprake van een toezichtfunctie bij een grote instelling, dan wordt de desbetreffende persoon geacht meer tijd over te houden dan als bestuurder. Eén persoon kan maximaal vijf toezichtfuncties vervullen bij grote organisaties (artikel 2:142a BW)."

2.4.1.3 Geen limitering aantal bestuursfuncties

Op een vraag van de PvdA-fractie of het wenselijk is om het aantal bestuursfuncties te limiteren antwoordt de Minister van Veiligheid en Justitie als volgt:[30]

"Ik zie in de behandeling van het amendement in uw Kamer en de Eerste Kamer geen aanleiding om een voorstel te doen tot limitering van het aantal bestuursfuncties. Zoals ik aan de Eerste Kamer heb gemeld, zijn bestuursfuncties bij grote bedrijven of instellingen normaliter fulltime functies. Het cumuleren van bestuursfuncties wordt dan vanzelf beperkt. De cumulatie van een bestuursfunctie met toezichtsfuncties is al voldoende gelimiteerd."

2.4.1.4 Monistisch bestuursmodel

Naar aanleiding van een vraag van de PvdA-fractie gaat de Minister van Veiligheid en Justitie in op de kwestie hoe de limitering van functies moet worden toegepast bij vennootschappen met een one-tier board:[31]

"Ik meen dat de aanhef van artikel 2:132a («Bestuurder kunnen niet zijn:») in geval van een monistisch bestuursmodel moet worden gelezen als: «Uitvoerend bestuurder kunnen niet zijn». De functie van uitvoerend bestuurder is in de praktijk goed vergelijkbaar met de bestuursfunctie in een dualistisch bestuursmodel. In de onderdelen a en b van artikel 2:132a lid 1 BW is overigens uitdrukkelijk rekening gehouden met een monistisch bestuursmodel: de functie van commissaris en de functie van niet uitvoerende bestuurder is voor het bepalen van het aantal relevante functies gelijkgesteld en hetzelfde geldt voor de functie van voorzitter van de raad van commissarissen en de functie van voorzitter van het bestuur in een monistisch bestuursmodel (aangezien de voorzitter in het laatste geval altijd een niet uitvoerende bestuurder moet zijn)."

[30] *Kamerstukken I* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II) , p. 6.
[31] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 20.

In een latere fase van het wetgevingsproces – bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b – is dit verduidelijkt door de invoeging van letter d in lid 2 van art. 2:132a en 2:242a BW.

2.4.2 Maximering aantal toezichthoudende functies

De maximering van het aantal toezichthoudende functies bij grote NV's, BV's en stichtingen is geregeld in de art. 2:142a, 2:252a en 2:297b BW.

2.4.2.1 Wettekst

Art. 2:142a BW voor de NV en het voor de BV gelijkluidende art. 2:252a bepalen het volgende:

> "1. Tot commissaris van een vennootschap die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2 kunnen niet worden benoemd: personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij vijf of meer andere rechtspersonen. Het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, telt dubbel.
> 2. Voor de toepassing van dit artikel:
> a. wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld;
> b. telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming;
> c. betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2, onderscheidenlijk de stichting als bedoeld in artikel 297a lid 1;
> d. wordt met commissaris in de zin van de aanhef van lid 1 gelijkgesteld de niet uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders;
> e. geldt een tijdelijke aanstelling overeenkomstig artikel 349a lid 2 of artikel 356 onder c niet als benoeming;
> f. wordt de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 106a van de Pensioenwet en artikel 110ca van de Wet verplichte

beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur.
3. De nietigheid van de benoeming op grond van de vorige leden heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen."

Art. 2:297b BW is het inhoudelijk overeenkomstige artikel voor de grote stichting.

2.4.3 Maximumaantallen

Als gevolg van de limiteringsregeling wordt het aantal toezichthoudende functies in grote NV's, BV's en stichtingen gemaximeerd op niet meer dan vijf voor commissarissen en leden van toezichthoudende organen. Tevens wordt het aantal toezichthoudende functies in grote NV's, BV's en stichtingen gemaximeerd op niet meer dan twee voor bestuurders van grote NV's, BV's en stichtingen. Voor de bepaling van deze maximumaantallen is aansluiting gezocht met de overeenkomstige bepalingen in de Corporate Governance Code. Dat is de enige redengeving.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b werd aan de voorgestelde hoogte van de maximumaantallen aandacht besteed aan de hand van een amendement ingediend door Tweede Kamerlid Bontes. Deze bepleitte het maximumaantal commissariaten te verlagen tot drie en dat een bestuursfunctie slechts met één commissariaat kan worden gecombineerd. Hiervoor gaf hij de volgende toelichting:[32]

"De indiener meent dat het aantal toezichthoudende functies dat een commissaris of niet-uitvoerend bestuurder mag vervullen gelimiteerd moet worden tot een maximum van drie. Daarnaast mag volgens indiener een bestuursfunctie slechts worden gecombineerd met een commissariaat. Het amendement strekt ertoe deze twee punten te realiseren.
De kwaliteit van het bestuur en het toezicht wordt beter gewaarborgd ingeval van toezichthouders welke slechts over enkele toezichthoudende nevenfuncties beschikken. Dit amendement heeft tevens de strekking belangenverstrengeling door het bezitten van meerdere nevenfuncties te voorkomen. Tot slot beoogt de indiener het netwerk van oudgedienden nog meer te doorbreken dan is bewerkstelligd met het amendement van het lid Irrgang."

[32] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 16, p. 2.

In het wetgevingsoverleg lichtte Bontes het amendement verder toe:[33]

> "Het huidige voorstel spreekt van vijf commissariaten of een bestuursfunctie met twee commissariaten. Dat is naar mijn mening al veel te veel. Ik put dan uit mijn eigen werkervaring, maar ik verwijs ook naar het boek van de heer R. Goodijk, bijzonder hoogleraar van de Tilburgse Universiteit. Zijn expertiseterrein is de governance semipublieke sector. Hij is van mening dat er een beperking moet zijn tot drie van dit soort nevenfuncties, bijbanen of bestuursfuncties of hoe je het ook noemen wilt. Met drie heb je je handen vol. Ik weet uit eigen ervaring dat je als je een baan hebt, er niet veel bij kunt hebben. Dat is de realiteit. Je kunt je aandacht niet zo ver spreiden. De span of control wordt te groot. Daarom zijn drie commissariaten of een bestuursfunctie met een commissariaat genoeg. De heer Goodijk schrijft in zijn boek en in verschillende artikelen dat dit echt de limiet is als je goede kwaliteit wilt leveren."

Het amendement kon op sympathie van Tweede Kamerlid Irrgang rekenen:[34]

> "De heer Bontes heeft een amendement ingediend om van de gelegenheid gebruik te maken om een verdere beperking van vijf naar drie in te voeren. Het zal duidelijk zijn dat ik dat een sympathieke gedachte vind nu ik bijna drie jaar bezig ben met de beperking van het aantal toezichthoudende functies. Als ik de enorme lobby van het bedrijfsleven en het old boys network zie tegen de maximering van het aantal nevenfuncties, zal ik eerlijk gezegd blij zijn als dit in het Staatsblad staat en is ingegaan. Het is ook geen zorgvuldige manier van procederen om dan op allerlaatste moment van vijf naar drie te gaan. Ik kan mij eerlijk gezegd niet herinneren – misschien was het bij een ander debat – dat daar van zijn kant in het debat in 2009 over is gesproken, of dat hij een amendement heeft ingediend om van vijf naar drie te gaan. Ik sympathiseer daarmee, maar ik vind niet dat het nu voor de hand ligt om dat te doen, ook omdat het getal van vijf inmiddels in de wet staat, in ieder geval in het wetsvoorstel dat is aangenomen in de Eerste Kamer, en omdat de praktijk zich daarop heeft kunnen voorbereiden."

Tweede Kamerlid Van der Steur is een geheel andere mening toegedaan:[35]

> "Er zijn in de samenleving en met name in het bedrijfsleven grote bezwaren tegen de inmiddels steeds helderder wordende werking van deze wet. Ik neem als voorbeeld raden van commissarissen, voorzitters van raden van toezicht die zich nu vervroegd laten herverkiezen om de wet te ontwijken. Er zijn in Nederland

[33] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 3.
[34] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 6.
[35] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 12.

> instellingen waar raden van toezicht worden omgevormd tot raden van advies om buiten de wet te blijven. De vraag rijst dan waarom men dat doet. Is dat omdat men het zo leuk vindt om het amendement-Irrgang te omzeilen? Nee, dat gebeurt omdat men als de dood is dat men niet in staat zal zijn om aan het kwalitatief hoogwaardige bestuur te kunnen voldoen dat men wenselijk acht, dat men verplicht is te hebben op grond van de verplichtingen die men aan de samenleving heeft. Dat komt omdat het aantal van vijf en twee in combinatie met een bestuursfunctie relatief uit de lucht gegrepen lijkt te zijn. Er is in feite geen goede, laat staan wetenschappelijke onderbouwing voor dit aantal. Sterker nog, degenen die geprobeerd hebben het aantal te onderbouwen, zoals Ernst & Young, die daar een vrij uitgebreid onderzoek naar heeft gedaan, komen tot de volgende conclusie. Als je uitgaat van de gemiddelde tijdsbesteding van een commissaris en een voorzitter van de raad van commissarissen, dan zie je dat de bestuurder met twee serieuze commissariaten ongeveer 2000 uur per jaar aan die functies kwijt is. Dat is dus enorm veel. Mensen met vijf commissariaten moeten daar 780 uur aan besteden. Met die 780 uur moet diegene als hij fulltime commissaris is in zijn inkomen voorzien. Als voorzitter van de raad van commissarissen mag je nog maar drie commissariaten hebben. Volgens de berekeningen van Ernst & Young houdt dat in dat je nog maar 700 uur bezig bent. De hele wet- en regelgeving schiet op dit punt haar doel volstrekt voorbij. Een voorzitterschap van de raad van commissariaten plus drie commissariaten zal minder werk zijn dan vijf commissariaten en nog veel minder dan één bestuursfunctie plus de twee commissariaten die op grond van de wet nog mogen. Als je dit beziet en als je luistert naar wat er in de vennootschappen, instellingen, stichtingen en ziekenhuizen wordt gezegd over de kwaliteit van het bestuur, dan is er voldoende reden om je daar ernstig zorgen over te maken."

De Minister van Veiligheid en Justitie ontraadde het amendement:[36]

> "Ik kom dan bij het amendement op stuk nr. 16, dat regelt dat het maximum van het aantal commissariaten wordt verlaagd tot drie in plaats van vijf en dat een bestuursfunctie slechts met één commissariaat kan worden gecombineerd. Dat is een inhoudelijke aanpassing van de wet en geen reparatie. Dat zult u met mij eens zijn. Een verdere beperking en afwerking van de code voor beursvennootschappen is niet nodig. Ik ontraad dit amendement daarom."

Het voorstel tot verlaging van de maximumaantallen werd dus niet op inhoudelijke maar op wetstechnische gronden ontraden door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het amendement werd vervolgens bij de stemming in de Tweede Kamer op 3 juli 2012 verworpen.

[36] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 21.

2.4.4 Dubbeltelling voorzitterschap toezichthoudend orgaan

Bij de limiteringsregeling telt het voorzitterschap van de raad van commissarissen of van de one-tier board dubbel. Tot bestuurder van een grote NV, BV of stichting kunnen niet worden benoemd personen die commissaris of niet-uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan twee grote NV's, BV's of stichtingen, of personen die voorzitter zijn van de raad van commissarissen of van de one-tier board van een grote NV, BV of stichting. Voor de maximering van het aantal toezichthoudende functies bij grote NV's, BV's en stichtingen geldt dezelfde regel: bij de beoordeling of aan de limiet van vijf toezichthoudende functies wordt voldaan telt het voorzitterschap van de raad van commissarissen of van de one-tier board dubbel.

Tijdens de behandeling van wetsvoorstel 32 873 hebben Tweede Kamerleden Van der Steur en Van Toorenburg een amendement ingediend om de dubbeltelling van het voorzitterschap van het toezichthoudend orgaan ongedaan te maken:[37]

"Dit amendement zorgt ervoor dat het voorzitterschap van de raad van commissarissen niet dubbel zal tellen, waardoor voldoende capabele mensen zich beschikbaar kunnen blijven stellen voor het voorzitterschap van de raad van commissarissen."

Opvallend aspect van dit amendement is dat het alleen ziet op de dubbeltelling van het voorzitterschap van de raad van commissarissen of van de one-tier board bij de bepaling inzake de maximering van het aantal toezichtfuncties en niet bij de bepaling inzake de maximering van de combinatie van een bestuursfunctie met toezichtfuncties.

De reactie van Tweede Kamerlid en initiator van de limiteringsregeling Irrgang op dit amendement was negatief:[38]

> "Dit gaat voorbij aan de aanzienlijke belasting die het voorzitterschap van een raad van toezicht of een raad van commissarissen met zich brengt. Dat was ook de gedachte van de oorspronkelijke code-Tabaksblat en van de commissie-Frijns. Dit dubbeltellen heb ik niet bedacht, noch de Kamer, het komt voort uit de code-Tabaksblat die overigens in de oorspronkelijke versie niet alleen voor beursgenoteerde bedrijven zou gelden. De maximering is dus geen gedachte van de Kamer, maar de oorspronkelijke gedachte in het ontwerp voor de code-Tabaksblat."

[37] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 15.
[38] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 5.

Tweede Kamerlid Van Toorenburg verdedigde daarop als volgt het mede door haar ingediende amendement:[39]

> "Wat de dubbelfunctie betreft hangt het ervan af hoe een organisatie in elkaar zit. Ik zit zelf in drie raden van toezicht, waarbij ik vooral een rol speel bij de juridische insteek. Er zijn momenten dat ik met mijn juridisch oog beduidend meer bij te zetten heb dan een voorzitter. Of misschien zet juist de auditcommissie op dat moment, omdat het financieel ingewikkeld is, een tandje bij. Het zonder meer stellen dat een voorzitter dubbel telt, doet mijns inziens geen recht aan de wijze waarop in diverse toezichthoudende organen wordt geopereerd. Daarom vonden wij het belangrijk om dat boven elke twijfel te verheffen."

Mede-indiener Van der Steur deed dat op de volgende wijze:[40]

> "We hebben gekeken naar het amendement op stuk nr. 15, dat erin voorziet dat het voorzitterschap van de raad van commissarissen niet dubbel wordt geteld. Daarvoor zijn verschillende redenen. De eerste reden is dat het Nederlandse bedrijfsleven nu al gigantische problemen heeft om voorzitters van raden van commissarissen te krijgen. Niemand wil die functie meer vervullen, omdat men zichzelf daarmee in een positie brengt dat men daar heel veel geld voor moet vragen, omdat men daarnaast nauwelijks meer op een andere manier betrokken kan zijn bij het Nederlandse bedrijfsleven. Dat is een slechte ontwikkeling. Ik wijs op datgene wat Ernst & Young heeft laten zien ten aanzien van de tijdsbesteding van een voorzitter die daadwerkelijk meer tijd besteedt aan het voorzitterschap, maar die ondertussen met die drie andere commissariaten ver onder de tijdsbesteding valt van iemand die vijf commissariaten heeft. Daarom vinden de fracties van de VVD en het CDA het onverantwoord dat dit zo in de wet zou blijven staan. Dat wil niet zeggen dat de code-Tabaksblat opzij wordt gezet. Dat lijkt mij nog steeds een heel goede code. Rapporteer het en leg het uit, maar zorg er in ieder geval voor dat je die wettelijke beperking opheft, omdat het gewoon onredelijk uitwerkt voor de bedrijven die een voorzitter van een raad van commissarissen willen hebben met voldoende kwaliteit."

De Minister van Veiligheid en Justitie ontraadde het amendement:[41]

> "Het amendement op stuk nr. 15 regelt dat het voorzitterschap van de raad van commissarissen niet dubbel telt. Technisch kan dat. Het is in de wet opgenomen, met de hele geschiedenis erbij, dat dit wel dubbel telt. Zo is het door de Tweede

[39] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 8.
[40] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 17/18.
[41] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 21.

> Kamer en de Eerste Kamer aanvaard. Het is een afwijking en afzwakking ten opzichte van de Nederlandse corporate governancecode, die aan de regeling ten grondslag ligt. Daarom ontraad ik dit amendement."

Het amendement werd daarop bij de stemming in de Tweede Kamer op 3 juli 2012 verworpen.

2.4.5 Uitzonderingen op de limiteringsregeling

Er gelden twee uitzonderingen op de limiteringsregeling. Benoemingen bij verschillende grote NV's, BV's of stichtingen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW, tellen als één functie.[42] Wordt iemand benoemd tot bestuurder van een rechtspersoon en is degene commissaris bij twee rechtspersonen die tot een groep behoren waartoe de rechtspersoon waarvan degene bestuurder wordt niet hoort, dan tellen ook in dat geval de twee commissariaten voor één.[43] Zie voor een verdere uitwerking van deze uitzondering par. 2.4.5.1.

De tweede uitzondering betreft de tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 of art. 2:356 sub c BW. Zie voor een verdere uitwerking van deze uitzondering par. 2.4.5.2.

2.4.5.1 Benoeming bij groepsmaatschappij

In het tweede lid sub b van art. 2:142a, 2:252a en 2:297b BW is geregeld dat een commissarisbenoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden telt als één benoeming. Wat zijn de voor- en nadelen en de praktische uitwerking van deze faciliteit?

Op vragen van de CDA-fractie ten tijde van de behandeling van het Wetsvoorstel ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b[44] gaf de Minister van Veiligheid en Justitie aan wat de reden is voor het opnemen van de uitzondering voor groepsmaatschappijen:[45]

> "Ik ga ervan uit dat de uitzondering voor groepsmaatschappijen is opgenomen met het oog op de situatie dat een persoon bijvoorbeeld toezichthouder is op zowel het niveau van de «grote» moeder van een groep rechtspersonen, als een «grote» tussenholding in die groep. In dat geval zal het vervullen van die twee functies op verschillend niveau binnen één en dezelfde groep normaliter veel

[42] Art. 2:132a lid 2 sub b, 2:142a lid 2 sub b, 2:242a lid 3 lid 2 sub b, 2:252a lid 2 sub b, 2:297a lid 3 sub b, 2:297b lid 2 sub b BW.
[43] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8.
[44] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 4 (Verslag), p. 4.
[45] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8/9.

minder tijd kosten dan wanneer een commissariaat wordt vervult bij twee «grote» rechtspersonen die niet in een groep zijn verbonden. In het eerste geval zal het verworven inzicht ten aanzien van de moeder tot gevolg hebben dat relatief snel ook inzicht bestaat in het reilen en zeilen bij de tussenholding. Het amendement gaat er daarom vanuit dat de toezichthoudende functies binnen een groep tellen als één functie. Wanneer dergelijke functies binnen een groep niet worden opgeteld, ligt voor de hand dat dit uitgangspunt moet worden toegepast in de beide situaties waarop de leden van de CDA-fractie doelen: 1) de situatie dat iemand bij een rechtspersoon wordt benoemd, maar hij al commissaris is bij een groepsmaatschappij van de rechtspersoon (vgl. het voorbeeld dat degene die commissaris is bij een moedervennootschap, ook commissaris wordt bij een tussenholding) en 2) de situatie dat iemand al een commissariaat heeft bij twee groepsmaatschappijen en tot commissaris wordt benoemd bij een rechtspersoon die niet tot de groep behoort. Het is niet logisch om de commissariaten in het eerste geval niet op te tellen, maar in het tweede geval wel. Daarom zal ik in de nota van wijziging verduidelijken dat de benoeming bij verschillende groepsmaatschappijen telkens tellen als één benoeming (vgl. de artikelen 2:297a lid 3 onderdeel b, 297b lid 2 onderdeel b, 132a lid 2 onderdeel b, 142a lid 2 onderdeel b, 242a lid 2 onderdeel b, 252a lid 2 onderdeel b BW)."

Uit dit antwoord wordt duidelijk dat de uitzondering voor groepsmaatschappijen is opgenomen met het oog op de situatie dat een persoon bijvoorbeeld toezichthouder is op zowel het niveau van de grote moeder van een groep rechtspersonen als op het niveau van een grote tussenholding in die groep. In dat geval zal het vervullen van die twee functies op verschillend niveau binnen één en dezelfde groep normaliter veel minder tijd kosten dan wanneer een toezichthoudende functie wordt vervuld bij twee grote rechtspersonen die niet in een groep zijn verbonden. In het eerste geval zal het verworven inzicht ten aanzien van de moeder tot gevolg hebben dat relatief snel ook inzicht bestaat in het reilen en zeilen bij de tussenholding. Vandaar dat dat toezichthoudende functies binnen een groep tellen als één functie.[46]

Verder wordt uit het antwoord van de Minister van Veiligheid en Justitie duidelijk dat de uitzondering zowel geldt voor de situatie dat iemand bij een rechtspersoon wordt benoemd, maar hij al een toezichthoudende functie heeft bij een groepsmaatschappij van de rechtspersoon (bijvoorbeeld dat degene die commissaris is bij een moedervennootschap, ook commissaris wordt bij een tussenholding) als voor de situatie dat iemand al een toezichthoudende functie heeft bij twee groepsmaatschappijen en tot commissaris wordt benoemd bij een rechtspersoon die niet tot de groep behoort.[47]

[46] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8.
[47] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8/9.

2.4.5.2 Tijdelijke aanstelling functionaris door OK in enquêteprocedure

De tweede uitzondering op de limiteringsregeling betreft de tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 (onmiddellijke voorziening) of art. 2:356 sub c BW (eindvoorziening), ook al heeft de te benoemen bestuurder of commissaris al het maximale aantal bestuurs- en toezichtfuncties. Deze uitzondering is opgenomen in het tweede lid sub e van art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a en het tweede lid sub d van art. 2:297a en 2:297b BW.

De uitzondering is vanwege het aannemen van een amendement van Tweede Kamerlid Van der Steur in de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) opgenomen.[48] De voorgestelde wijziging had niet alleen betrekking op de grote stichting maar ook op de grote NV en BV.

De Minister van Veiligheid en Justitie was vooreerst niet overtuigd van de noodzaak van deze uitzondering. Vergelijk zijn reactie in de Nota naar aanleiding van het verslag:[49]

> "Deze leden vragen verder of een uitzondering op de regeling moet worden gemaakt voor het geval dat de Ondernemingskamer op grond van artikel 2:356 BW (enquêterecht) een tijdelijke bestuurder en/of commissaris wil benoemen die het maximum aantal functies heeft bereikt. Ik begrijp dat aan het amendement ondermeer de gedachte ten grondslag ligt dat één persoon niet teveel functies zou moeten bekleden omdat hij zijn aandacht dan over teveel zaken zal moeten verdelen; het amendement beoogt een kwaliteitsverhoging. Het oogmerk is dat bestuurders en commissarissen voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken. De limitering van het aantal toezichtsfuncties geldt overigens uitsluitend voor de benoeming tot bestuurder of commissaris van «grote» NV's, BV's en stichtingen. De benoeming tot tijdelijk bestuurder of commissaris door de Ondernemingskamer vindt bij uitstek plaats bij rechtspersonen met problemen terzake hun bestuur en/of toezicht. Zou dat niet zo zijn, dan zou de Ondernemingskamer een dergelijke onmiddellijke voorziening niet treffen. De kans dat een groot beroep zal worden gedaan op de tijd en inzet van de tijdelijke bestuurder of commissaris lijkt mij dan ook aanzienlijk. Uitgaand van de gedachte dat een bestuurder of commissaris niet teveel functies mag cumuleren, zodat hij voldoende tijd kan besteden aan de functies die hij wel mag hebben, meen ik dat een uitzondering voor benoemingen door de Ondernemingskamer op gespannen voet staat met de bedoeling van het amendement."

De toelichting bij het amendement Van der Steur, dat op 5 juli 2012 is aangenomen door de Tweede Kamer, luidde als volgt:[50]

---

[48] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 13.
[49] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 5, p. 4.

"De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam kan – tijdelijk – bestuurders of commissarissen benoemen als dit naar haar oordeel nodig is in het belang van de vennootschap of de bij de vennootschap betrokken (rechts)personen of entiteiten. Dit amendement regelt dat deze tijdelijke benoeming mogelijk is, ook al heeft de te benoemen bestuurder of commissaris al een maximaal aantal bestuursfuncties of commissariaten. De voorgestelde artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b hebben tot gevolg dat het aantal bestuursfuncties en commissariaten dat iemand kan uitoefenen beperkt wordt. Deze regeling kan mogelijk tot problemen leiden in de enquêteprocedure als bedoeld in artikel 344 en verder. De Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam kan in de enquêteprocedure bij onmiddellijke voorziening of eindvoorziening op grond van artikel 349a lid 2 respectievelijk artikel 355 (juncto 356 onder c) bij een rechtspersoon tijdelijk een bestuurder of commissaris benoemen. De Ondernemingskamer benoemt dergelijke functionarissen in voorkomende gevallen bijvoorbeeld om een bestuurlijke impasse in een vennootschap te doorbreken, om een slecht functionerend bestuur te vervangen of bij te staan of om – en dan gaat het met name om een commissaris – toezicht op het bestuur uit te oefenen. Het is daarom van belang dat de te benoemen persoon over de juiste kwaliteiten en ervaring beschikt. In het algemeen zal de Ondernemingskamer geen probleem hebben om de juiste personen te benoemen. Echter in uitzonderlijke gevallen, waarbij het in het bijzonder gaat om uiterst complexe zaken met grote belangen, is het aantal beschikbare personen met de juiste kwaliteiten beperkt. Dergelijke situaties spelen met name bij «grote» rechtspersonen als bedoeld in dit wetsvoorstel. Een voorbeeld hiervan is de enquêteprocedure inzake Stork (zie OK 17 januari 2007, JOR 2007/42). De in dit wetsvoorstel voorgestelde regeling kan de Ondernemingskamer in dergelijke zaken ernstig beperken een geschikte kandidaat te benoemen. Denkbaar is dat de Ondernemingskamer gedwongen zou zijn uit te wijken naar de benoeming van een functionaris die niet over de gewenste kennis en kunde beschikt. De specifieke bevoegdheid van de Ondernemingskamer vraagt daarom om een meer op die bevoegdheid toegespitste regeling. Dit amendement voorziet er enerzijds in dat de Ondernemingskamer haar discretionaire bevoegdheid behoudt om in een enquêteprocedure de persoon te benoemen waarvan zij acht dat deze het meest geschikt is. Het amendement doet anderzijds geen afbreuk aan het doel van het wetsvoorstel, namelijk het garanderen van voldoende kwaliteit bij bestuurders en commissarissen. Het gaat bij de benoeming van functionarissen door de Ondernemingskamer immers steeds om een op het bijzondere geval gerichte beslissing waarin met alle concrete omstandigheden kan worden rekening gehouden. De werkelijke beschikbaarheid van de bestuurder of commissaris zal

[50] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 13, p. 2/3.

daarbij ook voor de Ondernemingskamer van doorslaggevende betekenis zijn en derhalve – op grond van de concrete omstandigheden – gewogen worden. Hierbij moet worden bedacht dat het steeds tijdelijke benoemingen betreft. Met dit amendement wordt gewaarborgd dat het enquêterecht juist ook in die hier aan de orde zijnde uitzonderlijke gevallen behoorlijk functioneert en tegelijkertijd het doel van het wetsvoorstel wordt gerespecteerd."

2.4.5.3 Geen uitzondering voor bestuurders zonder bezoldiging

Een amendement van Tweede Kamerleden Van der Steur en Van Toorenburg zou er toe hebben moeten leiden dat onbezoldigde bestuursfuncties niet onder de limiteringsregeling vallen. Een onkostenvergoeding werd hierbij niet gezien als bezoldiging. De indieners merkten daarbij het volgende op:[51]

> "Functies zonder bezoldiging zijn over het algemeen symbolisch of dienen een goed doel. Het is volgens de indieners van groot belang dat bestuursactiviteiten die in het belang zijn van de samenleving niet worden belemmerd door de wettelijke beperkingen."

Het amendement kon niet op veel sympathie rekenen. Tweede Kamerlid Irrgang merkte het volgende op:[52]

> "Een ander amendement van de fracties van de VVD en het CDA beoogt onbezoldigde functies uit te zonderen. In de toelichting staat dat het vaak symbolische functies zijn. Volgens mij is dit feitelijk onjuist. Ook al is er sprake van een onbezoldigde functie, dan nog heeft een raad van toezicht of een raad van commissarissen – het zal in de praktijk een raad van toezicht zijn – wettelijke taken. Dat is dus geen symbolische functie, ook niet als die onbezoldigd is. Sterker nog, de hele gedachte dat de functie symbolisch is, is onderdeel van het probleem dat maximering noodzakelijk maakt. Men denkt te veel dat het een functie is die mooi op een visitekaartje staat, waarvoor je je netwerk kunt inzetten en het daarmee misschien zelfs nog kunt uitbreiden. Dat is onderdeel van het probleem. Het amendement is waarschijnlijk ook overbodig omdat het bij onbezoldigde functies vaak zal gaan om goede doelen. Die worden uitgezonderd op grond van het wetsvoorstel waarover wij nu spreken. Tot slot creëert het een groot risico op ontwijking. Bezoldigde functies kunnen dan onbezoldigde functies worden en mensen kunnen dan voor een adviesdienst worden aangenomen waarmee zij een vergelijkbaar bedrag verdienen. Al met al geen goed amendement."

[51] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 14.
[52] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 4 (Verslag), p. 5/6.

Tweede Kamerlid Heijnen zei het volgende over het amendement:[53]

> "Als het gaat om de beloning spreek ik mij niet uit over de markt. Dat moet de markt regelen, maar ik spreek mij wel uit over de semipublieke sector. Evenwel, het feit dat je dit gratis, om niet doet, kan geen reden zijn om meer functies op je te nemen. Het vergt wel enige tijdsbesteding, maar het gaat ons om de kwaliteit. […] Ik vind dat het beginsel zou moeten zijn: wel deskundigheid, mensen die in hun loopbaan blijk geven van een grote deskundigheid, maar die er om niet lol in hebben en zich verantwoordelijk voelen om daar toezicht te houden. Tegelijkertijd moeten die mensen en die instellingen tegen zichzelf in bescherming worden genomen door niet altijd dezelfde mensen te vragen en niet altijd jezelf beschikbaar te stellen, want er zijn in de samenleving mensen genoeg die dit willen doen, ook met de vereiste deskundigheid. Het lijkt mij goed dat deze wet er zo snel mogelijk komt."

Van der Steur verdedigde daarop het amendement als volgt:[54]

> "Er bestaat wat verwarring over het amendement op stuk nr. 14 ten aanzien van de onbezoldigde functies. We moeten even heel goed kijken waar het ook alweer om gaat. De collega's hebben in dit verband veel opmerkingen gemaakt over de commissarissen, maar daar hebben we het hier niet over. We hebben het hier over bestuursfuncties. Op grond van deze regeling geldt dat iemand een bestuursfunctie mag hebben, zoals de functie van directeur of lid van de raad van bestuur, en daarnaast drie commissariaten. In heel veel concernvennootschappen, bijvoorbeeld bij Philips, Unilever en Shell, zijn mensen die functies bekleden binnen de organisatie ook titulair bestuurder bij een dochtervennootschap. Die vallen onder hetzelfde concern. Als onderdeel daarvan vallen ze onder de werking van deze wet. Een dergelijk persoon, die dus een titulaire functie heeft en over het algemeen onbezoldigd is, kan dus niet tegelijkertijd ook commissarisfuncties hebben, terwijl het gewoon gaat om een onbezoldigde bestuursfunctie. In het amendement van het CDA en de VVD op stuk nr. 14 wordt tot uitdrukking gebracht dat dit soort onbezoldigde functies niet meetelt voor een commissariaat."

De Minister van Veiligheid en Justitie ontraadde het amendement:[55]

> "Dan kom ik bij het amendement op stuk nr. 14, dat leidt tot een uitzondering voor benoemingen zonder bezoldiging. Ik moet ook hier zuiver opereren in mijn verantwoordelijkheid, want het gaat in het wetsontwerp niet om bezoldiging. Die

[53] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 4 (Verslag), p. 10.
[54] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 4 (Verslag), p. 17.
[55] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 4 (Verslag), p. 21.

is niet doorslaggevend voor de vraag of iemand voldoende tijd besteedt aan zijn werk. Het gaat om de cumulatie van functies. Als dit amendement wordt aangenomen, kan ik allerlei posities bedenken waarin bepaalde commissarissen zo veel commissariaten krijgen omdat het niet om die bezoldiging gaat. Het gaat hier natuurlijk in de kern, conform de geschiedenis van de wet, om de cumulatie van functies en tijdsbesteding. Ik moet het amendement daarom ontraden."

Het amendement werd bij de stemming in de Tweede Kamer op 3 juli 2012 verworpen.

2.4.6 Sanctie op niet-naleving

De sanctie op het niet naleven van de limiteringsregeling is een nietige benoeming. Dit betekent dat indien een persoon het maximumaantal toezichthoudende functies bij een grote NV, BV of stichting heeft bereikt, het gevolg daarvan is dat de volgende benoeming van die persoon tot bestuurder of commissaris bij een grote NV, BV of stichting nietig is.

De betrokkenheid van een nietig benoemde bestuurder of commissaris bij de besluitvorming van het bestuur of de raad van commissarissen kan echter vergaande gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van het besluit, vooral indien de betrokkene een doorslaggevende stem heeft gehad bij de besluitvorming.[56] Zie hieromtrent Kamerstukken II 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 2/3 (NV II):

"De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en de VEUO wijzen er op dat de betrokkenheid van een nietig benoemde bestuurder of commissaris bij de besluitvorming van het bestuur of de raad van commissarissen vergaande gevolgen kan hebben voor de rechtsgeldigheid van het besluit, met name indien de betrokkene een doorslaggevende stem heeft gehad bij de besluitvorming. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht stelt voor te bepalen dat de benoeming geldig is ondanks de overschrijding van het maximum aantal functies, totdat het benoemingsbesluit is vernietigd. De vernietiging van het benoemingsbesluit zou voorts geen terugwerkende kracht moeten krijgen. De VEUO stelt een andere variant voor: de nietigheid zou moeten worden vervangen door de mogelijkheid van ontslag van de desbetreffende bestuurder of commissaris door de rechtbank. Het verzoek om ontslag zou ingediend kunnen worden door iedere belanghebbende of het openbaar ministerie. Het voorstel van VEUO lijkt te zijn ontleend aan de bestaande regeling voor het ontslag van bestuurders van stichtingen, indien dergelijke bestuurders de wet of de statuten hebben overtreden (artikel 2:298 lid 1 BW). De mogelijkheid dat een besluit tot benoeming van een bestuurder of commissaris achteraf nietig blijkt te zijn, is niet nieuw. Zo is ook nietig de benoeming van een commissaris in strijd met artikel

[56] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 2 (NV II).

2:160/270 BW. Evenmin is nieuw dat een nietig benoemingsbesluit kan leiden tot de aantastbaarheid van besluiten waaraan de desbetreffende persoon heeft meegewerkt. Het wegvallen van de stem van de desbetreffende «bestuurder» of «commissaris» is met name cruciaal wanneer hij een doorslaggevende stem had. Wanneer een nietig benoemde «bestuurder» – die echter wel als bestuurder is ingeschreven in het handelsregister – vertegenwoordigingshandelingen verricht, zal de wederpartij normaliter beschermd zijn; de rechtspersoon zal zijn gebonden aan de transactie omdat de wederpartij mag afgaan op de inschrijving in het handelsregister (artikel 25 Handelsregisterwet). Nieuw is de aanleiding voor de nietigheid van de benoeming: het overschrijden van een wettelijk maximum voor het aantal toezichthoudende functies. De VEUO merkt in dat verband op dat het voor de rechtspersoon niet controleerbaar is of (samengevat) de opgave van het aantal commissariaten van een kandidaat-bestuurder of kandidaat-commissaris juist en volledig is en dat ook blijft in de periode tussen het moment van de voordracht en de feitelijke benoeming. De consequentie kan zijn dat ten gevolge van de nieuwe regeling meer nietige benoemingen voorkomen. De gevolgen daarvan voor de geldigheid van de besluitvorming kunnen daardoor vaker optreden, terwijl de rechtspersoon dat niet volledig kan voorkomen. Zowel het voorstel van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht als dat van de VEUO heeft tot gevolg dat de benoeming tot bestuurder of commissaris van een persoon die de wettelijke limitering van het aantal toezichtsfuncties heeft overtreden geldig is, totdat de rechter zijn benoeming ongedaan maakt. Zolang de benoeming voortduurt, kan hij geldig stemmen uitbrengen. Een consequentie van die voorstellen is dat de sanctionering van de schending van de wet afhankelijk is van het initiatief van een derde, die een beroep op de rechter moet doen. De vraag komt op welke derde een zodanig belang heeft bij het ontslag van de desbetreffende bestuurder of commissaris dat hij daarvoor een procedure bij de rechter wil starten en de daarbij optredende kosten wil dragen. Het ligt niet voor de hand dat het openbaar ministerie hier een grote rol zal vervullen. Ik vraag mij dan ook af of deze voorstellen voldoende aansluiten bij de wensen van uw Kamer, in het licht van het door uw Kamer aanvaarde amendement. In het geval uw Kamer de voorstellen van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en de VEUO steunt, ben ik graag bereid het wetsvoorstel in die zin aan te passen.
Ik heb voorts onderzocht of er een alternatief is voor het voorstel van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en de VEUO dat dichter ligt bij de tekst van het amendement zoals aanvaard door uw Kamer. Daarvoor wil ik wijzen op de Franse regeling van de limitering van het aantal commissariaten bij NV's (artikel 225-77 en 225-21 van de Code de commerce). In artikel 225-77 is bepaald:

«Une personne physique ne peut exercer simultanément plus de cinq mandats de membre de conseil de surveillance de sociétés anonymes ayant leur siège social sur le territoire français.

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, ne sont pas pris en compte les mandats de membre du conseil de surveillance ou d'administrateur exercés par cette personne dans les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par la société dont elle est déjà membre du conseil de surveillance.

Pour l'application des dispositions du présent article, les mandats de membre du conseil de surveillance des sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché reglementé et contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par une même société ne comptent que pour un seul mandat, sous réserve que le nombre de mandats détenus à ce titre n'exède pas cinq.

Toute personne physique qui se trouve en infraction avec les dispositions du présent article doit se démettre de l'un de ses mandats dans les trois mois de sa nomination, ou du mandat en cause dans les trois mois de l»événement ayant entraîné la disparition de l'une des conditions fixées à l'alinéa précédent. A l'expiration de ce délai, elle est réputée s»être démise, selon le cas, soit de son nouveau mandat, soit du mandat ne répondant plus aux conditions fixées a l'alinéa précédent, et doit restituer les rémunérations perçues, sans que soit, de ce fait, remise en cause la validité des délibérations auxquelles elle a pris part.»

Het laatste deel van dit artikel houdt in dat het deelnemen aan de besluitvorming door een persoon die teveel functies heeft, geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Gezien de eerdergenoemde commentaren zal ik een vergelijkbare frase toevoegen aan de voorgestelde regeling (vgl. de artikelen 2:297a lid 4, 297b lid 3, 132a lid 3, 142a lid 3, 242a lid 3, 252a lid 3 BW). Dat neemt het belangrijkste bezwaar tegen de regeling weg. Materieel is het resultaat vergelijkbaar met een deel van het voorstel van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, dat wil zeggen het deel waarin wordt voorgesteld te bepalen dat de vernietiging van het benoemingsbesluit geen terugwerkende kracht heeft. De bedoeling van dat voorstel is om te bewerkstelligen dat het enkele feit dat een persoon teveel functies vervult, niet kan leiden tot de aantastbaarheid van besluiten."

Vervolgens is bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) in navolging van de Franse regeling van de limitering van het aantal commissariaten bij NV's,[57] bepaald dat de nietigheid van de benoeming vanwege het bereiken van het

[57] Het betreft art. 225-77 en art. 225-21 van de Franse Code de commerce.

maximumaantal commissariaten geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.[58] Zie art. 2:132a/2:242a lid 3, 2:142a/2:252a lid 3, 2:297a lid 4 en 2:297b lid 3 BW.

2.5 Toepassingsgebied limiteringsregeling

Voor wat betreft het toepassingsgebied van de limiteringsregeling kan een onderscheid worden gemaakt tussen (i) de rechtsvormen waarop de limiteringsregeling van toepassing is en (ii) de gekozen grootte-criteria.

De limiteringsregeling voor bestuurs- en toezichtfuncties is alleen van toepassing op de rechtsvormen NV, BV en stichting. De overige rechtspersonen, in het bijzonder de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatieve vereniging en de formele vereniging, vallen buiten het toepassingsgebied van de limiteringsregeling. Daarenboven gelden criteria ten aanzien van de bedrijfsgrootte van genoemde rechtsvormen. NV´s, BV´s en stichtingen die het predicaat 'groot' niet verdienen vallen buiten het toepassingsgebied van de limiteringsregeling.

In het navolgende wordt nagegaan welke motieven in de wetsgeschiedenis worden aangedragen voor het beperkte toepassingsgebied van de limiteringsregeling. Hierbij wordt eerst ingegaan op de keuze voor de drie rechtsvormen van de NV, BV en de stichting (par. 2.5.1) en de uitsluiting van de overige rechtspersonen (par. 2.5.2). Vervolgens komen de grootte-criteria aan de orde (par. 2.5.3). Ten slotte wordt speciale aandacht besteed aan de toepasselijkheid van de limiteringsregeling op de stichting, mede omdat hiervoor aanvullende bepalingen gelden en dit onderwerp heeft geleid tot een reparatiewet in de vorm van de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (par. 2.5.4).

2.5.1 Rechtsvormen: NV, BV, commerciële/semipublieke stichting

De limiteringsregeling is van toepassing op de NV, BV en commerciële/semipublieke stichting. De toepasselijkheid op kapitaalvennootschappen heeft als achtergrond dat de regeling is geïnspireerd door een soortgelijke regeling in de Corporate Governance Code van 2008. Dit blijkt uit de toelichting bij het amendement van het Kamerlid Irrgang.[59] Zie hiervoor par. 2.3.1. Daarbij wees de indiener van het amendement op het belang van goed bestuur en toezicht en achtte hij het in dat kader wenselijk een limitering op het aantal bestuurlijke en toezichthoudende functies voor alle kapitaalvennootschappen in te voeren. Verder was de indiener van mening dat de problemen betreffende de kwaliteit van bestuur en toezicht zich niet beperken tot de private sector, maar ook voorkomen in

[58] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 2/3 (NV II).
[59] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20, p. 4.

de (semi)publieke sector. Vandaar dat de limitering van het aantal functies van bestuurders en toezichthouders ook van toepassing is op stichtingen.

Voor de stichting geldt wel een beperking: alleen de stichting die verplicht is tot het opmaken van een jaarrekening of een gelijkwaardige financiële verantwoording valt onder de cumulatieregeling. M.a.w. het betreft commerciële of semipublieke stichtingen. Achtergrond hiervan is de wens stichtingen met een charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke doelstelling uit te sluiten van toepassing. Dit brengt mee dat vooral stichtingen in de gezondheidszorg, woningbouw en het onderwijs onder de cumulatieregeling vallen. Hierover meer in par. 2.5.4.

Ten slotte is van belang op te merken dat voor zowel pensioenfondsen als significante banken en beleggingsondernemingen een van Boek 2 BW afwijkende limiteringsregeling geldt. Voor grote NV's, BV's en stichtingen die als zodanig actief zijn, is de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling niet van toepassing. Zie hierover nader hoofdstuk 5.

2.5.2 Geen uitbreiding tot coöperatieve vereniging, formele vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij

De limiteringsregeling is niet van toepassing op de in par. 2.5.1 niet genoemde rechtspersonen. Dit betekent dat de overige rechtspersonen, in het bijzonder de coöperatieve vereniging, de formele vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij en de niet-commerciële stichting buiten het toepassingsgebied van de limiteringsregeling vallen.

Over het toepassingsgebied van de limiteringsregeling heeft in de Tweede Kamer geen discussie plaatsgevonden, omdat het amendement-Irrgang pas in een laat stadium van het wetgevingsproces in de Tweede Kamer is ingediend.

Naar aanleiding van een vraag van de VVD-fractie in het Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie[60] heeft de Minister van Veiligheid en Justitie in de memorie van antwoord Eerste Kamer[61] het volgende opgemerkt omtrent de coöperatieve vereniging en buitenlandse bedrijven:

> "Het amendement heeft geen betrekking op benoemingen door en bij coöperaties. Ik ga ervan uit dat de indieners van het amendement onvoldoende reden hebben gezien om bij die rechtsvorm in te grijpen. Het amendement strekt zich terecht niet uit tot benoemingen bij buitenlandse bedrijven. Een dergelijke

[60] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 8/9.
[61] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 18/19.

> regeling zou moeilijk handhaafbaar zijn; de benoemingen bij buitenlandse bedrijven zijn in de regel niet kenbaar via het Nederlandse handelsregister."

Bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is door de CDA-fractie bij monde van de heer Franken kritiek geuit op het rommelige karakter van de regeling.[62] Hij stelde daarbij de volgende vraag:

> "Waarom vallen coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen niet onder de beperkingen van Irrgang? Bij Rabobank, Achmea, FrieslandCampina … mag het wel vrijelijk gebeuren. "

Op deze vraag heeft de Minister van Veiligheid en Justitie geen duidelijk antwoord gegeven. Hij heeft slechts herhaald dat coöperaties niet onder het amendement vallen, maar daarvoor geen reden gegeven.[63]

In de kamerstukken behorende bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) is de vraag naar de uitsluiting van coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen opnieuw aan de orde geweest. Op een daartoe gestelde vraag van de VVD-fractie antwoordde de Minister van Veiligheid en Justitie als volgt:[64]

> "Het amendement dat aan de regeling ten grondslag ligt, strekte zich niet uit tot benoemingen door en bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Ik ga ervan uit dat de indiener van het amendement onvoldoende reden zag om bij die rechtsvormen in te grijpen. Voor de volledigheid merk ik op dat de Eerste Kamer, die heeft verzocht om reparatie van het amendement, niet heeft aangedrongen op uitbreiding van de regeling tot andere rechtsvormen dan de NV, BV en stichting."

Het Tweede Kamerlid Bontes heeft een amendement ingediend om de regelgeving uit te breiden tot coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen:[65]

> "Mijn tweede amendement beoogt dat de regelgeving van toepassing is op verenigingen waaronder ook coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Daar zitten ook megaorganisaties tussen als de Rabo Groep, een coöperatie, grote verzekeraars in de landbouwsector, waarborgmaatschappijen, en de Steenkolen Handelsvereniging, weliswaar een vereniging maar wel een megaconcern. Het zou

[62] *Handelingen* 2010-2011, nr. 28, item 4, datum vergadering 24 mei 2011, p. 28-4-24.
[63] *Handelingen* 2010-2011, nr. 28, item 4, datum vergadering 24 mei 2011, p. 28-4-27.
[64] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 4.
[65] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 3.

> niet logisch zijn om die organisaties er buiten te houden. Als wij het toch goed doen, moeten wij het in één keer goed doen."

Tweede Kamerlid Irrgang, indiener van het relevante amendement, zei tijdens het wetgevingsoverleg het volgende over dit amendement:[66]

> "Het amendement van de heer Bontes over een uitbreiding naar andere rechtsvormen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, sluit aan bij de systematiek van het amendement van destijds. Om redenen van eenvoud is er toen niet voor gekozen, maar op zichzelf past het in de systematiek. Ik geloof niet dat er heel veel instellingen zijn die ook voldoen aan het grote criterium, maar er is een aantal genoemd. Ik denk bijvoorbeeld aan de grootste bank van Nederland. Vanuit de systematiek snap ik het amendement heel goed."

De Minister van Veiligheid en Justitie reageerde hierop als volgt:[67]

> "Ik kom dan bij het amendement op stuk nr. 17 van de heer Bontes, dat regelt dat de beperking van het aantal commissariaten ook geldt voor verenigingen, corporaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Dit is ook geen reparatie, zeg ik op vragen die ook al in de Eerste Kamer aan de orde zijn geweest, omdat het leidt tot uitbreiding van de reikwijdte van de regeling. Daarom moet ik hierin zuiver opereren en dit amendement ontraden."

De uitbreiding werd dus niet op inhoudelijke maar op wetstechnische gronden ontraden door de Minister van Veiligheid en Justitie. Uiteindelijk werd het amendement op stuk nr. 17 op 3 juli 2012 door de Tweede Kamer verworpen.

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat het toepassingsgebied van de limiteringsregeling niet uitgebreid aan de orde is gekomen in de wetsgeschiedenis. De limiteringregeling berust op het door de Tweede Kamer aangenomen amendement-Irrgang dat een beperkte reikwijdte kent. In de Eerste Kamer en bij de behandeling van het voorstel voor een Reparatiewet in beide Kamers, is deze beperkte reikwijdte aan de orde gekomen. In laatstgenoemde fase van het wetgevingsproces werd een amendement tot uitbreiding van de limiteringsregeling naar verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen verworpen vooral vanwege het reparatie-karakter van het wetsvoorstel. Met andere woorden het amendement werd niet zozeer op inhoudelijke dan wel op technische gronden verworpen. De indiener van het oorspronkelijke amendement, de heer Irrgang, erkende overigens dat de uitbreiding naar alle rechtspersonen zou passen in de systematiek van de regeling.

[66] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 6.
[67] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 21.

2.5.3 Het grootte-criterium

Met de limiteringsregeling wordt een kwaliteitsslag bij grote entiteiten beoogd. Vandaar dat de limitering van bestuurs- en toezichtfuncties slechts geldt bij grote NV's, BV's en stichtingen. Voor de kwalificatie groot wordt aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria. Een reden voor het beperken van de kwaliteitsslag tot grote entiteiten wordt in de wetsgeschiedenis niet of nauwelijks gegeven. Mogelijk heeft dit te maken met een waarschijnlijk grotere tijdsbesteding van functionarissen bij grote entiteiten.

2.5.3.1 Redengeving grootte-criterium

In de toelichting bij het amendement van het Kamerlid Irrgang[68] werd slechts opgemerkt dat de limitering in het aantal bestuurlijke en toezichthoudende functies alleen geldt voor de grotere vennootschappen en stichtingen. Een reden voor de beperking tot grote vennootschappen en stichtingen werd niet gegeven. De Minister van Veiligheid en Justitie zei er in de memorie van antwoord EK het volgende over:[69]
"De limitering van toezichtfuncties in verband met de benoeming tot bestuurder of commissaris is in de artikelen 2:132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b BW voorgeschreven voor de rechtsvorm van de NV, de BV en de stichting. Uit de toelichting op het amendement maak ik op dat de indiener in het bijzonder het oog had op grote stichtingen in de gezondheidszorg. De indiener wil bereiken dat het bestuur en toezicht in onder meer die branche wordt geprofessionaliseerd. Bestuurders en toezichthouders van «grote» stichtingen mogen niet teveel functies cumuleren omdat zij daardoor onvoldoende tijd vrij kunnen maken voor het vervullen van hun verschillende functies."

In de wetsgeschiedenis van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is verder nauwelijks aandacht besteed aan de redengeving voor de beperking van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling tot slechts grote NV´s, BV´s en stichtingen. In de memorie van antwoord EK werd hierover opgemerkt dat het amendement-Irrgang een kwaliteitsverhoging beoogt. Die kwaliteitsslag wordt echter alleen bevorderd bij grote organisaties. Bestuurders en commissarissen bij grote organisaties moeten voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken:[70]

> "De indiener (van het amendement; JNSV) wil een kwaliteitsslag bij grote organisaties bevorderen. Dat vereist dat bestuurders en commissarissen in elk geval voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken. Een persoon die het

[68] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20, p. 4.
[69] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 19.
[70] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 16/17. Zie ook Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 29 november 2011, Antwoorden op de schriftelijke vragen van het lid Heijnen (PvdA) over commissarissen die de beperking in de Wet bestuur en toezicht aan het aantal toezichthoudende functies proberen te omzeilen, Kenmerk 2011Z23173 (Ingezonden 16 november 2011).

maximum aantal commissariaten vervult bij enkele grote instellingen kan niet nog een functie als bestuurder of commissaris aanvaarden bij een andere grote NV, BV of stichting. Het staat hem echter vrij om bestuurder te worden van een kleine stichting of zijn eigen (kleine) pensioen-BV; voor de toepassing van het maximum tellen commissariaten bij kleine NV's, BV's en stichtingen niet mee."

2.5.3.2 Toepassing jaarrekeningcriteria

Voor het bepalen of een NV, BV of stichting groot is, is aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria zoals neergelegd in art. 2:397 lid 1 en 2 BW. In genoemd artikel is een vrijstelling opgenomen van bepaalde jaarrekeningverplichtingen voor middelgrote vennootschappen. In de limiteringsregeling wordt op een negatief geformuleerde wijze verwezen naar de grootte-criteria voor middelgrote rechtspersonen. Deze criteria betreffen de activa, de netto-omzet (bij een stichting: bedrijfsopbrengsten of baten) en het aantal werknemers. Indien een rechtspersoon aan ten minste twee van deze vereisten niet voldoet is deze niet middelgroot maar groot en is de limiteringsregeling van toepassing.

De tekst van art. 2:397 lid 1 en 2 BW luidt sinds 1 november 2015 als volgt:

> "1. Behoudens artikel 396 gelden de leden 3 tot en met 7 voor een rechtspersoon die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, heeft voldaan aan twee of drie van de volgende vereisten:
> a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 20.000.000;
> b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 40.000.000;
> c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.
> 2. Voor de toepassing van lid 1 worden meegeteld de waarde van de activa, de netto-omzet en het getal der werknemers van groepsmaatschappijen, die in de consolidatie zouden moeten worden betrokken als de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening zou moeten opmaken. Dit geldt niet, indien de rechtspersoon artikel 408 toepast."

In de memorie van antwoord EK lichtte de Minister van Veiligheid en Justitie een en ander toe:[71]

> "De limitering van toezichtfuncties in verband met de benoeming tot bestuurder of commissaris treedt alleen op bij «grote» NV's, BV's en stichtingen. Voor de vraag of sprake is van een grote entiteit, moet worden bezien of de NV, BV of stichting

[71] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 18.

valt onder een vrijstelling van de publicatieplicht op grond van artikel 2:397 lid 1 BW. Kan geen beroep worden gedaan op de desbetreffende vrijstelling, dan kwalificeert de instelling als groot. Voor een beroep op de vrijstelling moet op twee opeenvolgende balansdata worden getoetst aan de waarde van de activa, de netto-omzet over het boekjaar en het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar. Op grond van het voorgaande zal de vraag of sprake is van een grote NV, BV of stichting kunnen worden beantwoord aan de hand van de gegevens die aan het einde van elk boekjaar beschikbaar komen. Daarbij zal ook rekening kunnen worden gehouden met wijzigingen in de waarde van de activa, de netto-omzet en het aantal werknemers als gevolg van de aanwezigheid van groepsmaatschappijen op de balansdatum. Wijzigingen van omstandigheden gedurende het boekjaar die aan het einde van het boekjaar alweer zijn achterhaald, kunnen buiten beschouwing blijven. De kwalificatie «groot» of niet «groot» vindt dus normaliter slechts eenmaal per jaar plaats. Wanneer een NV, BV of stichting kwalificeert als groot, is het aantal toezichtfuncties van haar (beoogde) bestuurders en (beoogde) commissarissen bij andere grote instellingen van belang. Een persoon kan niet tot bestuurder of commissaris van een grote organisatie worden benoemd wanneer hij het maximum van het aantal te vervullen toezichtfuncties bij grote organisaties heeft bereikt."

2.5.3.3 Geen toepassing structuurcriteria

Voor de aanduiding van grote NV's, BV's en stichtingen is gekozen voor toepassing van de jaarrekeningcriteria. Bij de behandeling van het wetsvoorstel inclusief aangenomen amendement-Irrgang in de Eerste Kamer was er de nodige verwarring over de keuze voor de jaarrekeningcriteria en niet voor de criteria voor het structuurregime, zoals neergelegd in art. 2:153/2:263 lid 2 BW.[72] Hiervoor is een eenvoudige verklaring, die ook te lezen is in de memorie van antwoord EK:

> "Ik veronderstel dat de indiener zijn amendement niet heeft toegespitst op structuurvennootschappen omdat de structuurregeling niet van toepassing is op grote stichtingen; de structuurregeling geldt uitsluitend voor grote NV's, BV's en coöperaties. De regeling zou alsdan «grote» stichtingen niet raken."

Dit punt kwam terug in de wetsgeschiedenis van de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b naar aanleiding van een vraag van VNO-NCW/MKB. De Minister van Veiligheid en Justitie legde nog een keer uit waarom voor het begrip groot is aangehaakt bij het jaarrekeningenrecht en niet bij de structuurregeling:[73]

---

[72] Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 9 en Behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer, *Handelingen* 2010-2011, nr. 28, item 2, datum vergadering 24 mei 2011, p. 28-2-27 en item 4, p. 28-4-19 .

[73] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 12/13.

"Dit is een keuze van de indiener van het amendement, die door uw Kamer en de Eerste Kamer is aanvaard. De criteria van het jaarrekeningrecht zijn niet nieuw en kunnen op zowel de NV/BV als de stichting worden toegepast. De structuurregeling geldt niet voor stichtingen. Er zou dus niet naar structuur-stichtingen kunnen worden verwezen. Verwijzing naar de criteria van de structuurregeling zou wel kunnen, onder de voorwaarde dat rekening wordt gehouden met de bijzondere structuur van stichtingen. Zo hebben stichtingen geen geplaatst kapitaal zoals NV's (vgl. artikel 2:153 lid 2 onderdeel a BW). Er zou in afwijking van het NV/BV-recht naar het eigen vermogen kunnen worden verwezen (vgl. artikel 2:63b lid 2 onderdeel a BW voor coöperaties). Bij de NV/BV wordt op dit moment een geplaatst kapitaal geëist van 16 miljoen euro voor toepassing van de structuurregeling. Wanneer het amendement wordt aangepast zodat het aansluit bij de criteria van de structuurregeling, heeft dat tot gevolg dat de limitering van het aantal commissariaten minder vaak zal optreden; er zal sneller worden voldaan aan de bestaande criteria voor «groot» wanneer wordt gekeken naar de waarde van de activa en de omzet overeenkomstig het jaarrekeningrecht, dan wanneer wordt gekeken naar het geplaatste kapitaal overeenkomstig de structuurregeling. Uit de opmerkingen van uw Kamer kan ik vooralsnog niet afleiden of voor een dergelijke aanpassing steun bestaat."

2.5.3.4 Toetsingsmoment

Indien een NV, BV of stichting op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in art. 2:397 lid 1 en 2 BW is de limiteringsregeling van toepassing.
Dit werd verduidelijkt door de Minister van Veiligheid en Justitie in de nota naar aanleiding van het verslag:[74]

"De leden van de CDA-fractie vragen of verduidelijkt moet worden op welk moment getoetst wordt wanneer een rechtspersoon «groot» is in de zin van het wetsvoorstel. Zij stellen voor te kiezen voor de datum waarop een jaarrekening wordt vastgesteld en niet voor de balansdatum. Ook vragen zij om toevoeging van een in- en uitgroeiregeling. De meeste rechtspersonen hanteren de balansdatum van 31 december. Zij maken een jaarrekening op, waarin verslag wordt gedaan van de financiële toestand van de rechtspersoon aan het einde van het boekjaar 1 januari – 31 december. Vervolgens wordt die jaarrekening op een later moment vastgesteld. Bij NV's en BV's geschiedt vaststelling door de algemene vergadering (artikel 2:101 en 210 BW) en bij stichtingen in beginsel door het orgaan dat tot

[74] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 7/8.

vaststelling is aangewezen in de statuten (artikel 2:300 BW). Voor de vraag of een rechtspersoon «groot» is, zal altijd moeten worden teruggevallen op de gegevens per de balansdatum, omdat die gegevens naar voren komen in de jaarrekening. Voor wat betreft de in- en uitgroeiregeling meen ik dat de indiener van het amendement heeft bedoeld te regelen dat voor de vraag of een rechtspersoon «groot» is het gehele lid 1 van artikel 2:397 BW relevant zou zijn, dat wil zeggen dat moet worden bezien of een rechtspersoon gedurende twee opeenvolgende jaren geldt als «groot»; bezien wordt of de rechtspersoon «groot» is op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata. Dat leidt, zoals deze leden terecht opmerken, tot een zekere mate van stabiliteit. Een wijziging op de balansdatum van een bepaald jaar heeft daardoor geen gevolgen voor de toepassing van de regeling, tenzij die wijziging ook op de volgende balansdatum nog bestaat. Dit kan worden verduidelijkt door de regeling verder uit te schrijven. Ik zal de in- en uitgroeiregeling meenemen in de nota van wijziging (vgl. de artikelen 2:297a lid 1 onderdeel b, 132a lid 1 aanhef, 142a lid 1, 242a lid 1 aanhef, 252a lid 1 BW). Wanneer een rechtspersoon in een bepaald jaar kwalificeerde als «groot», mag van het bestuur worden verwacht dat het in de loop van het volgende jaar in het oog houdt of de rechtspersoon wederom als «groot» zal kwalificeren. Aan het einde van het boekjaar zal het bestuur normaliter voldoende inzicht hebben in de activa, de omzet en het aantal werknemers om te kunnen nagaan of de rechtspersoon wederom «groot» is geweest. Daaraan doet niet af dat de jaarrekening pas op een later moment formeel zal worden vastgesteld. Ik verwacht dan ook dat het bestuur in dat geval vanaf de tweede relevante balansdatum incalculeert dat de rechtspersoon rekening moet houden met de limitering van het aantal toezichtsfuncties bij het aantrekken van een nieuwe bestuurder of commissaris. Hetzelfde geldt voor toezichthouders bij grote rechtspersonen die nog een functie willen aanvaarden bij een andere grote rechtspersoon."

2.5.3.5 Geconsolideerde basis

Bij het beoordelen van de grootte-criteria moet ook naar groepsmaatschappijen worden gekeken (geconsolideerde basis). Zie hierover de Minister van Veiligheid en Justitie in de nota naar aanleiding van het verslag.[75]

"De leden van de CDA-fractie vragen of bij het beoordelen van de «grootte»-criteria moet worden gekeken naar de vennootschap op een zelfstandige basis of op geconsolideerde basis. Voor de beoordeling van de «grootte-criteria» geldt de normale toepassing van artikel 2:397 BW en moet derhalve ook naar groepsmaatschappijen worden gekeken (consolidatie). De verwijzing naar lid 1 van

[75] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8.

dat artikel geeft aan dat moet worden getoetst aan de criteria die in dat lid zijn opgenomen. Hoe de criteria moeten worden toegepast volgt uit lid 2 van artikel 2:397 BW. Ik heb geen aanleiding te veronderstellen dat de indiener van het amendement een afwijking van de normale toepassing van artikel 2:397 BW heeft beoogd, al was het maar omdat daardoor een nieuwe categorie van «grote» ondernemingen en instellingen zou ontstaan, terwijl het kennelijk de bedoeling was aan te sluiten bij een categorieindeling die reeds voorkomt in het jaarrekeningenrecht. Om de bestaande verwarring te beëindigen zal ik in de nota van wijziging opnemen dat moet worden getoetst aan de criteria «als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2» (vgl. de artikelen 2:297a lid 1 onderdeel b en lid 3 onderdeel c, 297b lid 2 onderdeel c, 132a lid 1 aanhef en lid 2 onderdeel c, 142a lid 1 en lid 2 onderdeel c, 242a lid 1 aanhef en lid 2 onderdeel c, 252a lid 1 en lid 2 onderdeel c BW)."

2.5.4 Aanvullende bepalingen voor de grote stichting

Voor een stichting gelden de jaarrekeningcriteria van art. 2:397 lid 1 en 2 BW in beginsel eveneens. De regeling in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is voor de stichting via een reparatiewet (Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, Stb. 2012, 440) enigszins aangepast en daardoor is de limiteringsregeling niet op elke grote stichting van toepassing. De achtergrond hiervan is dat de Eerste Kamer wetsvoorstel 31 763 na een zwaar debat had aangenomen, maar wel verduidelijkt wilde zien dat niet alle stichtingen onder de regeling zouden vallen. Meer specifiek zouden niet-commerciële goede doelen-stichtingen, culturele stichtingen en kerkelijke stichtingen moeten worden uitgesloten.[76]
Deze verduidelijking heeft plaatsgevonden met de reparatiewet. Opgenomen is dat het relevant is dat de stichting verplicht is tot het opmaken van een jaarrekening of een gelijkwaardige financiële verantwoording. Dat is de vertaling van het commerciële dan wel het semipublieke karakter van de stichting die onder de limiteringsregeling valt. Verder zijn de op een stichting toepasselijke jaarrekeningcriteria van art. 2:397 lid 1 en 2 BW enigszins aangepast.

De voor de stichting relevante wetsbepalingen zijn de art. 2:297a en 2:297b BW. De tekst van art. 2:297a BW luidt als volgt:

"1 Dit artikel is van toepassing op de stichting die:
a. bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9; en

[76] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 19.

b. op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2.
Artikel 398 lid 5 is van toepassing. Voor de toepassing van artikel 397 lid 1, onderdeel b, wordt in plaats van de netto-omzet gelezen het totaal van de bedrijfsopbrengsten onderscheidenlijk het totaal van de baten voor zover de stichting deze bij of krachtens bijzondere wetgeving opneemt in de financiële verantwoording.
2 Tot bestuurder van een stichting als bedoeld in lid 1 kunnen niet worden benoemd:
a. personen die commissaris of, indien de bestuurstaken bij een rechtspersoon zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, niet uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan twee rechtspersonen;
b. personen die voorzitter zijn van de raad van commissarissen van een rechtspersoon of van het bestuur van een rechtspersoon indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.
3 Voor de toepassing van dit artikel:
a. wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld;
b. telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming;
c. betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2, onderscheidenlijk de stichting als bedoeld in artikel 297a lid 1;
d. geldt een tijdelijke aanstelling overeenkomstig artikel 349a lid 2 of artikel 356 onder c niet als benoeming;
e. wordt de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 106a van de Pensioenwet en artikel 110ca van de Wet verplichte beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur.
4 De nietigheid van de benoeming op grond van de vorige leden heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.”

De tekst van art. 2:297b BW luidt als volgt:

"1 Indien een toezichthoudend orgaan is ingesteld bij een stichting als bedoeld in artikel 297a lid 1, kunnen in dat orgaan niet worden benoemd: personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij vijf of meer andere rechtspersonen. Het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, telt dubbel.
2 Voor de toepassing van dit artikel:
a. wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld;
b. telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming;
c. betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2, onderscheidenlijk de stichting als bedoeld in artikel 297a lid 1;
d. geldt een tijdelijke aanstelling overeenkomstig artikel 349a lid 2 of artikel 356 onder c niet als benoeming;
e. wordt de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 106a van de Pensioenwet en artikel 110ca van de Wet verplichte beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur.
3 De nietigheid van de benoeming op grond van de vorige leden heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen."

2.5.4.1 Jaarrekeningplicht en grootte-criteria

Bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440), in werking getreden op 1 januari 2013, is de regeling in de art. 2:297a en 2:297b BW op enkele aspecten verduidelijkt.

(i) De eerste verduidelijking betreft het feit dat de regeling uitsluitend stichtingen raakt indien zij een jaarrekening moeten opstellen met inachtneming van de regels van titel 9 Boek 2 BW of indien zij een financiële verantwoording moeten opstellen die daaraan gelijkwaardig is; art. 2:297a lid 1 sub a BW.

Hierbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen stichtingen die een jaarrekening moeten opstellen met inachtneming van de regels van titel 9 Boek 2 BW – commerciële

stichtingen – en stichtingen die een daaraan gelijkwaardige financiële verantwoording moeten opstellen – semipublieke stichtingen –.

Commerciële stichtingen zijn stichtingen die een of meer ondernemingen in stand houden die ingevolge de wet in het Handelsregister moeten worden ingeschreven. Het gaat om stichtingen die in beginsel behoren tot het bedrijfsleven: zij opereren op de markt en treden in concurrentie met elkaar.[77] Commerciële stichtingen moeten op grond van het bepaalde in art. 2:360 lid 3 BW een jaarrekening opmaken met inachtneming van de regels van titel 9 Boek 2 BW.

In de wetsgeschiedenis van de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) werd het volgende antwoord gegeven op de vraag wanneer een stichting een onderneming in stand houdt:[78]

> "De Raad voor de Jaarverslaggeving omschrijft ondernemingen als organisaties die productiemiddelen omzetten in producten en/of diensten met het doel daarmee winst te behalen. Dergelijke ondernemingen moeten, indien zij in Nederland zijn gevestigd, ingevolge de Handelsregisterwet worden ingeschreven in het handelsregister. Ik verwijs naar de beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008. nr. WJZ 8074645, inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister. De beleidsregel geeft aan dat van een onderneming sprake is indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van een of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. Daarnaast wordt bezien of de activiteiten of omzet van de onderneming voldoende omvang hebben om inschrijving te rechtvaardigen."

Een commerciële stichting heeft de plicht tot het opstellen van een jaarrekening met inachtneming van de regels van titel 9 Boek 2 BW, mits zij gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren een geconsolideerde netto-omzet heeft van € 6.000.000. Een stichting die een of meer ondernemingen in stand houdt is overigens op grond van art. 2:299a BW verplicht deze netto-omzet op te geven. Gedurende de totstandkoming van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Stb. 2011, 275) en de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) was een geconsolideerde netto-omzet van € 4.400.000 vereist. Dit bedrag is ondertussen verhoogd tot € 6.000.000.

[77] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 2 waarin wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 24 255, nr. 3, p. 2.
[78] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 3.

Het bepaalde in art. 2:297a lid 1 sub a BW houdt rekening met de situatie dat een stichting een financiële verantwoording moet opstellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW. Het betreft hier semipublieke stichtingen.
Als voorbeeld van een gelijkwaardige jaarrekening werd in de wetsgeschiedenis genoemd de jaarrekening die pensioenfondsen moeten opstellen op grond van art. 146 Pensioenwet. Pensioenfondsen worden voor de doeleinden van de Handelsregisterwet geacht een onderneming als bedoeld in die wet in stand te houden.[79]

Ook bepaalde grote non-profit instellingen, zoals zorginstellingen, woningbouwcorporaties en onderwijsinstellingen[80], moeten op grond van bijzondere wetgeving een financiële verantwoording opstellen waarbij voor zover mogelijk aansluiting wordt gezocht bij titel 9 Boek 2 BW.[81] Ook hier is sprake van een aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW gelijkwaardige financiële verantwoording.

Het voorgaande brengt mee dat wanneer een stichting niet de verplichting tot het opstellen van een jaarrekening of een daaraan gelijk te stellen financiële verantwoording kent, de limiteringsregeling op deze stichting niet van toepassing is.

(ii) Een tweede verduidelijking betreft de toepassing van het grootte-criterium bij een stichting met een jaarrekeningplicht. Door de verwijzing naar art. 2:398 lid 5 BW in art. 2:297a lid 1 BW wordt voor de toepassing van het grootte-criterium bij dergelijke stichtingen gekeken naar het totaal van de activa. Voor wat betreft de geconsolideerde netto-omzet en het aantal werknemers wordt echter uitsluitend gekeken naar het commerciële deel van de stichting. Aldus wordt rekening gehouden met het geval dat een stichting slechts gedeeltelijk commerciële activiteiten ontplooit.[82] Voor de grens van € 40.000.000 wordt daarom de niet-commerciële omzet van de stichting niet meegerekend.[83]

Verder is voor wat betreft de toepassing van het grootte-criterium bij een stichting met een jaarrekeningplicht in art. 2:297a lid 1, slot BW verduidelijkt dat in plaats van netto-omzet kan worden gelezen het totaal van de bedrijfsopbrengsten of het totaal van de baten. De reden waarom de wetgever hiertoe is overgegaan is dat uit de bijzondere sectorale regelgeving ten aanzien van de financiële verantwoordingsplicht voor

[79] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 2 waarin wordt verwezen naar *Kamerstukken II* 24 255, nr. 6, p. 3.
[80] Er geldt een bijzondere jaarrekeningplicht voor rechtspersonen waarop het Besluit beheer sociale-huursector van toepassing is (woningcorporaties), voor rechtspersonen waarop de Regeling verslaggeving WTZi van toepassing is (zorginstellingen) en voor onderwijsinstellingen die onder de Regeling jaarverslaggeving onderwijs vallen.
[81] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 2 , 3 en 4.
[82] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 3.
[83] Vgl. Kiersch, *T&C Ondernemingsrecht* 2016, art. 2:360 BW, aant. 4.

zorginstellingen, woningcorporaties en onderwijsinstellingen van deze afwijkende terminologie bleek.[84]
Beide verduidelijkingen maken dat de limitering van het aantal toezichthoudende functies voor bestuurders en toezichthouders uitsluitend geldt voor stichtingen die wettelijk verplicht zijn tot het opstellen van een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW of van een daaraan gelijkwaardige financiële verantwoording, met andere woorden commerciële/semipublieke stichtingen, en die daarenboven voldoen aan het grootte-criterium uit het jaarrekeningenrecht voor grote rechtspersonen, waarbij in de plaats van netto-omzet ook het totaal van de bedrijfsopbrengsten of het totaal van de baten kan worden gelezen.
Vanwege beide genoemde voorwaarden vallen stichtingen die gericht zijn op een charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke doelstelling in beginsel buiten het bereik van de cumulatieregeling, mits zij niet onder een jaarrekeningplicht vallen op grond van bijzondere regelgeving.[85]
Kort gezegd: uitsluitend grote jaarrekeningplichtige stichtingen moeten de limiteringsregeling toepassen.

In het wetgevingsoverleg van 25 juni 2012 gaf de Minister van Veiligheid en Justitie naar aanleiding van vragen van Tweede Kamerleden een indicatie welke stichtingen wel en niet onder de limiteringsregeling vallen:[86]

> "Een aantal woordvoerders heeft gevraagd welke stichtingen straks onder de wet vallen. Daarbij speelt de indruk of een instelling groot of klein is, een rol. Dat zijn stichtingen als de Stichting de Nationale sporttotalisator, de Nationale Postcode Loterij, zorginstellingen, grote woningbouwcorporaties en onderwijsinstellingen zoals roc's. Welke vallen er niet onder? Ik denk dat dit geldt voor de meeste musea en de meeste goededoelenorganisaties. Die zijn immers niet commercieel."

2.5.4.2 Uitzondering voor charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke stichtingen

De reden voor het uitzonderen van stichtingen die gericht zijn op een charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke doelstelling van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling is, kort gezegd, dat zij geen onderneming in stand houden.

---

[84] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 3/4. Voor woningcorporaties waarop het Besluit beheer sociale-huursector van toepassing is geldt een bijzondere jaarrekeningplicht, waarin de term 'bedrijfsopbrengsten' wordt gebruikt (vgl. Richtlijn 645, Bijlage 1 van de Raad voor de Jaarverslaggeving). Voor zorginstellingen waarop de Regeling verslaggeving WTZi van toepassing is geldt een bijzondere jaarrekeningplicht waarin de term 'bedrijfsopbrengsten' wordt gebruikt (vgl. Richtlijn 655, Bijlage 1 van de Raad voor de Jaarverslaggeving). Ten slotte moeten onderwijsinstellingen die onder de Regeling jaarverslaggeving onderwijs vallen, een «staat van baten en lasten» opmaken, waarin de «baten» worden vermeld (vgl. Richtlijn 660, model B van de Raad voor de Jaarverslaggeving).
[85] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 3.
[86] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 19.

In de wetsgeschiedenis werd opgemerkt dat een stichting die geen diensten of producten aanbiedt met het oogmerk om materieel voordeel te behalen, anders gezegd geen 'winstoogmerk' heeft, geen onderneming in stand houdt. Het betreft stichtingen die gericht zijn op een charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke doelstelling. Dergelijke stichtingen zonder onderneming vallen buiten de regeling voor de beperking van het aantal toezichthoudende functies, tenzij zij onder een jaarrekeningplicht vallen op grond van bijzondere regelgeving.[87]

Er is niet gekozen voor het opnemen van een algemene uitzondering voor stichtingen met het doel het behartigen van culturele, kerkelijke of charitatieve belangen. Een amendement daartoe van Tweede Kamerleden Van der Steur en Van Toorenburg werd door de Minister van Veiligheid en Justitie ontraden. Hij gaf daarvoor de volgende reden:[88]

> "Dit amendement regelt een algemene uitzondering voor stichtingen met het doel het behartigen van culturele, kerkelijke of charitatieve belangen. Het probleem is dat de criteria cultureel, charitatief en kerkelijk in de praktijk als zodanig niet zijn toe te passen omdat ze veel te onbepaald zijn. Wanneer is een stichting charitatief? De criteria zijn in het Burgerlijk Wetboek ook niet gedefinieerd. Daardoor ontstaat volstrekte onduidelijkheid over de vraag of een bestuurder of commissaris kan worden benoemd of niet. Een voorbeeld: is een commerciële stichting als de Nationale Postcodeloterij een charitatieve stichting, nu zij ook geld besteedt aan goede doelen? Het amendement is overigens een uitnodiging om de statuten aan te passen zodat men onder de regeling uitkomt, dus ik moet het amendement ontraden."

In de NV II lichtte de Minister van Veiligheid en Justitie toe waarom is gekozen voor het uitzonderen van stichtingen met een jaarrekeningplicht:[89]

> "De regeling geldt voor alle stichtingen die «groot» zijn in de zin van het jaarrekeningrecht en verplicht zijn een jaarrekening op te maken. Ik ga ervan uit dat de meeste van de door de leden van de PvdA-fractie bedoelde stichtingen niet vallen onder bijzondere wetgeving die hun verplicht tot het opmaken van een jaarrekening. Dat betekent dat moet worden nagegaan of zij een onderneming in stand houden en «groot» zijn volgens de criteria van het jaarrekeningenrecht. Een stichting die niet diensten of producten aanbiedt met het oogmerk om materieel voordeel te behalen (samengevat geen «winstoogmerk» heeft), heeft geen onderneming in de zin van het jaarrekeningenrecht. Dergelijke stichtingen worden

[87] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3, p. 3.
[88] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 20.
[89] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 7.

niet gerekend tot het bedrijfsleven. Voor hun geldt niet dat zij opereren op een markt en in concurrentie met elkaar treden. Dat is een reden waarom zij ook niet worden belast met de plicht om een jaarrekening op te maken en te publiceren, waardoor (potentiële) crediteuren kunnen nagaan of de stichting financieel gezond is. Voor niet-commerciële stichtingen is deze informatie ten behoeve van crediteuren niet nodig, ook niet wanneer de stichting «rijk» is. Voor de volledigheid merk ik op dat het mogelijk is dat de door de leden van de PvdA-fractie bedoelde stichtingen wel deels commerciële activiteiten ontplooien. In dat geval kwalificeert de desbetreffende stichting als «onderneming» en kan er een jaarrekening-plicht gelden. Daarbij is artikel 2:398 lid 5 BW van belang. Voor de vraag of een dergelijke stichting «groot» is, wordt gekeken naar het totaal van de activa van de stichting. Voor wat betreft de netto-omzet en het aantal werknemers wordt uitsluitend gekeken naar het commerciële deel van de stichting (vgl. artikel 2:297a lid 1 BW)."

In het wetgevingsoverleg van 25 juni 2012 herhaalde de Minister van Veiligheid en Justitie dit kort naar aanleiding van vragen van Tweede Kamerleden:[90]

"De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel na een zwaar debat aangenomen, maar zij wilde wel verduidelijkt zien dat niet alle stichtingen onder de regeling vallen. Meer specifiek wilde men niet-commerciële goededoelen-stichtingen, culturele stichtingen en kerkelijke stichtingen uitsluiten. Dat is met de reparatiewet gebeurd door op te nemen dat het relevant is dat er een jaarrekeningplicht is. Dat is de vertaling van het commerciële karakter."

2.6 Tijdens het wetgevingsproces voorgestelde wijzigingen en genoemde negatieve effecten van de limiteringsregeling

2.6.1 Voorgestelde wijzigingen

Tijdens het wetgevingsproces zijn drie amendementen ingediend die zijn verworpen. Het betreft de volgende voorgestelde wijzigingen van de limiteringsregeling:

1. Maximumaantallen

De limiteringsregeling houdt kort gezegd in dat een bestuurder zijn functie met maximaal twee toezichthoudende functies mag combineren en dat een toezichthouder maximaal vijf toezichthoudende functies mag bekleden. Tijdens het wetgevingsproces is een amendement ingediend dat het maximumaantal toezichthoudende functies zou moeten

[90] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 19.

worden verlaagd tot drie en dat een bestuursfunctie slechts met één toezichthoudende functie mag worden gecombineerd. Zie hierover nader par. 2.4.3.

2. Dubbeltelling voorzitterschap toezichthoudend orgaan
Bij de toepassing van de limiteringsregeling telt het voorzitterschap van de raad van commissarissen dubbel. Tijdens het wetgevingsproces is een amendement ingediend om deze dubbeltelling ongedaan te maken. Zie hierover nader par. 2.4.4.

3. Bestuurders zonder bezoldiging
Voorgesteld werd een onbezoldigde bestuursfunctie niet onder de limiteringsregeling te laten vallen. De reden hiervoor was dat functies zonder bezoldiging over het algemeen symbolisch zijn of een goed doel dienen en daarom niet moeten worden belemmerd. Dit amendement kon niet op veel sympathie rekenen. Ook al is sprake van een onbezoldigde functie, deze brengt de uitoefening van wettelijke taken mee. Het gaat om de tijdsbesteding en daarmee de kwaliteit van het uitoefenen van een functie. Zie hierover nader par. 2.4.5.3.

2.6.2 Genoemde negatieve effecten

In de wetsgeschiedenis zijn acht mogelijke negatieve effecten van de limiteringsregeling genoemd. Deze worden hierna weergegeven.

In het Voorlopig Verslag van de Vaste Commissie voor Justitie[91] zijn de volgende drie door de CDA-fractie verwachte negatieve effecten van de limiteringsregeling opgetekend.

(i) Ten eerste een forse verhoging van honoraria van de in een (zeer) beperkt aantal functies te benoemen kandidaten.

In het wetgevingsoverleg over het wetsvoorstel de wijziging van Boek 2 BW ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b wees Tweede Kamerlid Van der Steur eveneens op dit mogelijk negatieve effect:[92]

> "Wat de wet ook zal doen [...] is ervoor zorgen dat de gemiddelde vergoeding voor een commissariaat in Nederland gigantisch zal stijgen. De gemiddelde bezoldiging ligt naar ik meen tussen de € 10 000 en € 20 000 per jaar. Daar zul je dat bovenop moeten zetten om ervoor te zorgen dat je een inkomen verwerft. Over het algemeen zijn het mensen die gewend zijn om behoorlijk wat te verdienen. Ook daar zul je zien dat het een effect zal hebben dat zeker de SP-fractie en de PVV-fractie niet bepaald voor ogen stond toen zij dit amendement indienden."

[91] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 8.
[92] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 14.

In de memorie van antwoord EK reageerde de Minister van Veiligheid en Justitie op dit verwachte negatieve effect van de limiteringsregeling. Hij liet zich er niet over uit of een beperking in het aantal kandidaten voor bestuursfuncties of toezichthoudende functies tot een verhoging van honoraria zal leiden. Hij beperkte zich tot de opmerking dat het primair aan de grote organisaties is om te bepalen welk honorarium gepast is voor een bepaalde bestuurder of toezichthouder, mede gelet op zijn kwaliteiten en de beschikbaarheid die van hem wordt verwacht. [93]

> "Of dit alles leidt tot een verhoging van honoraria is niet in algemene zin te zeggen. Het is primair aan de grote instellingen om te bepalen welk honorarium gepast is voor een bepaalde bestuurder of commissaris, mede gelet op zijn kwaliteiten en de beschikbaarheid die van hem wordt verwacht."

(ii) Een tweede verwacht negatief effect van de limiteringsregeling is een toenemende schaarste aan toptalent voor het publieke domein en de non-profit sector, waarin geen of slechts geringe vergoedingen worden toegekend. Vrijwilligerswerk zou hierdoor worden gestraft.

De VVD-fractie wees in hetzelfde Voorlopig Verslag, zij het in iets andere bewoordingen, ook op dit nadelige effect van de limiteringsregeling: het risico dat bestuurs- en toezichtfuncties in de non-profit sector (ziekenhuizen, kinderopvang, onderwijs, goede doelen etc.) als eerste zullen worden opgeofferd omdat daarvoor geen of geringere vergoedingen gelden dan in de profit sector.[94]

In de memorie van antwoord EK reageerde de Minister van Veiligheid en Justitie op dit verwachte negatieve effect van de limiteringsregeling.[95] De Minister van Veiligheid en Justitie erkende dat zich een beperking in het aantal kandidaten voor bestuursfuncties of toezichthoudende functies kan voordoen indien een grote NV, BV of stichting een kandidaat zoekt die ook bij verschillende andere grote organisaties is aangesteld als toezichthouder. Indien deze kandidaat het maximumaantal toezichtfuncties bij grote organisaties heeft bereikt kan hij niet tot bestuurder of toezichthouder worden benoemd. Er zal moeten worden gezocht naar een kandidaat die minder toezichtfuncties vervult bij andere grote organisaties en daarom wordt geacht meer tijd ter beschikking te hebben.

De Minister van Veiligheid en Justitie maakte onderscheid tussen organisaties in de non-profit sector die zich bezig houden met bijvoorbeeld kinderopvang of goede doelen en

[93] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 17.
[94] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 9.
[95] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 16/17.

niet kwalificeren als 'groot', en instellingen, zoals ziekenhuizen en scholen, die de rechtsvorm van een NV, BV of stichting hebben en wel als zodanig kwalificeren. Voor wat betreft de bestuurs- en toezichtfuncties bij deze laatstgenoemde grote organisaties in de non-profit sector had de Minister van Veiligheid en Justitie niet de indruk dat veelal geringere vergoedingen worden betaald dan in de profit sector. Hij verwachtte dan ook geen leegloop van de non-profit sector.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b kwam verwacht negatief effect (ii) opnieuw aan de orde, dit keer naar aanleiding van een brief van VNO-NCW/MKB. De Minister van Veiligheid en Justitie liet het volgende optekenen:[96]

> "VNO-NCW/MKB hebben bezwaar tegen een dwingende limitering van het aantal toezichtsfuncties. Zij menen dat kandidaten sneller zullen kiezen voor een meer uitdagende, inhoudelijk meer interessante, meer prestigieuze en beter betaalde functie bij een beursvennootschap dan een non-profitinstelling. Men vreest verschraling van het aanbod kandidaten. Naar aanleiding van vergelijkbare vragen van de Eerste Kamer heb ik eerder opgemerkt dat stichtingen in de non-profit sector die niet kwalificeren als «groot» (en geen jaarrekeningplicht hebben), buiten de regeling vallen. Een kleine stichting die zich bezig houdt met bijvoorbeeld kinderopvang of goede doelen wordt door de regeling niet geraakt. Ziekenhuizen en scholen kunnen wel door de regeling worden geraakt indien zij de rechtsvorm van een stichting hebben, omdat zij op basis van sectorspecifieke regelingen een jaarrekeningplicht hebben; de vraag is dan nog wel of zij «groot» zijn. In dat geval eist het amendement dat een cumulatie van functies beperkt blijft, teneinde te bereiken dat er voldoende tijd aan alle verschillende functies bij grote instellingen kan worden besteed. Sterk samengevat komt het amendement er op neer dat een grote professionele organisatie slechts toezichthouders moet aantrekken die bereid en in staat zijn om daaraan voldoende tijd te wijden. Ik begrijp dat het uitgangspunt is dat het geen functies zijn die men er «even bij» kan doen. Voor zover functies relevant zijn voor de toepassing van het amendement, heb ik niet de indruk dat uitsluitend geringe vergoedingen worden betaald in de non-profit sector. Dat laat onverlet dat ik de effecten van de voorgestelde regeling in het oog zal blijven houden."

(iii) Een derde verwacht negatief effect van de limiteringsregeling is dat er een omzeiling van de wet zal plaatsvinden door commissariaten om te zetten in (non-transparante) adviseurschappen.

[96] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 13.

In zijn reactie liet de Minister van Veiligheid en Justitie blijken er niet zoveel moeite mee te hebben dat wanneer de gewenste persoon niet tot commissaris kan worden benoemd vanwege het bereikt hebben van het maximumaantal toezichtfuncties bij grote organisaties, er wordt uitgeweken naar een aanstelling als adviseur.[97]

> "Zijn betrokkenheid behoeft dan niet continu te zijn en hij draagt ook niet de verantwoordelijkheid van een bestuurder of commissaris. Het voordeel van een dergelijke aanstelling is dat dan toch kan worden geprofiteerd van de ervaring en kennis van de bedoelde kandidaat."

In de Handelingen Eerste Kamer werd dit mogelijk negatieve effect opnieuw ten tonele gevoerd door de VVD-fractie. De Minister van Veiligheid en Justitie reageerde als volgt:[98]

> "Mevrouw Kneppers vraagt of de verwachting is dat personen vaker als adviseur gaan optreden dan als commissaris. Hoe onderscheid je een adviseur van een commissaris? Wanneer een grote nv of bv behoefte heeft aan een bijzondere expertise, bijvoorbeeld ter begeleiding vaneen overname, kan ik me voorstellen dat gezocht wordt naar een adviseur voor dat geval. Een dergelijke adviseur is niet benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders, hoeft ook geen verantwoording af te leggen aan de aandeelhouders en heeft een andere taak dan een interne toezichthouder. Daarom valt de benoeming tot adviseur niet onder het amendement. Ook wanneer de adviesfunctie voor langere tijd wordt aanvaard, is de persoon in kwestie nog steeds geen commissaris, want hij is niet als zodanig benoemd door de aandeelhouders. Het is wel zo dat beursgenoteerde ondernemingen dan vaak openbaar maken dat zij gebruikmaken van een dergelijke adviseur. Daar kennen we de voorbeelden van. De norm "handelen in het belang van de vennootschap" geldt alleen voor bestuurders en commissarissen."

Ook de PvdA-fractie bracht het onderwerp via een schriftelijke vraag ter sprake:

> "Is het waar dat commissarissen de bepalingen in de Wet bestuur en toezicht proberen te omzeilen door voortaan als adviseur op te treden […] Kunt u inzicht geven in de omvang van deze ontwikkeling? […]
> Op welke wijze gaat u zich inzetten om te voorkomen dat de beperking door commissarissen omzeild wordt? Welke mogelijkheden ziet u in dit kader? Is het mogelijk om adviesfuncties […] mee te tellen bij de functies die commissarissen vervullen zodat de beperking zo niet omzeild kan worden?"

[97] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 117.
[98] *Handelingen* Eerste Kamer 24 mei 2011, 31 763, p. 28-4-22.

De Minister van Veiligheid en Justitie antwoordde als volgt:[99]

> "Vanaf het moment dat de limitering van het aantal commissariaten geldt, werkt deze door in de benoeming tot commissaris of bestuurder van een grote NV, BV en stichting, waarbij "groot" is gedefinieerd in artikel 2:397 BW. Het amendement dat aan de regeling ten grondslag ligt, heeft als achtergrond dat het bestuur en toezicht bij de genoemde grote rechtspersonen voldoende vorm moet kunnen krijgen. Dat sluit niet uit dat een grote rechtspersoon ook adviseurs in de arm neemt voor bepaalde kwesties, desgewenst een persoon die bij andere rechtspersonen commissariaten vervult. De verantwoordelijkheid van een dergelijke adviseur gaat minder ver dan die van een bestuurder of commissaris. Een adviseur heeft geen wettelijke taak. De taak van de adviseur hangt af van de afspraken daarover in het concrete geval en kan dus zeer divers zijn. Wanneer een adviseur van de rechtspersoon zijn taak niet goed vervult, kan dat leiden tot een schadeclaim van de rechtspersoon, maar het gaat te ver om in het algemeen te zeggen dat het falen van een adviseur tevens leidt tot een falend bestuur of toezicht bij de rechtspersoon. Of een commissaris die tevens adviesfuncties heeft voldoende tijd overhoudt, is moeilijk te zeggen. Ook in dat verband is van belang dat adviesfuncties zeer verschillend van aard kunnen zijn. […] De regeling zoals aanvaard door het Parlement kan een bijdrage leveren aan het bestuur en het toezicht van grote Nederlandse rechtspersonen, maar kan goed bestuur en toezicht niet alleen garanderen. Goed bestuur en toezicht blijft mede afhankelijk van de kritische houding en de inzet van de personen in kwestie. […] meen ik dat een uitbreiding van de regeling tot adviesfuncties […]geen oplossing is omdat de adviesfunctie niet vergelijkbaar is met die van een bestuurder of commissaris […].

(iv) VNO-NCW/MKB komen in de hiervoor bedoelde brief met een nieuw mogelijk negatief effect van de limiteringsregeling: een vlucht in buitenlandse rechtspersonen.

De Minister van Veiligheid en Justitie reageerde als volgt:[100]

> "Ik ga ervan uit dat «grote» Nederlandse rechtspersonen primair behoefte hebben aan toezichthouders die voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken. Het lijkt mij dat de meeste van dergelijke rechtspersonen er geen belang bij hebben om te kiezen voor een buitenlandse rechtsvorm met als argument dat daardoor de Nederlandse wet kan worden ontweken en een toezichthouder kan worden

[99] Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 29 november 2011, Antwoorden op de schriftelijke vragen van het lid Heijnen (PvdA) over commissarissen die de beperking in de Wet bestuur en toezicht aan het aantal toezichthoudende functies proberen te omzeilen, Kenmerk 2011Z23173 (Ingezonden 16 november 2011).
[100] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 13.

aangesteld die – met een veelheid aan bestaande functies – slechts zeer beperkt tijd kan besteden aan die rechtspersoon."

Vanuit de PvdA-fractie werd de volgende vraag gesteld:

"Is het waar dat commissarissen de bepalingen in de Wet bestuur en toezicht proberen te omzeilen door […] zich te laten registeren bij buitenlandse dochters van Nederlandse bedrijven? Kunt u inzicht geven in de omvang van deze ontwikkeling? […]
Op welke wijze gaat u zich inzetten om te voorkomen dat de beperking door commissarissen omzeild wordt? Welke mogelijkheden ziet u in dit kader? Is het mogelijk om […] commissariaten bij buitenlandse dochters van Nederlandse bedrijven mee te tellen bij de functies die commissarissen vervullen zodat de beperking zo niet omzeild kan worden?

De Minister van Veiligheid en Justitie reageerde als volgt:[101]
"Nederland kan geen regels stellen ten aanzien van het aantal commissariaten dat is toegestaan bij buitenlandse rechtspersonen. De Nederlandse regeling zou voorts onuitvoerbaar worden wanneer rekening moet worden gehouden met functies in het buitenland bij buitenlandse rechtspersonen. Dergelijke functies zijn in Nederland niet controleerbaar en evenmin is goed vast te stellen of een dergelijke functie
wordt vervuld bij een buitenlandse rechtspersoon die groot is in de zin van het Nederlandse recht.
[…] meen ik dat een uitbreiding van de regeling tot […] commissariaten bij buitenlandse dochters geen oplossing is omdat […] een uitbreiding tot commissariaten bij buitenlandse rechtspersonen leidt tot een onuitvoerbare regeling."

(v) VNO-NCW/MKB kwamen in de hierboven bedoelde brief met nog een ander mogelijk negatief effect van de limiteringsregeling: zij kan een ongunstig effect hebben op de beschikbaarheid van voldoende ervaren vrouwelijke kandidaten. De Minister van Veiligheid en Justitie reageerde als volgt:[102]

"De wet maakt geen onderscheid tussen mannelijke en vrouwelijke kandidaten. Ik begrijp het amendement zo, dat het de bedoeling is dat elke kandidaat voldoende

[101] Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 29 november 2011, Antwoorden op de schriftelijke vragen van het lid Heijnen (PvdA) over commissarissen die de beperking in de Wet bestuur en toezicht aan het aantal toezichthoudende functies proberen te omzeilen, Kenmerk 2011Z23173 (Ingezonden 16 november 2011).
[102] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 14.

tijd beschikbaar moet kunnen stellen aan de rechtspersoon waar men wordt benoemd, ongeacht of het om een vrouwelijke of een mannelijke kandidaat gaat."

(vi) Ten slotte stelden VNO-NCW/MKB dat de regeling leidt tot een verminderde beschikbaarheid van personen voor ondernemingen waarvan de aandelen in handen zijn van private equity bedrijven. De reactie van de Minister van Veiligheid en Justitie was als volgt:[103]

"Het amendement raakt alle «grote» NV's en BV's, ongeacht de verdeling van de aandelen. Dat is ook wel logisch omdat uitsluitend is gekeken naar de vraag hoeveel toezichtsfuncties door een en dezelfde persoon kunnen worden vervuld. Daarvoor is de verdeling van de aandelen niet relevant."

(vii) In het wetgevingsoverleg over het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 BW ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b wees Tweede Kamerlid Van der Steur op het mogelijk nadelige effect dat steeds meer bestuurders en toezichthouders uit het buitenland komen.[104]

"Wij zullen zien dat er steeds meer bestuurders uit het buitenland zullen komen. Waarom? Omdat de wetgeving niet op buitenlanders van toepassing is. Een buitenlandse commissaris kan commissaris zijn bij vijf of tien grote beursgenoteerde ondernemingen en mag er vervolgens in Nederland nog vijf bij hebben op grond van de huidige wetgeving. Dat lijkt mij niet de bedoeling van de indieners van het amendement, maar het is wel het effect. Hetzelfde geldt voor commissarissen die bestuursfuncties in het buitenland hebben. Zij mogen ook gewoon commissaris in Nederland zijn. De wetgeving schiet dus haar doel voorbij. Als je als Nederlandse beursgenoteerde vennootschap in kwalitatief bestuur wilt voorzien, zul je dus mensen uit het buitenland gaan halen die waarschijnlijk wel voldoen aan de Nederlandse wettelijke eisen, maar buiten de wet vallen. De kwaliteit zal op een andere manier gewaarborgd worden."

(viii) In het wetgevingsoverleg over het wetsvoorstel de wijziging van Boek 2 BW ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b wees Tweede Kamerlid Van der Steur op de problemen in het Nederlandse bedrijfsleven om voorzitters van raden van commissarissen te krijgen gelet op de dubbeltelling van deze functie in de limiteringsregeling:[105]

[103] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 14.
[104] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 12/13.
[105] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag), p. 17.

"… dat het Nederlandse bedrijfsleven nu al gigantische problemen heeft om voorzitters van raden van commissarissen te krijgen. Niemand wil die functie meer vervullen, omdat men zichzelf daarmee in een positie brengt dat men daar heel veel geld voor moet vragen, omdat men daarnaast nauwelijks meer op een andere manier betrokken kan zijn bij het Nederlandse bedrijfsleven. Dat is een slechte ontwikkeling. Ik wijs op datgene wat Ernst & Young heeft laten zien ten aanzien van de tijdsbesteding van een voorzitter die daadwerkelijk meer tijd besteedt aan het voorzitterschap, maar die ondertussen met die drie andere commissariaten ver onder de tijdsbesteding valt van iemand die vijf commissariaten heeft."

Hoofdstuk 3. Inhoud en betekenis limiteringsregeling Boek 2 BW

3.1 Inleiding

Nadat in hoofdstuk 1 de onderzoeksthema's en de onderzoeksmethoden aan de orde zijn gekomen en in hoofdstuk 2 de parlementaire geschiedenis van de limiteringsregeling is beschreven, bevat dit hoofdstuk een weergave van de inhoud en de betekenis van de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling geldend voor grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Aan de hand van de wettekst, wetsgeschiedenis en rechtswetenschappelijke literatuur wordt het geldende recht voor de limiteringsregeling beschreven.

3.2 Limitering combinatie bestuurs- en toezichtfuncties

De limiteringsregeling voor de benoeming tot bestuurder houdt in dat iemand die twee toezichthoudende functies vervult bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting of die voorzitter is van een RvC, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot bestuurder van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan worden benoemd.

Met de term bestuurder wordt bedoeld een formele of statutaire bestuurder bij een two-tier board of een uitvoerend bestuurder (executive) bij een one-tier board; art. 2:132a/2:242a lid 2 sub d BW.

Met de term commissaris wordt bedoeld een commissaris bij een two-tier board of een niet-uitvoerend bestuurder (non-executive) bij een one-tier board; art. 2:142a/2:252a lid 2 sub d BW. In art. 2:132a/2:242a lid 2 sub a en art. 2:142a/2:252a lid 2 sub a BW is bepaald dat met een commissaris wordt gelijkgesteld een lid van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld. Denk hierbij aan een raad van toezicht van een woningcorporatie.

Het aantal bestuursfuncties bij de genoemde rechtspersonen wordt in Boek 2 BW niet gemaximeerd. De Minister van Veiligheid en Justitie zag hiervoor geen aanleiding omdat bestuursfuncties bij grote rechtspersonen normaliter fulltime functies zijn, waardoor een cumulatie van functies als vanzelf wordt beperkt (zie par. 2.4.1.3 en par. 7.1.2.2).[106] Dit is anders bij de sectorale limiteringsregelingen die gelden voor pensioenfondsen en significante banken en beleggingsondernemingen. Deze sectorale regelingen maximeren ook het aantal bestuursfuncties (zie par. 5.3.2).

[106] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32873, nr. 5 (NV II), p. 6.

Dortmond heeft gewezen op een ontwijkingsmogelijkheid vanwege het feit dat de limiteringsregeling geen rekening houdt met de rechtspersoon-bestuurder.[107] Het betreft de situatie dat een natuurlijk persoon een management-BV heeft. Deze BV kan worden benoemd tot bestuurder van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting, ook al vervult de enige bestuurder van de management-BV een toezichthoudende functie bij meer dan twee andere grote NV's, BV's of commerciële/semipublieke stichtingen.

Ten slotte moet er op worden gewezen dat op de formulering van art. 2:132a/2:242a lid 1 onder b en art. 2:297a lid 2 onder b BW kritiek kan worden uitgeoefend. Het betreft in het bijzonder de combinatie van een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan met het vervullen van een bestuursfunctie bij grote NV's, BV's of commerciële/semipublieke stichtingen. Gelet op de tekst van voornoemde bepalingen kan iemand die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan, niet tot bestuurder worden benoemd, terwijl de omgekeerde situatie: een bestuurder wordt benoemd tot voorzitter van een toezichthoudend orgaan, niet door de wettekst wordt geraakt. Dit houdt in dat de volgtijdelijkheid van de benoeming tot voorzitter respectievelijk bestuurder maakt of een dergelijke benoeming nietig is vanwege schending van de limiteringsregeling. In beide situaties is de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert gelijk. Beide situaties zouden daarom onder de limiteringsregeling gelijk moeten worden behandeld.

Overigens geldt het voorgaande evenzeer voor een persoon die toezichthoudende functies vervult bij meer dan twee rechtspersonen en dit wenst te combineren met een bestuursfunctie. In voornoemde volgorde van benoemingen is deze combinatie niet mogelijk, terwijl een bestuurder wel een derde, vierde of vijfde toezichtfunctie mag accepteren.

3.3 Limitering aantal toezichtfuncties

De limiteringsregeling voor de benoeming tot commissaris, niet-uitvoerende bestuurder of toezichthouder houdt in dat iemand die vijf of meer toezichthoudende functies heeft bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot commissaris, niet-uitvoerende bestuurder of toezichthouder van een andere grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan worden benoemd. Hierbij telt het voorzitterschap van een RvC, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan dubbel.

Het gebruik van het woordje 'andere' in art. 2:142a/2:252a lid 1 BW brengt mee dat wanneer een persoon toezichthouder is van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting en tegelijkertijd toezichthouder is van vier andere grote NV's, BV's of commerciële/semipublieke stichtingen, die persoon zonder meer kan

[107] Vgl. E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, nr. 247.1.

worden herbenoemd tot toezichthouder bij eerstgenoemde NV, BV of commerciële/semipublieke stichting. Hij is immers geen toezichthouder bij vijf of meer *andere* rechtspersonen.
Dat ligt mogelijk anders indien deze persoon tot voorzitter van een RvC, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan wordt benoemd. Gelet op de wettekst is een dergelijke benoeming rechtsgeldig. Immers deze persoon is geen toezichthouder van vijf of meer andere rechtspersonen. Weliswaar telt het voorzitterschap van de RvC, de one-tier board of het toezichthoudend orgaan dubbel, maar bij die vier andere rechtspersonen is hij geen voorzitter. Dortmond komt echter gelet op de wetsgeschiedenis – weliswaar schoorvoetend – tot de conclusie dat toch van een dubbeltelling moet worden uitgegaan en dat de desbetreffende persoon niet tot voorzitter kan worden benoemd.[108] In die wetsgeschiedenis wordt namelijk telkens uitgegaan van een wettelijk maximum van vijf toezichthoudende functies waarbij het voorzitterschap dubbel telt.[109] Maar Dortmond ziet een uitweg. Stel dat de statuten van deze grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting bepalen dat het orgaan uit zijn midden een voorzitter aanwijst. De desbetreffende persoon kan rechtsgeldig tot toezichthouder worden benoemd. Wordt hij nadien tot voorzitter aangewezen, dan stuit deze aanwijzing niet op problemen omdat er geen sprake is van een benoeming.[110]

3.4 Dubbeltelling voorzitterschap toezichthoudend orgaan

Bij de beoordeling of het aantal toezichthoudende functies al dan niet gecombineerd met een bestuurlijke functie de gestelde limieten overschrijdt, telt het voorzitterschap van de raad van commissarissen, de one-tier board of het toezichthoudend orgaan dubbel. Voor wat betreft deze dubbeltelling moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de benoeming tot bestuurder en anderzijds die tot commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of toezichthouder.

Gelet op de bewoordingen van art. 2:132a/2:242a lid 1 onder b en art. 2:297a lid 2 onder b BW kan een persoon die voorzitter is van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een grote NV, BV of stichting niet tot bestuurder van een grote NV, BV of stichting worden benoemd.
Het merkwaardige gevolg doet zich voor dat hier sprake is van meer dan een dubbeltelling van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan. Immers een persoon die twee toezichthoudende functies bij de genoemde grote rechtspersonen vervult kan tot bestuurder worden benoemd. Het verbod geldt slechts indien sprake is van een toezichthoudende functie bij 'meer dan twee rechtspersonen' aldus de tekst van

[108] Vgl. E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, nr. 283.1.
[109] Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 1 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 9.
[110] Vgl. E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, nr. 283.1.

art. 2:132a/2:242a lid 1 onder a en art. 2:297a lid onder a BW. Echter een persoon die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan kan niet tot bestuurder worden benoemd, terwijl deze persoon vanuit het perspectief van een 'echte' dubbelteling slechts twee toezichthoudende functies uitoefent.
Met de term dubbeltelling wordt daarom de wettekst niet geheel correct weergegeven. Het is goed dit voor ogen te houden indien wordt gesproken over een dubbeltelling van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan in combinatie met de benoeming tot bestuurder.

Tot commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of toezichthouder van een grote NV, BV of stichting kunnen gelet op de dubbeltelling van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan de volgende personen niet worden benoemd:
- personen die voorzitter zijn van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan en daarnaast commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of toezichthouder zijn bij drie of meer andere grote rechtspersonen, of
- personen die voorzitter zijn van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan bij twee grote rechtspersonen en daarnaast commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of toezichthouder zijn bij één andere grote rechtspersoon.

Dit betekent dat een persoon maximaal twee voorzitterschappen van toezichthoudende organen kan combineren met één 'gewone' toezichthoudende functie. Anders dan bij de regeling van de benoeming van een bestuurder is hier daadwerkelijk van een dubbeltelling van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan sprake.

3.5 Moment van toepassing limiteringsregeling

De limitering van functies wordt uitsluitend toegepast op het moment van (her)benoeming. Een latere wijziging van omstandigheden – een latere kwalificatie van de rechtspersoon als groot of het verbreken van de groepsband – is niet relevant voor een benoeming die rechtsgeldig heeft plaatsgevonden en kan slechts tot gevolg hebben dat een herbenoeming aan het einde van de benoemingstermijn niet kan plaatsvinden.[111] Omgekeerd leidt het verlies van de kwalificatie groot of het ontstaan van een groepsband er vanzelfsprekend niet toe dat een nietige benoeming rechtsgeldig wordt.

3.6 Toepassingsgebied limiteringsregeling

Voor wat betreft het toepassingsgebied van de limiteringsregeling kan een onderscheid worden gemaakt tussen (i) de rechtsvormen waarop de limiteringsregeling van toepassing is en (ii) de grootte-criteria.

[111] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 5/11.

In par. 3.6.1 wordt het toepassingsgebied van de limiteringsregeling beschreven: NV (SE), BV en commerciële/semipublieke stichting. In de daaropvolgende paragraaf (3.6.2) komt aan de orde dat de limiteringsregeling niet van toepassing is op de overige rechtspersonen. De algemeen geldende grootte-criteria worden besproken in par. 3.6.3. Ten slotte wordt in par. 3.6.4 ingegaan op de aanvullende bepalingen voor de grote stichting.

3.6.1 Rechtsvormen: NV (SE), BV en commerciële/semipublieke stichting

De limiteringsregeling voor bestuurs- en toezichtfuncties is alleen van toepassing op de rechtsvormen NV (SE[112]), BV en stichting. Het toepassingsgebied van de limiteringsregeling is bepaald in het desbetreffende amendement van het Kamerlid Irrgang.[113] De problemen betreffende de kwaliteit van goed bestuur en toezicht en de daardoor wenselijke limitering van de combinatie van bestuurs- en toezichtfuncties en van het aantal toezichtfuncties deden zich volgens de indiener van het amendement vooral voor in de private sector bij kapitaalvennootschappen en in de semipublieke sector bij stichtingen. Om reden van eenvoud is de reikwijdte van het amendement beperkt gebleven tot de hiervoor genoemde rechtsvormen.[114]

3.6.2 Niet: coöperatieve vereniging (SCE), onderlinge waarborgmaatschappij en formele vereniging

Andere rechtspersonen dan de NV, BV en stichting vallen buiten het toepassingsgebied van de limiteringsregeling. Het betreft de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatieve vereniging (SCE[115]) en de formele vereniging.
Bij de mondelinge behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer is een eventuele uitbreiding van de limiteringsregeling tot coöperatieve verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen kort aan de orde geweest. Dit heeft er echter bij het verzoek van de Eerste Kamer tot reparatiewetgeving niet toe geleid dat is aangedrongen op uitbreiding van de limiteringsregeling tot andere rechtsvormen dan de NV, BV en stichting. Een nadien ingediend amendement met deze strekking is door de Tweede Kamer verworpen, nadat de Minister van Veiligheid en Justitie dit had ontraden, omdat

[112] Voor de Europese Vennootschap, ook wel aangeduid als Societas Europaea of afgekort SE, geldt dat deze in iedere lidstaat wordt behandeld als een NV die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. Vgl. art. 10 Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PbEG* 2001 L 294/1.
[113] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20.
[114] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 6.
[115] Voor de Europese Coöperatieve Vennootschap, ook wel aangeduid als Societas Cooperativa Europaea of afgekort SCE, geldt dat voor de aangelegenheden die niet (geheel of gedeeltelijk) bij de SCE-Verordening zijn geregeld, de wetgeving van de lidstaat die zou gelden voor een coöperatie die is opgericht overeenkomstig het recht van de lidstaat waar de SCE haar statutaire zetel heeft van toepassing is. Vgl. art. 8 Verordening (EG) Nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE), *PbEG* 2003 L 207/1.

het zou leiden tot uitbreiding van de reikwijdte van de limiteringsregeling en dat niet zou passen bij het karakter van een reparatiewet (zie par. 2.5.2).[116]

3.6.3 Het grootte-criterium

Niet alleen vallen slechts bepaalde rechtsvormen onder de limiteringsregeling, daarenboven gelden criteria ten aanzien van de bedrijfsgrootte van genoemde rechtsvormen. Slechts grote NV's, BV's en stichtingen vallen binnen de reikwijdte van de limiteringsregeling. Of deze rechtsvormen groot zijn wordt gemeten aan de hand van de volgende criteria: activa, netto-omzet (of bedrijfsopbrengsten of baten) en aantal werknemers. Hiermee wordt aangesloten bij een in het jaarrekeningenrecht voorkomende categorie-indeling: micro, klein, middelgroot en groot. Zie over het grootte-criterium in samenhang met de limiteringsregeling nader hoofdstuk 4.

De redengeving voor het grootte-criterium is niet goed duidelijk. In de toelichting bij het amendement van het Kamerlid Irrgang[117] wordt slechts opgemerkt dat de limitering van het aantal bestuurlijke en toezichthoudende functies alleen geldt voor de grotere kapitaalvennootschappen en stichtingen. Klaarblijkelijk mogen bestuurders en toezichthouders van deze rechtsvormen niet teveel functies cumuleren, omdat zij onvoldoende tijd beschikbaar hebben of vrij kunnen maken voor het vervullen van deze verschillende functies.[118] Met de limiteringsregeling wordt aldus een kwaliteitsslag beoogd bij grote organisaties.[119]

De limiteringsregeling betreft de benoeming van functionarissen bij grote NV's, BV's en stichtingen. NV´s, BV´s en stichtingen zonder het predicaat 'groot' vallen buiten het toepassingsgebied van de limiteringsregeling.
Om het predicaat 'groot' te verkrijgen is vereist dat een NV, BV of stichting aan twee van de volgende drie criteria voldoet:
(i) de waarde van de activa bedraagt € 20.000.000 of meer;
(ii) de netto-omzet (bij een stichting: bedrijfsopbrengsten of baten) bedraagt € 40.000.000 of meer;
(iii) het gemiddelde aantal werknemers bedraagt 250 of meer.

[116] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 3, 6 en 21.
[117] Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20, p. 4.
[118] Vgl. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 19.
[119] Vgl. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 16/17. Zie ook Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 29 november 2011, Antwoorden op de schriftelijke vragen van het lid Heijnen (PvdA) over commissarissen die de beperking in de Wet bestuur en toezicht aan het aantal toezichthoudende functies proberen te omzeilen, Kenmerk 2011Z23173 (Ingezonden 16 november 2011).

Voor de drie criteria verwijst de wet naar art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Dit artikel is laatstelijk gewijzigd bij de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening van 30 september 2015[120], in werking getreden op 1 november 2015.[121] Vandaar dat de cijfers in dit rapport afwijken van de cijfers die ten tijde van de totstandkoming van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv golden.[122]

Het toetsingsmoment of een NV, BV of stichting voldoet aan twee van de drie genoemde criteria en daarmee kwalificeert als groot, is de balansdatum. De beoordeling vindt plaats aan de hand van de gegevens die aan het einde van elk boekjaar beschikbaar komen. De kwalificatie al dan niet groot vindt aldus eenmaal per jaar plaats.
Een NV, BV of stichting moet echter op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, aan twee van de drie genoemde criteria voldoen. Er is hier sprake van een in- en uitgroeiregeling.[123] Voor de kwalificatie groot moet worden bezien of een rechtspersoon gedurende twee opeenvolgende jaren geldt als groot. Dit leidt tot een zekere mate van stabiliteit. Een wijziging op de balansdatum van een bepaald jaar heeft geen gevolgen voor de toepassing van de limiteringsregeling, tenzij die wijziging ook op de volgende balansdatum nog bestaat.

Bij de toetsing aan de grootte-criteria geldt de normale toepassing van art. 2:397 BW; er moet daarom ook naar groepsmaatschappijen worden gekeken (geconsolideerde basis).[124]

3.6.4 Aanvullende bepalingen voor de grote stichting

De limiteringsregeling geldt uitsluitend voor stichtingen die naast het grootte-criterium voor grote rechtspersonen voldoen aan de aanvullende voorwaarde dat zij wettelijk verplicht zijn tot het opstellen van een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW of van een daaraan gelijkwaardige financiële verantwoording; art. 2:297a lid 1 BW. Achtergrond van deze voorwaarde is de wens stichtingen met een charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke doelstelling uit te sluiten van toepassing.

---

[120] Wet van 30 september 2015 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (*PbEU* 2013, L 182) (Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening), *Stb.* 2015, 349.
[121] *Stb.* 2015, 350.
[122] De getalscriteria luidden destijds € 17.500.000, € 35.000.000 respectievelijk 250.
[123] Vgl. art. 2:132a lid 1 aanhef, 2:142a lid 1, 2:242a lid 1 aanhef, 2:252a lid 1 en 2:297a lid 1 onderdeel b BW.
[124] Getoetst moet worden aan de criteria als bedoeld in art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Vgl. art. 2:132a lid 1 aanhef en lid 2 sub c, 2:142a lid 1 en lid 2 sub c, 2:242a lid 1 aanhef en lid 2 sub c, 2:252a lid 1 en lid 2 sub c, 2:297a lid 1 sub b en lid 3 sub c, 2:297b lid 2 sub c BW.

Verplicht tot het opstellen van een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW zijn stichtingen die een of meer ondernemingen in stand houden die op grond van de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven en die gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren een geconsolideerde netto-omzet van € 6.000.000 hebben; art. 2:360 lid 3 BW. Het betreft de zogenoemde commerciële stichtingen. Zie verder par. 4.2.3.

Daarnaast zijn er stichtingen die wettelijk verplicht zijn een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW. Deze stichtingen vallen ook onder de limiteringsregeling. Genoemd kunnen worden pensioenfondsen en bepaalde non-profit instellingen, zoals woningbouwcorporaties en zorg- en onderwijsinstellingen. Deze stichtingen worden aangeduid als semipublieke stichtingen. Zie verder par. 4.2.3.

Verder is voor de stichting het grootte-criterium op twee punten aangepast. De eerste aanpassing is dat voor de drempelwaarden van de netto-omzet en het aantal werknemers uitsluitend wordt gekeken naar het commerciële deel van de stichting; art. 2:297a lid 1 jo. art. 2:398 lid 5 BW. Aldus wordt rekening gehouden met de situatie dat een stichting slechts gedeeltelijk commerciële activiteiten ontplooit.
Verder kan in plaats van de netto-omzet worden gelezen het totaal van de bedrijfsopbrengsten of het totaal van de baten. Deze van Boek 2 BW afwijkende terminologie wordt gebruikt in de sectorale regelgeving voor wat betreft de financiële verantwoordingsplicht voor woningbouwcorporaties en zorg- en onderwijsinstellingen.

3.7 Uitzonderingen

Er gelden twee uitzonderingen op de limiteringsregeling: (i) de benoeming bij een groepsmaatschappij en (ii) de tijdelijke aanstelling van een commissaris/bestuurder door de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam (OK) in een enquêteprocedure.

Benoemingen bij verschillende grote NV's, BV's of stichtingen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW, tellen als één functie.[125] De uitzondering ziet op de situatie dat een persoon bijvoorbeeld een toezichthoudende functie vervult op het niveau van zowel de moeder van een groep rechtspersonen als de tussenholding in die groep. Het vervullen van die twee functies op verschillend niveau binnen één en dezelfde groep kost gewoonlijk minder tijd dan wanneer een toezichthoudende functie wordt vervuld bij twee grote rechtspersonen zonder groepsband. Immers het verworven inzicht ten aanzien van de moeder heeft tot gevolg dat relatief snel ook inzicht bestaat in het

[125] Art. 2:132a lid 2 sub b, 2:142a lid 2 sub b, 2:242a lid 3 lid 2 sub b, 2:252a lid 2 sub b, 2:297a lid 3 sub b, 2:297b lid 2 sub b BW.

reilen en zeilen bij de tussenholding.[126] De uitzondering voor groepsmaatschappijen maakte onderdeel uit van het oorspronkelijke amendement-Irrgang.

De tweede uitzondering betreft de tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 (onmiddellijke voorziening) of art. 2:356 sub c BW (eindvoorziening).[127] De door de OK aan te stellen personen dienen te beschikken over de juiste kwaliteiten, ervaring, kennis en kunde om bijvoorbeeld een slecht functionerend bestuur te vervangen of bij te staan of toezicht op het bestuur uit te oefenen. Het is dan aan de OK de daadwerkelijke beschikbaarheid van de aan te stellen bestuurder of commissaris mee te wegen in zijn oordeel. Deze uitzondering is opgenomen vanwege het aannemen van een amendement van Tweede Kamerlid Van der Steur.[128]

3.8 Sanctie op niet-naleving

De sanctie op het niet naleven van de limiteringsbepalingen is een nietige benoeming. Dit betekent dat indien een persoon het maximumaantal van twee respectievelijk vijf toezichthoudende functies bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting heeft bereikt, de daarop volgende benoeming van die persoon tot bestuurder respectievelijk commissaris, niet-uitvoerende bestuurder of toezichthouder bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting nietig is.

De betrokkenheid van een nietig benoemde functionaris bij de besluitvorming van het bestuur, de raad van commissarissen of het toezichthoudend orgaan kan echter vergaande gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van een besluit, vooral indien de betrokkene een doorslaggevende stem heeft gehad bij de besluitvorming.[129] Nadat de Minister van Veiligheid en Justitie hierop was gewezen is bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440), in navolging van de Franse regeling van de limitering van het aantal commissariaten bij NV's[130], bepaald dat de nietigheid van de benoeming vanwege het bereiken van het maximumaantal toezichthoudende functies geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.[131] Dit is neergelegd in art. 2:132a/242a lid 3, 2:142a/252a lid 3, 2:297a lid 4 en 2:297b lid 3 BW.

In de wettekst is slechts bepaald dat de nietigheid van de besluitvorming geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Dortmond neemt aan dat indien er

[126] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8.
[127] Art. 2:132a lid 2 sub e, 2:142a lid 2 sub e, 2:242a lid 3 lid 2 sub e, 2:252a lid 2 sub e, 2:297a lid 3 sub d, 2:297b lid 2 sub d BW.
[128] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 13.
[129] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 2 (NV II).
[130] Het betreft art. 225-77 en art. 225-21 van de Franse Code de commerce.
[131] Ingevoegd bij de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (*Stb.* 2012, 440). Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 2/3 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 6 (NvW).

sprake is van een nietig benoemde bestuurder er van mag worden uitgegaan dat ook de door deze verrichte vertegenwoordigingshandelingen rechtsgeldig zijn verricht.[132] In de nota n.a.v. het verslag merkt de Minister van Veiligheid en Justitie ter zake op dat wanneer een dergelijke pseudo-bestuurder is ingeschreven in het handelsregister de wederpartij gewoonlijk beschermd zal worden door het bepaalde in art. 25 HregW.[133] Hieraan kan worden toegevoegd dat art. 2:6 BW een vergelijkbare bescherming aan de derde biedt.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid van de pseudo-bestuurder geldt dat hij geen bestuurder is, maar wel aansprakelijk kan worden gehouden als feitelijk bestuurder of medebeleidsbepaler op grond van art 2:138/2:248 lid 7 BW. Ook een aansprakelijkheid van de pseudo-bestuurder op grond van art. 6:162 BW behoort tot de mogelijkheden.[134] Omdat het begrip pseudo-bestuurder of feitelijk bestuurder geen rol speelt bij de interne aansprakelijkheid van art. 2:9 BW kan jegens hem niet met succes een beroep worden gedaan op deze aansprakelijkheidsgrond.

[132] Vgl. E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, nr. 247.1.
[133] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5, p. 2 (NV II).
[134] Vgl. het verslag van een wetgevingsoverleg, *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22, p. 33 en het verslag van een schriftelijk overleg, *Kamerstukken I* 2012/13, 32 873, C, p. 2/3.

Hoofdstuk 4. Het grootte-criterium

4.1 Inleiding

De limiteringsregeling voor bestuurs- en toezichtfuncties is slechts van toepassing op grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Voor het bepalen of een rechtspersoon groot is, wordt aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria. Achtergrond hiervan is dat in het jaarrekeningenrecht onderscheid wordt gemaakt tussen micro, kleine, middelgrote en grote rechtspersonen.[135] Het onderscheid is gebaseerd op – kort gezegd – de omvang van het bedrijf van de rechtspersoon waarvoor als criteria gelden: de waarde van de activa, de netto-omzet (bij een stichting: bedrijfsopbrengsten of baten) en het gemiddelde aantal werknemers. De kwalificatie heeft gevolgen voor de voorgeschreven inrichting en publicatie van de financiële verslaglegging van de rechtspersoon.

Voor de bij de limiteringsregeling geldende grootte-criteria wordt verwezen naar art. 2:397 lid 1 en 2 BW. In dit artikel is een vrijstelling van bepaalde jaarrekeningverplichtingen opgenomen voor middelgrote rechtspersonen. In de limiteringsregeling wordt op een negatief geformuleerde wijze verwezen naar de grootte-criteria voor middelgrote rechtspersonen. Indien een rechtspersoon op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, aan ten minste twee van deze vereisten niet voldoet is deze niet middelgroot maar groot en is de limiteringsregeling van toepassing.

De tekst van art. 2:397 lid 1 en 2 BW luidt sinds 1 november 2015 als volgt:

> "1. Behoudens artikel 396 gelden de leden 3 tot en met 7 voor een rechtspersoon die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, heeft voldaan aan twee of drie van de volgende vereisten:
> a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 20.000.000;
> b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan € 40.000.000;
> c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.
> 2. Voor de toepassing van lid 1 worden meegeteld de waarde van de activa, de netto-omzet en het getal der werknemers van groepsmaatschappijen, die in de consolidatie zouden moeten worden betrokken als de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening zou moeten opmaken. Dit geldt niet, indien de rechtspersoon artikel 408 toepast."

[135] Vgl. art. 2:395a, 2:396 en 2:397 BW.

Wat betreft de eerste drempelwaarde moet onder de waarde van de activa worden begrepen de waarde van de activa volgens de balans met toelichting van de rechtspersoon en zijn groepsmaatschappijen op de grondslag van de verkrijgings- en vervaardigingsprijs; art. 2:397 lid 1 sub a en lid 2 BW.
In de wettekst wordt verwezen naar de balans met toelichting. Dit betekent dat de in de toelichting vermelde brutobedragen beslissend zijn als in de balans de bedragen zijn gesaldeerd.[136] Het voorgaande geldt niet voor salderingen die voortvloeien uit de consolidatietechniek.[137]
Het zinsdeel 'op de grondslag van de verkrijgings- en vervaardigingsprijs' maakt duidelijk dat deze grondslag ook geldt indien de rechtspersoon deze niet in zijn jaarrekening gebruikt.[138]

Wat betreft de tweede drempelwaarde moet onder de netto-omzet worden begrepen de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon en zijn groepsmaatschappijen, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen; art. 2:397 lid 1 sub b en lid 2 jo. art. 2:377 lid 6 BW. Betalingen wegens leveringen en diensten binnen de groep tellen niet mee voor de bepaling van de netto-omzet.[139]

Ten slotte betreft de derde drempelwaarde het gemiddelde aantal gedurende het boekjaar bij de rechtspersoon en zijn groepsmaatschappijen werkzame werknemers; art. 2:382 BW.

De per 1 november 2015 nieuw in de wet neergelegde drempelwaarden gelden verplicht voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016. De nieuwe drempelwaarden mochten ook al worden toegepast bij het opstellen van de jaarrekening, het bestuursverslag en de verslagen als bedoeld in art. 2:392a BW over het boekjaar 2015.

4.2 Redengeving en keuze grootte-criterium

4.2.1 Redengeving grootte-criterium

In de wetsgeschiedenis van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Stb. 2011, 275) en de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440), beide in werking getreden op 1 januari 2013, is geen duidelijke reden te vinden voor het beperken van de limiteringsregeling tot grote rechtspersonen. In de toelichting bij het

[136] Vgl. C.J.A. van Geffen, in: *Rechtspersonen*, commentaar bij art. 2:397 BW, geraadpleegd op 29 november 2016.
[137] Vgl. art. 2:397 lid 2, eerste zin, tweede zinsdeel BW: "… die in de consolidatie zouden moeten worden betrokken als de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening zou moeten opmaken".
[138] Vgl. *Asser/Maeijer& Kroeze 2-I** 2015/575 en 576.
[139] Dit is gebaseerd op het bepaalde in art. 2:397 lid 2, eerste zin, tweede zinsdeel BW.

amendement van het Kamerlid Irrgang[140] wordt slechts opgemerkt dat de limitering van het aantal bestuurlijke en toezichthoudende functies alleen geldt voor de grotere vennootschappen en stichtingen. Zie par. 2.3.1.
De Minister van Veiligheid en Justitie doet nog wel een poging tot nadere redengeving. Zo merkt hij op dat de indiener van het amendement in het bijzonder het oog had op grote stichtingen in de gezondheidszorg en onder meer in die branche een professionalisering van het bestuur en toezicht wilde bereiken.[141] Het cumuleren van functies zou er toe leiden dat bestuurders en toezichthouders van grote stichtingen onvoldoende tijd vrij kunnen maken voor het vervullen van hun functies.
Met andere woorden, het gaat om het maken van een kwaliteitsslag – waarbij een voldoende tijdsbesteding wordt gezien als kwaliteit – maar dan wel een kwaliteitsslag die beperkt blijft tot grote organisaties. Alleen bestuurders en toezichthouders bij grote organisaties worden via de limiteringsregeling wettelijk verplicht voldoende tijd voor hun functies vrij te maken.[142]

4.2.2 Keuze grootte-criterium

Voor het begrip groot is aangehaakt bij het jaarrekeningenrecht en niet bij de structuurregeling. Hiervoor is een eenvoudige verklaring. De structuurregeling geldt uitsluitend voor grote NV's, BV's en coöperaties en dus niet voor stichtingen, terwijl de criteria van het jaarrekeningenrecht op zowel de NV/BV als de stichting kunnen worden toegepast.[143] Zie par. 2.5.3.3.
Een overeenkomstige toepassing van de structuurcriteria op de stichting zou noodzakelijkerwijs een wijziging met zich hebben gebracht. Deze criteria zijn – kort gezegd – een geplaatst kapitaal met reserves van € 16 miljoen, een ondernemingsraad en ten minste 100 in Nederland werkzame werknemers; art. 2:153 en 2:263 lid 2 BW. Stichtingen hebben geen geplaatst kapitaal, zodat in navolging van de coöperatie-bepaling (art. 2:63b lid 2 sub a BW) de hoogte van het eigen vermogen van een stichting doorslaggevend zou zijn geweest. De toepasselijkheid van de structuurcriteria had waarschijnlijk wel tot gevolg gehad dat minder snel zou zijn voldaan aan deze criteria dan wanneer de waarde van de activa en de netto-omzet doorslaggevend zijn. Daarmee zou de limiteringsregeling minder vaak van toepassing zijn geweest en zou minder vaak sprake zijn geweest van een maximering van het aantal toezichthoudende functies.[144]

---

[140] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 20, p. 4.
[141] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 19.
[142] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 16/17. Zie ook Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, I.W. Opstelten, aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, d.d. 29 november 2011, Antwoorden op de schriftelijke vragen van het lid Heijnen (PvdA) over commissarissen die de beperking in de Wet bestuur en toezicht aan het aantal toezichthoudende functies proberen te omzeilen, Kenmerk 2011Z23173 (ingezonden 16 november 2011).
[143] Vgl. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 19.
[144] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 12/13.

4.2.3. Aanvullende bepalingen voor de stichting

Voor de toepasselijkheid van de limiteringsregeling op stichtingen kan een onderscheid worden gemaakt tussen grote commerciële stichtingen en grote semipublieke stichtingen.

Voor een stichting geldt als aanvullende voorwaarde dat deze bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen, die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW; art. 2:297a lid 1 BW. Indien een stichting verplicht is een titel 9-jaarrekening op te stellen kan deze worden gekwalificeerd als een commerciële stichting. Indien er sprake is van een verplichting tot het opstellen van een aan titel 9 gelijkwaardige jaarrekening, is veelal sprake van een semipublieke stichting. Een dergelijke stichting dient mede een publiek belang en zij wordt in veel gevallen gefinancierd – geheel of gedeeltelijk – uit publieke middelen. Gedacht kan worden aan woningbouwcorporaties, pensioenfondsen en zorg- en onderwijsinstellingen.

De limiteringsregeling is op grote commerciële stichtingen van toepassing, dat wil zeggen stichtingen die kunnen worden gerekend tot het bedrijfsleven en aan de grootte-criteria voor grote rechtspersonen voldoen. Door het stellen van deze twee voorwaarden worden niet-commerciële stichtingen, zoals goede doelen-stichtingen, culturele stichtingen, wetenschappelijke stichtingen en kerkelijke stichtingen, uitgesloten van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling. Zie par. 2.5.4.

Slechts indien de grote stichting kan worden gerekend tot het bedrijfsleven is de limiteringsregeling van toepassing. Aan deze eerste voorwaarde van het bedrijfsmatige of commerciële karakter van een stichting, wordt voldaan indien de stichting verplicht[145] is tot het opstellen van een jaarrekening met inachtneming van de regels van titel 9 Boek 2 BW; art. 2:297a lid 1 sub a BW.

De voor een stichting geldende plicht tot het opmaken van een jaarrekening is neergelegd in art. 2:360 lid 3 BW. Het betreft stichtingen die een of meer ondernemingen in stand houden die op grond van de wet in het Handelsregister moeten worden ingeschreven. In dit verband kan worden verwezen naar de beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008, nr. WJZ / 8074645, inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister.[146] Hieruit volgt dat van een onderneming

[145] De Minister van Veiligheid en Justitie heeft in de nota naar aanleiding van het verslag verduidelijkt dat de enkele omstandigheid dat een stichting vrijwillig een jaarrekening opmaakt, bijvoorbeeld in het kader van een subsidieaanvraag, niet tot gevolg heeft dat de limiteringsregeling op haar van toepassing is. Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 10.

[146] Gepubliceerd in *Stcrt.* 2008, 123. Deze beleidsregel is nadien gewijzigd door de Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 3 mei 2011, nr. WJZ / 11060014, houdende wijziging van de Beleidsregel van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008, nr. WJZ /

sprake is indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van een of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen. Daarnaast wordt bezien of de activiteiten of omzet van de onderneming voldoende omvang hebben om inschrijving te rechtvaardigen.[147]

Voor het commerciële karakter van een stichting is niet alleen vereist dat deze een onderneming in stand houdt die op grond van de wet in het Handelsregister moet worden ingeschreven, maar ook dat deze gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren een geconsolideerde netto-omzet van € 6.000.000 heeft. Gedurende de totstandkoming van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Stb. 2011, 275) en de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) was een geconsolideerde netto-omzet van € 4.400.000 vereist. Dit bedrag is nadien verhoogd tot € 6.000.000.

De limiteringsregeling is niet alleen van toepassing op grote commerciële stichtingen, maar ook op grote semipublieke stichtingen. Het bepaalde in art. 2:297a lid 1 sub a BW houdt hiermee rekening doordat de limiteringsregeling ook van toepassing wordt verklaard op de stichting die een financiële verantwoording moet opstellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW.[148] Als voorbeeld van een gelijkwaardige jaarrekening wordt in de wetsgeschiedenis[149] genoemd de jaarrekening die pensioenfondsen moeten opstellen op grond van art. 146 Pensioenwet.[150] Pensioenfondsen worden voor de doeleinden van de Handelsregisterwet geacht een onderneming als bedoeld in die wet in stand te houden.
Ook bepaalde grote non-profit instellingen, zoals zorginstellingen, woningbouwcorporaties en onderwijsinstellingen, moeten op grond van bijzondere wetgeving[151] een financiële verantwoording opstellen waarbij voor zover mogelijk

---

8074645, inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister in verband met de inschrijving van stille maatschappen, *Stcrt.* 2011, 8401.

[147] Vgl. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 3.

[148] Indien de stichting of vereniging bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in deze titel en indien deze openbaar wordt gemaakt, blijft de eerste volzin van art. 2:360 lid 3 BW buiten toepassing

[149] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 2 waarin wordt verwezen naar Kamerstukken 24 255, nr. 6, p. 3.

[150] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 2. Art. 146 lid 1 Pensioenwet (laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2016, *Stb.* 2015, 549 samen met *Stb.* 2015, 349) luidt als volgt: "Een pensioenfonds met zetel in Nederland stelt binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de jaarrekening en het bestuursverslag overeenkomstig titel 9, Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek vast, met dien verstande dat artikel 390 van genoemd wetboek niet van toepassing is en dat de in artikel 360, derde lid, 396 en 397 van genoemd wetboek geformuleerde uitzonderingen niet van toepassing zijn."

[151] Zie respectievelijk art. 2 Regeling verslaggeving WTZi (*Stcrt.* 2005, 247): "Op de jaarverslaggeving van een zorginstelling is Titel 9 Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing met uitzondering van de afdelingen 1, 11

aansluiting wordt gezocht bij titel 9 Boek 2 BW.[152] Bij de hier genoemde semipublieke stichtingen is sprake van een aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW gelijkwaardige financiële verantwoording.

Slechts indien een commerciële stichting of een semipublieke stichting ook aan de tweede voorwaarde, te weten de grootte-criteria uit het jaarrekeningenrecht, voldoet is de limiteringsregeling op haar van toepassing. Deze grootte-criteria zijn voor de stichting enigszins aangepast. Door de verwijzing in art. 2:297a lid 1 BW naar art. 2:398 lid 5 BW wordt voor wat betreft de drempelwaarden van de netto-omzet en het aantal werknemers uitsluitend gekeken naar het commerciële deel van de stichting. Aldus wordt rekening gehouden met het geval dat een stichting slechts gedeeltelijk commerciële activiteiten ontplooit.[153] Voor de grens van € 40.000.000 wordt daarom de niet-commerciële omzet van de stichting niet meegerekend.[154]

Verder is voor wat betreft de drempelwaarde van de netto-omzet verduidelijkt dat in plaats daarvan gelezen kan worden het totaal van de bedrijfsopbrengsten of het totaal van de baten. De reden waarom de wetgever hiertoe is overgegaan is dat uit de bijzondere sectorale regelgeving ten aanzien van de financiële verantwoordingsplicht voor zorginstellingen, woningbouwcorporaties en onderwijsinstellingen van deze afwijkende terminologie bleek.[155]

De conclusie moet luiden dat de limiteringsregeling uitsluitend geldt voor stichtingen die wettelijk verplicht zijn tot het opstellen van een jaarrekening als bedoeld in titel 9 Boek 2 BW of van een daaraan gelijkwaardige financiële verantwoording en die voldoen aan de grootte-criteria uit het jaarrekeningenrecht voor grote rechtspersonen, waarbij in de plaats van netto-omzet ook het totaal van de bedrijfsopbrengsten of het totaal van de baten kan worden gelezen.

---

en 12, een en ander voor zover in deze regeling niet anders is bepaald."; art. 35 lid 1 Woningwet (laatstelijk gewijzigd per 1 januari 2017; *Stb.* 2015, 145 samen met *Stb.* 2015, 146): "Het bestuur stelt jaarlijks een jaarrekening op, waarop van titel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek uitsluitend de afdelingen 2 tot en met 6, 8, 10, 11, 13 en 16 van overeenkomstige toepassing zijn …"; en art. 2 Regeling jaarverslaggeving onderwijs: "Op de jaarverslaggeving is Titel 9 Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van de afdelingen 1, 11 en 12, een en ander voor zover in deze regeling niet anders is bepaald."

[152] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 2, 3 en 4.

[153] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 3.

[154] Vgl. Kiersch, *T&C Ondernemingsrecht* 2016, art. 2:360 BW, aant. 4.

[155] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 873, nr. 3 (MvT), p. 3/4. Voor woningbouwcorporaties waarop het Besluit beheer sociale-huursector van toepassing is en voor zorginstellingen waarop de Regeling verslaggeving WTZi van toepassing is geldt een bijzondere jaarrekeningplicht, waarin de term 'bedrijfsopbrengsten' wordt gebruikt (vgl. Richtlijn 645, Bijlage 1 van de Raad voor de Jaarverslaggeving respectievelijk Richtlijn 655, Bijlage 1 van de Raad voor de Jaarverslaggeving). Ten slotte moeten onderwijsinstellingen die onder de Regeling jaarverslaggeving onderwijs vallen, een «staat van baten en lasten» opmaken, waarin de «baten» worden vermeld (vgl. Richtlijn 660, model B, van de Raad voor de Jaarverslaggeving).

4.3 Intermezzo – omschrijving commerciële stichting (en formele vereniging)

In het advies van de Commissie Vennootschapsrecht van 19 oktober 2015 over het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen[156] constateert deze commissie dat er voor niet-commerciële stichtingen en verenigingen verschillende begrippen worden gehanteerd in onder meer het aansprakelijkheidsrecht, het enquêterecht, het jaarrekeningenrecht en in de Handelsregisterwet. De Commissie adviseert om meer uniformering in deze begrippen te brengen, teneinde voor de praktijk te verduidelijken in welke gevallen een stichting of vereniging al dan niet als commercieel wordt beschouwd. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt opgemerkt dat deze suggestie kan worden betrokken bij de evaluatie van de door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv geïntroduceerde wettelijke beperking van het aantal commissariaten.[157] Vandaar dat in de hiernavolgende paragrafen een overzicht wordt gegeven van de verschillende wettelijke omschrijvingen van een commerciële stichting dan wel vereniging. Daarna worden enkele voorstellen tot stroomlijning van de omschrijvingen gedaan.

4.3.1 Aansprakelijkheidsrecht

Op grond art. 2:50a respectievelijk art. 2:300a BW is het bepaalde in art. 2:138 BW over de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor het boedeltekort indien het faillissement van de NV in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur, van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement van een formele vereniging en een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

Volgens de site van de belastingdienst is sprake van een beperkte belastingplicht voor een stichting of vereniging als:
- de organisatie van kapitaal en arbeid deelneemt aan het economisch verkeer en daarbij winst maakt of naar winst streeft (het drijven van een onderneming);
- een activiteit wordt ontplooid waarmee wordt geconcurreerd met ondernemers.

In het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen (Kamerstukken 34 491) wordt voorgesteld de regeling van art. 2:138 BW van toepassing te verklaren op alle rechtspersonen; nieuw art. 2:9c BW. De omschrijving van een commerciële vereniging of stichting blijft echter gehandhaafd in het voorgestelde lid 2, waar een uitzondering is opgenomen voor onbezoldigde bestuurders van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

[156] Te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2016/06/03/tk-advies-commissie-vennootschapsrecht-19-okt-2015-wet-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen.
[157] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3 (MvT), p. 9.

4.3.2 Enquêterecht

Art. 2:344 sub b BW bepaalt dat de bepalingen in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 BW inzake het enquêterecht van toepassing zijn op de stichting en de formele vereniging die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld.

4.3.3 Jaarrekeningenrecht

Stichting en verenigingen als bedoeld in art. 2:360 lid 3 BW moeten een jaarrekening opstellen. Het betreft "… de stichting en de vereniging die een of meer ondernemingen in stand houden welke ingevolge de wet in het Handelsregister moeten worden ingeschreven, indien de netto-omzet van deze ondernemingen gedurende twee opeenvolgende boekjaren zonder onderbreking nadien gedurende twee opeenvolgende boekjaren, de helft of meer bedraagt van het in artikel 396 lid 1, onder b, bedoelde bedrag, zoals gewijzigd op grond van artikel 398 lid 4. Indien de stichting of vereniging bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in deze titel en indien deze openbaar wordt gemaakt, blijft de eerste volzin buiten toepassing."
Het hierboven bedoelde bedrag van de netto-omzet bedraagt de helft van € 12 miljoen; dit is € 6 miljoen.

4.3.4 Handelsregisterwet

Er is een Handelsregister van ondernemingen en rechtspersonen, dat wordt gehouden door de Kamer van Koophandel. Ondernemingen die in Nederland zijn gevestigd en toebehoren aan bijvoorbeeld een vereniging of een stichting moeten in het Handelsregister worden ingeschreven; art. 5 sub a Hregw 2007. De inschrijving van de onderneming geldt daarbij als inschrijving van de rechtspersoon; art. 7 Hregw 2007.

4.3.5 Synthese

Uit het voorgaande volgt dat in Boek 2 BW en de Handelsregisterwet de volgende criteria worden gehanteerd voor de commerciële stichting en vereniging:

- de stichting en de formele vereniging die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen;
- de stichting en de formele vereniging die een onderneming in stand houden waarvoor op grond van de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld (d.w.z. een onderneming met meer dan 50 werknemers);
- de stichting en de vereniging die een of meer ondernemingen in stand houden die op grond van de wet in het Handelsregister moeten worden ingeschreven, indien de netto-omzet gedurende ten minste twee jaar ten minste € 6 miljoen bedraagt; en
- de stichting en de vereniging die een onderneming in stand houden.

Verbindende factor is dat het gaat om stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden. Voor het begrip 'onderneming' kan worden verwezen naar de in art. 1 lid 1 sub c WOR opgenomen definitie: "elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht". Anders gezegd, het betreft stichtingen en verenigingen die behoren tot het bedrijfsleven.

Een vergelijking kan worden gemaakt met de uitbreiding van het toepassingsgebied van de Fusiegedragsregels per 1 november 2015. Ook hier is een vereiste voor toepasselijkheid dat een onderneming tot het bedrijfsleven behoort. De term 'bedrijfsleven' is echter een evoluerend begrip. Er zijn twee indicatoren die van doorslaggevende betekenis zijn bij de bepaling of organisaties tot het bedrijfsleven moeten worden gerekend. Dat is ten eerste de mate van ondernemerschap (de mate van vrijheid zelf markten te bepalen en te bedienen); en ten tweede de mate waarin dit ondernemerschap voor 'eigen' rekening en verantwoording wordt uitgeoefend en derhalve of het voortbestaan van de organisatie daarvan afhankelijk is. Kort gezegd: het opereren op de markt en een bedrijfsmatige organisatie zijn de doorslaggevende factoren, ongeacht de sector waarbinnen de organisatie actief is.

Gelet op het voorgaande zou het eerste onderdeel van een begripsomschrijving voor een commerciële stichting of vereniging moeten zijn dat deze een onderneming in stand houdt. Daarbij moet de vraag worden betrokken of eveneens onderdeel van de begripsomschrijving uitmaakt dat de stichting of vereniging gericht is op het maken van winst. Dat is thans wel het geval bij het aansprakelijkheidsrecht, doordat de wettekst verwijst naar onderworpenheid van de stichting en de formele vereniging aan de heffing van de vennootschapsbelasting. Bij de overige drie rechtsgebieden is de omschrijving van het begrip onderneming op dit vlak neutraal; het al dan niet gericht zijn op het maken van winst is niet relevant. Het is de vraag of dit ook niet het geval moet zijn bij het aansprakelijkheidsrecht. Maakt het gegeven dat een rechtspersoon is gericht op het maken van winst dat zijn functionarissen eerder of anderszins aansprakelijk kunnen worden gehouden voor onbehoorlijk bestuur en/of toezicht?
Van belang is dat de stichting of vereniging die een onderneming in stand houdt een activiteit ontplooit die concurrerend is voor andere ondernemers. Met andere woorden, de stichting of vereniging behoort tot het bedrijfsleven; zij opereert op de markt en heeft een bedrijfsmatige organisatie. Gelet hierop moet de stichting of vereniging haar werkzaamheden mede richten op de continuïteit van haar bedrijf. Hiermee vervaagt het verschil tussen verenigingen en stichtingen die wel en zij die niet op het maken van winst gericht zijn.

Gelet op het voorgaande wordt voorgesteld dat ter uniformering van de verschillende wettelijke omschrijvingen van een commerciële stichting of vereniging, een eerste

element van de begripsomschrijving is dat de stichting of vereniging een onderneming in stand houdt, waarbij voor het begrip 'onderneming' kan worden verwezen naar de definitie in de WOR. Overigens met deze aantekening dat het onderdeel "waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht" geen noodzakelijk onderdeel is van de begripomschrijving van onderneming voor commerciële stichtingen en verenigingen. Denk aan organisaties waarin met bijvoorbeeld zzp'ers, uitzendkrachten, gedetacheerden en vrijwilligers wordt gewerkt.

Afhankelijk van de toepasselijke regelgeving kan aan deze begripsomschrijving een extra element worden toegevoegd, zoals bij het jaarrekeningenrecht dat de netto-omzet van de vereniging of stichting een drempelwaarde moet hebben bereikt. Overigens kan men zich bij het enquêterecht afvragen of de extra voorwaarde dat ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld, toegevoegde waarde heeft.[158] Bij de overige rechtspersonen die onder het toepassingsgebied van het enquêterecht vallen, worden geen aanvullende eisen gesteld voor wat betreft de omvang van de onderneming, het aantal werknemers[159] of het wettelijk verplicht zijn tot het instellen van een ondernemingsraad. Gelet op de hiervoor gegeven begripsomschrijving waarbij als voorwaarde geldt dat de door de stichting of vereniging gedreven onderneming tot het bedrijfsleven wordt gerekend, zijn wij van mening dat de extra voorwaarde in art. 2:344 sub b BW kan worden geschrapt.[160]

4.4 Uitwerking grootte-criteria

4.4.1. Geconsolideerde basis

Bij de toepassing van de grootte-criteria moet de rechtspersoon niet op zelfstandige basis maar op geconsolideerde basis worden beoordeeld, zo volgt uit de toepasselijkheid van lid 1 en 2 van art. 2:397 BW.[161] Dit betekent dat wanneer een rechtspersoon onderdeel uitmaakt van een groep de waarde van de activa, de netto-omzet en het aantal werknemers van groepsmaatschappijen van deze rechtspersoon op geconsolideerde

[158] Vgl. *Kamerstukken II* 1991/92, 22 400, nr. 3 (MvT), p. 4: "De beperking tot stichtingen en verenigingen met een onderneming of een arbeidsorganisatie van een zekere omvang juich ik toe en de keuze voor het criterium dat bij de onderneming een ondernemingsraad moet worden ingesteld lijkt mij, ook uit praktisch oogpunt, goed verdedigbaar."
[159] De vereniging of stichting die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, is verplicht tot instelling van een ondernemingsraad; art. 2 lid 1 WOR.
[160] Vgl. het advies van de Commissie Vennootschapsrecht van 19 oktober 2015 over het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (te raadplegen via: www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2016/06/03/tk-advies-commissie-vennootschapsrecht-19-okt-2015-wet-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen) die opmerkt dat in de memorie van toelichting bij genoemd wetsvoorstel geen aandacht is besteed aan de suggestie die in de consultatie is gedaan om het enquêterecht uit te breiden naar alle stichtingen en verenigingen en adviseert om daar alsnog in de memorie van toelichting op in te gaan. Aan deze oproep is geen gehoor gegeven.
[161] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 8.

basis worden berekend[162] teneinde te beoordelen of deze rechtspersoon voldoet aan de grootte-criteria voor grote rechtspersonen.
Maakt de rechtspersoon geen onderdeel uit van een groep of geldt een vrijstelling van de consolidatieplicht op grond van de tussenhoudstervrijstellingsregeling in art. 2:408 BW waarvan gebruik wordt gemaakt[163], dan moet op grond van de enkelvoudige cijfers van de desbetreffende rechtspersoon worden getoetst of aan twee van de drie criteria voor grote rechtspersoon wordt voldaan.

Voor de stichting als bedoeld in art. 2:360 lid 3 BW wordt voor de maatstaf van de activa uitsluitend gelet op de activa van de stichting en voor de netto-omzet en het gemiddelde aantal werknemers wordt gelet op de onderneming of de ondernemingen die de stichting in stand houdt met inachtneming van het bepaalde in art. 2:396 lid 2 BW, aldus het bepaalde in art. 2:398 lid 5 BW.[164] Zie par. 4.2.3.

4.4.2 Toetsingsmoment voor bestaande NV's, BV's en stichtingen

Voor de toepasselijkheid van de limiteringsregeling geldt een toetsingsmoment: de desbetreffende NV, BV of stichting moet op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet hebben voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Wat houdt dit in?

Het betekent allereerst dat op twee opeenvolgende balansdata wordt getoetst aan de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, de netto-omzet over het boekjaar en het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar. Heeft de rechtspersoon een boekjaar dat gelijk is aan het kalenderjaar, dan moet de toetsing plaatsvinden aan de hand van de gegevens die op 31 december van dat kalenderjaar ter beschikking komen. Dat is de balansdatum en daarmee het beslissende tijdstip. Wijzigingen in de waarde van de activa, de netto-omzet en het gemiddelde aantal werknemers gedurende het boekjaar doen niet ter zake. Slechts op één moment: per de balansdatum, vindt de kwalificatie plaats of de rechtspersoon al dan niet 'groot' is.[165] Wil de kwalificatie 'groot' gevolgen hebben in die zin dat op de rechtspersoon de limiteringsregeling van toepassing is, dan moet deze kwalificatie van toepassing zijn op twee opeenvolgende balansdata. Eerst wanneer een rechtspersoon twee jaar achter elkaar minimaal twee van de drie grenzen heeft overschreven, kwalificeert hij als 'groot'.

Vervolgens is van belang dat de rechtspersoon die op twee opeenvolgende balansdata als 'groot' kwalificeerde, niet terugvalt naar de kwalificatie 'middelgroot' indien hij op de daaropvolgende balansdatum niet langer voldoet aan twee van de drie genoemde

[162] Vgl. *Asser/Maeijer& Kroeze 2-I** 2015/575 en 576.
[163] Vgl. art. 2:397 lid 2, laatste zin BW.
[164] Vgl. *Asser/Maeijer& Kroeze 2-I** 2015/575 en 576.
[165] Vgl. *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C (MvA EK), p. 18.

drempelwaarden. De wettekst spreekt immers van "… op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata…". De terugval naar middelgrote rechtspersoon en daarmee de niet-toepasselijkheid van de limiteringsregeling vindt eerst plaats indien deze rechtspersoon op twee opeenvolgende balansdata niet langer als 'groot' kwalificeert.
Deze regeling, met een ingroei- en een uitgroeiperiode van twee jaar, leidt tot een zekere mate van stabiliteit; het heen en weer slingeren van een rechtspersoon tussen twee regimes wordt beperkt. Een wijziging op de balansdatum van een bepaald boekjaar zodanig dat de rechtspersoon niet langer als 'groot' kwalificeert, heeft geen gevolgen voor de toepasselijkheid van de limiteringsregeling, tenzij de rechtspersoon ook op de daaropvolgende balansdatum niet als 'groot' kwalificeert.[166] Eerst wanneer de rechtspersoon op twee opeenvolgende balansdata niet langer als 'groot' kwalificeert, is de limiteringsregeling niet langer op deze rechtspersoon van toepassing.

Schematisch kan een en ander als volgt worden weergegeven, waarbij M staat voor middelgroot, G voor groot en R voor regime.[167]

Tabel 1: Ingroei- en uitgroeiperiode						
Jaar	1	2	3	4	5	6
Grootte	G	G	M	G	M	M
Regime	GR	GR	GR	GR	GR	MR

Voor de duidelijkheid: het gaat om het over- of onderschrijden van twee van de drie drempelwaarden voor de kwalificatie groot/middelgroot. Het is niet nodig dat op de twee opeenvolgende balansdata telkens dezelfde twee drempelwaarden worden over- of onderschreden, mits het maar twee van de drie drempelwaarden zijn.[168]

4.4.3. Toetsingsmoment bij nieuw opgerichte NV's, BV's en stichtingen

In de limiteringsregeling is het bepaalde in art. 2:398 BW niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Deze bepaling regelt dat art. 2:397 BW voor het eerste en tweede boekjaar ook geldt voor een rechtspersoon die op de balansdatum van het eerste boekjaar aan de desbetreffende vereisten heeft voldaan. Dit betekent dat wanneer een nieuw opgerichte NV, BV of stichting op de balansdatum van het eerste boekjaar aan de vereisten voor een grote rechtspersoon voldoet, deze direct de kwalificatie 'groot' krijgt en er geen sprake is van een ingroeiperiode van twee jaar.

Het in de limiteringsregeling niet van overeenkomstige toepassing verklaren van de hiervoor bedoelde bepaling leidt tot het door sommigen als ongerijmd omschreven

[166] Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 5 (NV II), p. 7/8.
[167] In tabel 1 wordt uitgegaan van een bestaande rechtspersoon waarbij de ingroeiperiode in jaar 1 voorbij is.
[168] Vgl. E.D.G. Kiersch, *T&C Ondernemingsrecht* 2016, art. 2:398 BW, aant. 1.

gevolg dat de desbetreffende rechtspersoon voor het jaarrekeningenrecht als 'groot' kwalificeert, maar dat voor de limiteringsregeling deze kwalificatie gedurende de eerste twee jaar van zijn bestaan niet op hem van toepassing is.[169] Er is naar de mening van de onderzoekers geen goede reden deze categorie recent opgerichte grote rechtspersonen uit te zonderen van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling.

4.4.4 Toetsingsmoment bij wijziging grootte-criteria door de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening

De drempelwaarden in art. 2:397 lid 1 BW zijn aangepast door de Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening van 30 september 2015[170], in werking getreden op 1 november 2015.[171] De nieuwe drempelwaarden gelden verplicht voor de boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2016. Het is echter toegestaan de nieuwe drempelwaarden toe te passen bij het opstellen van de jaarrekening, bestuursverslag en verslagen zoals bedoeld in art. 2:392a BW die worden opgesteld over eerdere boekjaren.[172] Doordat de drempelwaarden bij genoemde wetswijziging zijn verhoogd, kan het zich voordoen dat een rechtspersoon die in boekjaar 2014 nog kwalificeerde als 'groot', bij toepassing van de nieuwe drempelwaarden in boekjaren 2015 en 2016 kwalificeert als 'middelgroot', waardoor gelet op de tweejaarstermijn met ingang van boekjaar 2017 de limiteringsregeling op deze rechtspersoon niet langer van toepassing is.[173]

4.5 Eventuele knelpunten bij het hanteren van het grootte-criterium

De te beantwoorden onderzoeksvraag 7 luidde of er voor- en/of nadelen zijn gebleken bij het hanteren van de criteria voor 'grote rechtspersonen' bij de limiteringsregeling. In de rechtswetenschappelijke literatuur noch in de rechtspraak[174] zijn knelpunten gesignaleerd betreffende de kwalificatie 'groot' zoals bedoeld in art. 2:397 lid 1 en 2 BW bij de toepassing van de limiteringsregeling. Indien twee van de drie genoemde criteria worden overschreden wordt de rechtspersoon als 'groot' gekwalificeerd. Hij wordt ook als

[169] Vgl. M. van Olffen & S. Versteege, 'Wet bestuur & toezicht: Beperking aantal commissariaten, Nota van wijziging op de Reparatiewet', *Ondernemingsrecht* 2013/13, par. 2.1.
[170] Wet van 30 september 2015 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter uitvoering van Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, tot wijziging van richtlijn 2006/43/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG van de Raad (*PbEU* 2013, L 182) (Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening), *Stb.* 2015, 349.
[171] *Stb.* 2015, 350.
[172] Vgl. artikel III Uitvoeringswet richtlijn jaarrekening, *Stb.* 2015, 349: "De voorschriften van deze wet kunnen worden toegepast op jaarrekeningen, bestuursverslagen en verslagen als bedoeld in artikel 392a die worden opgesteld over boekjaren die zijn aangevangen voor 1 januari 2016." Zie ook Kamerstukken II 2014–2015, 34 176, nr. 3 (MvT), p. 42: "Daarnaast wordt toegestaan dat de nieuwe voorschriften over het boekjaar 2015 worden toegepast.".
[173] Vgl. E.D.G. Kiersch, *T&C Ondernemingsrecht* 2016, art. 2:398 BW, aant. 1.
[174] Op rechtspraak.nl is geen rechtspraak over deze kwalificatie gevonden.

zodanig geregistreerd in het Handelsregister. NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen zijn bekend met de kwalificatie 'groot', omdat zij als zijnde een grote rechtspersoon een jaarrekening met de daarbij geldende vereisten dienen op te maken. Van bestuurders en commissarissen van dergelijke NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen mag dan ook worden verwacht dat zij bekend zijn met de kwalificatie van de rechtspersoon waaraan zij zijn verbonden en dat wanneer er sprake is van de kwalificatie 'groot' zij dientengevolge rekening dienen te houden met de toepasselijke limiteringsregeling.

De bestaande knelpunten wijken niet af van die in het jaarrekeningenrecht. Enkele voorbeelden hiervan zijn de volgende. Het is de vraag wat onder omzet moet worden verstaan indien een onderneming geen omzet uit leveranties heeft, zoals een bank, beleggingsmaatschappij of participatiemaatschappij. Verder wordt de wijze waarop het gemiddelde aantal werknemers moet worden berekend door de wet niet voorgeschreven. Ook kan de toepassing van art. 2:397 lid 2 BW problemen opleveren, omdat de gebruikte bewoordingen niet duidelijk zijn. Van de zinsnede "die in de consolidatie zouden moeten worden betrokken als de rechtspersoon een geconsolideerde jaarrekening zou moeten opmaken", heeft het zinsdeel na 'als' betrekking op de consolidatieplicht en het zinsdeel na 'die' op de in de consolidatiekring te betrekken maatschappijen. Onder omstandigheden mag de consoliderende rechtspersoon beslissen of hij tot de consolidatiekring behorende maatschappijen al dan niet in de consolidatie betrekt. Het weglaten van een maatschappij kan tot gevolg hebben dat een of meer drempels niet worden gehaald.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat er bij de toepassing van de limiteringsregeling van specifieke nadelen niet is gebleken bij het hanteren van de criteria voor 'grote rechtspersonen', anders dan de nadelen die inherent zijn aan het in het jaarrekeningenrecht hanteren van deze criteria. Er kan wel worden gewezen op een nadeel dat kleeft aan de keuze voor de grootte-criteria van het jaarrekeningenrecht. Met de limiteringsregeling wordt beoogd een kwaliteitsslag te maken onder functionarissen van rechtspersonen waarbij kwaliteit gelijk staat aan het hebben en besteden van voldoende tijd aan de diverse functies. Door het toepassingsgebied van de limiteringsregeling te beperken tot grote rechtspersonen blijft deze kwaliteitsslag beperkt tot grote organisaties. Alleen bestuurders en toezichthouders bij grote organisaties worden door de limiteringsregeling wettelijk verplicht voldoende tijd voor hun functie vrij te maken.

Hoofdstuk 5. Sectorale limiteringsregelingen

5.1 Inleiding

De beperking van de cumulatie van bestuurs- en toezichtfuncties is niet exclusief geregeld in Boek 2 BW. Ook in sectorale regelgeving gericht op entiteiten die actief zijn in de semipublieke sector kunnen dergelijke cumulatiebepalingen voorkomen. Geïnventariseerd is welke specifieke wettelijke cumulatieregelingen er zijn alsmede eventuele cumulatiebepalingen in sectorale corporate governance codes. De te onderzoeken sectoren betroffen de financiële sector (pensioenfondsen, banken en beleggingsondernemingen), volkshuisvesting, gezondheidszorg, cultuur en onderwijs.

Gebleken is dat slechts voor pensioenfondsen enerzijds en voor significante banken en beleggingsondernemingen anderzijds sectorale limiteringsregelingen gelden. Deze regelingen worden in de volgende paragraaf besproken (par. 5.2). Vervolgens wordt een vergelijking gemaakt met de algemene, door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv in Boek 2 BW ingevoerde, cumulatieregeling (par. 5.3). Welke zijn de overeenkomsten, welke zijn de verschillen? Het probleem van een eventuele samenloop van de verschillende cumulatieregelingen komt in par. 5.4 aan de orde. Ten slotte wordt onderzocht wat de voor- en nadelen zijn van het bestaan van een algemene cumulatieregeling naast de specifieke cumulatieregelingen (par. 5.5).

5.2 Inventarisatie sectorale regelgeving betreffende cumulatie van bestuurs- en toezichtfuncties

Uit de inventarisatie van limiteringsregelingen in de financiële sector en de sectoren volkshuisvesting, gezondheidszorg, cultuur en onderwijs is gebleken dat dergelijke regelingen alleen voorkomen in de financiële sector. Voor zowel pensioenfondsen als significante banken en beleggingsondernemingen geldt een van Boek 2 BW afwijkende limiteringsregeling. Voor grote NV's, BV's en stichtingen die actief zijn in de sectoren volkshuisvesting, gezondheidszorg, cultuur en onderwijs is de algemene in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling van toepassing.

5.2.1 Limiteringsregeling voor pensioenfondsen

Pensioenfondsen die worden gedreven in de vorm van een 'grote' stichting, vallen in beginsel onder de algemene cumulatiebepalingen in Boek 2 BW. Ten tijde van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv werd echter al voor een afwijkende regeling gepleit.[175] Vervolgens is voor

[175] Brief van de Pensioenfederatie aan de Minister van V&J d.d. 12 oktober 2011 en Verzoek van de Stichting van de Arbeid om voor pensioenfondsen te komen tot een specifieke regeling d.d. 12 maart 2012. Zie ook

pensioenfondsen een eigen cumulatieregeling tot stand gebracht die op 1 juli 2014 in werking is getreden, waarbij werd bepaald dat de algemene cumulatiebepalingen in Boek 2 BW niet van toepassing zijn op pensioenfondsen.[176]

5.2.1.1 Achtergrond limiteringsregeling voor pensioenfondsen

De doelen die met de Boek 2 BW-cumulatieregeling worden nagestreefd: dat er geen 'old boys network' ontstaat, dat de kwaliteit van bestuur en toezicht gewaarborgd wordt en dat belangenverstrengeling wordt voorkomen, worden ook voor pensioenfondsen van groot belang geacht. Dat desondanks een eigen regeling voor pensioenfondsen werd ontworpen had te maken met het feit dat er voor pensioenfondsen een tweetal knelpunten werd gesignaleerd.[177]

Het eerste knelpunt is dat de limiteringsregeling van Boek 2 BW onnodig belastend is voor pensioenfondsen, omdat zij geen rekening houdt met de diversiteit in grootte van deze fondsen. Het besturen van en het houden van toezicht op een pensioenfonds is in de regel (veel) minder complex dan bij een onderneming het geval is. Vooral voor kleine pensioenfondsen zou de Boek 2 BW-cumulatieregeling onnodig belastend zijn indien deze onverkort van toepassing zou zijn. Ook voor grotere pensioenfondsen geldt overigens dat de bestuurs- en toezichttaken van een andere aard zijn dan die bij ondernemingen, en daardoor een ander tijdsbeslag vergen.

Het tweede knelpunt dat werd gesignaleerd is dat de limiteringsregeling van Boek 2 BW geen limiet stelt aan het aantal te combineren bestuursfuncties, terwijl het juist in de pensioensector gebruikelijk is dat één persoon verschillende bestuursfuncties combineert. Het besturen van een pensioenfonds, zowel een groot als een klein fonds, is vrijwel altijd een deeltijdbaan. Dat één persoon meer bestuursfuncties combineert heeft voordelen: het bevordert kruisbestuiving tussen pensioenfondsen en leidt er toe dat investeringen in geschiktheid de kwaliteit van het bestuur van verschillende pensioenfondsen verbeteren. Maar ook hier geldt dat de desbetreffende persoon voldoende tijd beschikbaar moet hebben voor het uitoefenen van zijn functies.

De grondslag voor de eigen cumulatieregeling voor pensioenfondsen is te vinden in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling, zoals gewijzigd door de Wet versterking bestuur pensioenfondsen.[178] Deze wetswijziging is op 1 juli 2014 in werking getreden. Vanaf genoemd tijdstip zonderen art. 106a Pensioenwet en art. 110ca

---

Advies 12/05 van de SER (september 2012).

[176] Vgl. art. 106a Pensioenwet en art. 110ca Wet verplichte beroepspensioenregeling (beroeps-)pensioenfondsen, zoals ingevoegd door de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, Stb. 2013, 302.

[177] Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 12 alsmede de toelichting bij het Besluit van 30 juli 2013, houdende wijziging van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en enige andere besluiten in verband met het beloningsbeleid en enige andere wijzigingen, *Stb.* 2013, 329, p. 9/10 .

[178] *Stb.* 2013, 302.

Wet verplichte beroepspensioenregeling (beroeps-)pensioenfondsen uit van de toepasselijkheid van de cumulatiebepalingen van Boek 2 BW. De basis wordt gelegd voor een eigen cumulatieregeling voor pensioenfondsen, waarbij als uitgangspunt geldt dat bestuurders en leden van de raad van toezicht van een pensioenfonds voldoende tijd beschikbaar moeten hebben om hun functie naar behoren uit te oefenen. De nadere regels zijn neergelegd in art. 35a Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.[179]

5.2.1.2 Inhoud limiteringsregeling voor pensioenfondsen

Het uitgangspunt van de limiteringsregeling voor pensioenfondsen is dat een bestuurder of lid van de raad van toezicht maximaal één fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtfuncties kan vervullen.

Verder is van belang dat een onderscheid wordt gemaakt tussen grote rechtspersonen, grote pensioenfondsen en kleine pensioenfondsen. Hierbij is de betekenis van een grote rechtspersoon identiek aan die in Boek 2 BW: de NV, BV of commerciële/semipublieke stichting (niet zijnde een pensioenfonds) met de kwalificatie groot volgens de jaarrekeningcriteria. Een klein pensioenfonds is een fonds met een beheerd vermogen van niet meer dan € 10 miljard. Een groot pensioenfonds is een fonds met meer dan € 10 miljard beheerd vermogen.[180]

Voor de toepassing van het uitgangspunt wordt vervolgens aan elke bestuurs- en toezichtfunctie bij een grote rechtspersoon en bij een groot of klein pensioenfonds een bepaald gewicht toegekend (bijvoorbeeld 0,4 of 0,2 fte). Er is hiermee sprake van een eigen weging van het tijdsbeslag dat gemoeid is met het uitoefenen van bestuurs- en toezichtfuncties per categorie rechtspersoon/pensioenfonds. Wanneer de door een persoon gehouden bestuurs- en toezichtfuncties gezamenlijk één fte overstijgen, mag deze persoon geen nieuwe bestuurs- en toezichtfuncties aannemen.

Ter illustratie volgt hieronder het wegingssysteem bij grote rechtspersonen, grote pensioenfondsen en kleine pensioenfondsen.[181]

Bij grote rechtspersonen geldt een functie als:
a. bestuursvoorzitter of bestuurder ten minste als 0,6;
b. voorzitter van een toezichthoudend orgaan ten minste als 0,4; en

[179] Besluit van 18 december 2006, houdende vaststelling van regels ter uitwerking van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling), *Stb.* 2006, 709, zoals gewijzigd door Besluit van 30 juli 2013, houdende wijziging van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en enige andere besluiten in verband met het beloningsbeleid en enige andere wijzigingen, *Stb.* 2013, 329.
[180] Art. 35a lid 5 sub a-c Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.
[181] Art. 35a lid 2, 3 en 4 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

c. lid van een toezichthoudend orgaan ten minste als 0,2.

Bij grote pensioenfondsen geldt een functie als:
a. bestuursvoorzitter ten minste als 0,6;
b. bestuurder ten minste als 0,4;
c. voorzitter van een raad van toezicht ten minste als 0,2; en
d. lid van een raad van toezicht ten minste als 0,1.

Bij kleine pensioenfondsen geldt een functie als:
a. bestuursvoorzitter ten minste als 0,3;
b. bestuurder ten minste als 0,2;
c. voorzitter van een raad van toezicht ten minste als 0,2; en
d. lid van een raad van toezicht ten minste als 0,1.

Voor de weging van het tijdsbeslag dat gemoeid is met het uitoefenen van bestuurs- en toezichtfuncties bij grote en kleine pensioenfondsen wordt onderscheid gemaakt tussen het zijn van lid van het bestuursorgaan en het zijn van bestuursvoorzitter. Het zijn van bestuursvoorzitter kost per definitie meer tijd dan het zijn van bestuurder. Bij de Boek 2 BW-cumulatieregeling vindt een soortgelijk onderscheid plaats tussen het zijn van lid van het toezichtsorgaan en het zijn van voorzitter daarvan.

Verder volgt uit het overzicht dat het tijdsbeslag dat gemoeid is met een toezichtfunctie niet toeneemt met de grootte van het pensioenfonds; zowel bij een groot als een klein pensioenfonds is de wegingsfactor 0,1 voor een lid en 0,2 voor een voorzitter van een raad van toezicht.

Opmerkelijk is dat in afwijking van het bepaalde in Boek 2 BW bij pensioenfondsen de niet-uitvoerende bestuurder niet wordt aangemerkt als een toezichthouder maar geldt als bestuurder.[182]

Dezelfde uitzonderingen als in de Boek 2 BW-regeling gelden: de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden telt als één benoeming[183] en een tijdelijke aanstelling door de OK in het kader van een enquêteprocedure telt niet mee.[184]

[182] Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 12, p. 3 en Stb. 2013, 329, toelichting, p. 10 en 11-12.
[183] Zie *Stb.* 2013, 329, toelichting, p. 11: "Deze bepaling is alleen van belang voor groepen bestaande uit het pensioenfonds en andere instellingen, niet zijnde instellingen waaraan uitbesteed is. Artikel 20, tweede lid, van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen, zoals gewijzigd in dit Besluit, voorkomt personele unies op het niveau van beleidsbepalers tussen fondsen en derden waaraan uitbesteed wordt."
[184] Art. 35a lid 5 sub d en f Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

De sanctie op overschrijding van het maximum van één fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtfuncties is nietigheid van de benoeming. Deze nietigheid heeft, net als in de Boek 2 BW-regeling, geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.[185]

5.2.2 Limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen

Banken en beleggingsondernemingen met de kwalificatie significant kennen per 1 augustus 2014 een eigen limiteringsregeling. Op niet-significante banken en beleggingsondernemingen is de Boek 2 BW-regeling van toepassing, mits uiteraard deze financiële instellingen worden gedreven in de rechtsvorm van een grote NV, BV of stichting.

5.2.2.1 Achtergrond limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen

De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen is gebaseerd op Europese regelgeving. Het betreft de Verordening en de richtlijn kapitaalvereisten, ook wel aangeduid als CRD IV (Capital Requirements Regulation and Capital Requirements Directive IV).[186] De cumulatieregeling is opgenomen in art. 91 lid 2-6 CRD IV. De Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten alsmede het Implementatiebesluit richtlijn en verordening kapitaalvereisten en daarmee de CRD IV-limiteringsregeling zijn op 1 augustus 2014 in werking getreden.[187]

Voor significante banken is de cumulatieregeling neergelegd in art. 3:8 lid 3 en 4 Wft en art. 17d Besluit prudentiële regels Wft; voor significante beleggingsondernemingen in art. 4:9b Wft en art. 31f Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. Omdat net als

---

[185] Art. 35a lid 6 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

[186] Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 en Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, *PbEU* L 176 van 27 juni 2013.

[187] Wet van 25 juni 2014 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (*PbEU* 2013, L 176) en ter implementatie van verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013, L 176) (Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten), Stb. 2013, 253 (*Kamerstukken* 33 849).
Besluit van 15 juli 2014 tot wijziging van het Besluit prudentiële regels Wft, het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector en enige andere besluiten op het terrein van de financiële markten ter implementatie van de richtlijn kapitaalvereisten en de verordening kapitaalvereisten (Implementatiebesluit richtlijn en verordening kapitaalvereisten), *Stb.* 2014, 303; inwerkingtreding *Stb.* 2014, 304.

bij de pensioenfondsen de methodiek van deze cumulatieregeling nogal afwijkend is van die van Boek 2 BW is de toepasselijkheid van deze laatste regeling uitgesloten op grond van art. 3:8 lid 3 sub b respectievelijk art. 4:9b lid 1 sub b Wft.

De Nederlandse wetgeving bepaalt dat de samenstelling en het functioneren van het bestuur en, voor zover aanwezig, het toezichthoudend orgaan, van een significante bank of beleggingsonderneming moet voldoen aan het bepaalde in art. 91 CRD IV en meer in het bijzonder aan het bepaalde in lid 3-6 van dat artikel.[188]

Anders dan gebruikelijk zijn de toepasselijke voorschriften niet uitgeschreven in de nationale wetgeving, maar is volstaan met een verwijzing naar de relevante EU-regelgeving. In het navolgende wordt daarom de EU-cumulatieregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen als uitgangspunt voor de bespreking genomen en wordt vervolgens nagegaan welke implicaties deze regeling heeft voor het Nederlandse recht.

5.2.2.2 Begrip 'significante' banken en beleggingsondernemingen

Art. 91 lid 3 CRD IV bepaalt dat de cumulatieregeling geldt voor een instelling die significant is wat betreft haar omvang en interne organisatie en wat betreft de aard, schaal en complexiteit van haar werkzaamheden.

Ter uitvoering bepaalt art. 17d Besluit prudentiële regels Wft het volgende voor banken:

> "Een bank is, mede voor de toepassing van artikel 3:8, vierde lid, van de wet, significant, indien:
> a. zij op individuele basis een instelling van groot belang is op grond van de voorwaarden ingevolge artikel 6 van de verordening bankentoezicht; of
> b. zij door de Nederlandsche Bank, gelet op haar omvang, interne organisatie en de aard, reikwijdte en complexiteit van haar activiteiten als significant wordt aangemerkt."

Voor beleggingsondernemingen bepaalt art. 31f Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft iets soortgelijks met dien verstande dat de AFM beoordeelt wanneer een beleggingsonderneming als significant moet worden aangemerkt:

> "Een beleggingsonderneming is, mede voor de toepassing van artikel 4:9b, eerste lid, van de wet, significant indien zij door de Autoriteit Financiële Markten, gelet op haar omvang, interne organisatie en de aard, reikwijdte en complexiteit van haar activiteiten als significant wordt aangemerkt."

[188] Vgl. art. 3:8 lid 3 sub a Wft respectievelijk art. 4:9b lid 1 sub a Wft.

Dit betekent dat DNB respectievelijk de AFM beoordelen wanneer een bank of beleggingsonderneming als significant moet worden aangemerkt.

Er zijn zeven significante banken in Nederland: ABN Amro, SNS bank, Rabobank, ING Bank, Bank Nederlandse Gemeenten (BNG), Nederlandse Waterschapsbank (NWB) en RBS NV.[189]

Uit navraag bij de AFM bleek dat er (nog) geen beleggingsondernemingen als significant zijn aangewezen en dat de AFM op dat moment (januari 2017) geen beleid op dit punt had geformuleerd.

5.2.2.3 Begrip leidinggevend orgaan

In art. 3 lid 1 sub 7 CRD IV is een definitie van leidinggevend orgaan opgenomen:

> "het (de) overeenkomstig nationaal recht aangewezen orgaan (organen) van een instelling welke de bevoegdheid hebben de strategie, doelstellingen en de algemene richting van de instelling vast te stellen, en welke toezichthouden op de bestuurlijke besluitvorming en deze controleert, met inbegrip van de personen die het beleid van de instelling daadwerkelijk bepalen."

Deze definitie brengt mee dat leden van het leidinggevend orgaan bestuurs- en/of toezichtfuncties kunnen vervullen.[190]

Ter uitvoering van het bepaalde in art. 3 lid 1 sub 7 CRD IV wordt in art. 3:8 lid 3 sub c Wft voor significante banken respectievelijk art. 4:9b lid 1 sub c Wft voor significante beleggingsondernemingen een onderscheid aangebracht tussen uitvoerende bestuursfuncties en niet-uitvoerende bestuursfuncties. Als uitvoerende bestuursfunctie worden aangemerkt de functies van bestuurder en van uitvoerend bestuurder bij een one-tier board. Als niet-uitvoerende bestuursfuncties worden aangemerkt de functies van commissaris en van niet-uitvoerende bestuurder bij een one-tier board. Dit onderscheid is in overeenstemming met de Boek 2 BW-regeling.

In dit opzicht is onduidelijk of functies in een raad van toezicht meetellen. Er wordt in de CRD IV-limiteringsregeling slechts gesproken van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders en van commissarissen. Een bepaling als in Boek 2 BW, dat voor de toepassing van de limiteringsregeling met een commissaris wordt gelijkgesteld de

[189] De Europese Centrale bank (ECB) in Frankfurt houdt samen met de DNB als nationale toezichthouder toezicht op de significante banken. De ECB heeft hierbij de directe leiding. Vgl. www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/bankenunie/het-europese-bankentoezicht/#.
[190] Vgl. punt 56 van de preambule bij de CRD IV.

persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld, ontbreekt.[191]

5.2.2.4 Inhoud limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen

De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen kent als hoofdregel dat alle leden van het leidinggevende orgaan genoeg tijd aan de vervulling van hun taken in de instelling besteden; art. 91 lid 2 CRD IV. De uitwerking hiervan is te vinden in lid 3-6.

De CRD IV-limiteringsregeling ziet niet alleen op toezichthoudende functies, maar ook op bestuursfuncties. De limiteringsregeling ziet met name op enkele specifieke combinaties van uitvoerende en/of niet-uitvoerende bestuursfuncties.
Personen mogen tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties vervullen:
a) één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties; of
b) vier niet-uitvoerende bestuursfuncties.
Dit brengt mee dat een bestuurder van een significante bank of beleggingsonderneming niet ook een andere bestuursfunctie mag vervullen.[192] Deze bestuurder mag daarnaast wel twee toezichtfuncties vervullen.

Voor de toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling tellen bestuurs- en toezichtfuncties bij alle Nederlandse en buitenlandse rechtspersonen mee. Dus niet alleen functies bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen, maar ook bij micro, kleine en middelgrote NV's, BV's en stichtingen. Ook tellen bestuurs- en toezichtfuncties bij andere rechtspersonen mee: coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, formele verenigingen, publiekrechtelijke rechtspersonen en buitenlandse[193] rechtspersonen.

Op de CRD IV-limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen zijn in art. 91 lid 4-6 CRD IV enkele uitzonderingen geformuleerd. Het betreft o.a. bestuursfuncties binnen dezelfde groep (lid 4 sub a) en bestuursfuncties in organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven (lid 5). Een definitie van een 'organisatie die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreeft' ontbreekt echter in de CRD IV. Dit biedt ruimte voor een nadere invulling door de nationale wetgevers, waarbij vanzelfsprekend het HvJEU uiteindelijk het laatste woord heeft. Waarschijnlijk wordt gedoeld op organisaties zonder winstoogmerk oftewel liefdadigheidsorganisaties.[194]

---

[191] Bij de Allen & Overy Benoemingscheck wordt de functie van lid van een raad van toezicht wel meegeteld. Vgl. www.aobenoemingscheck.nl/nl/reference-crd-iv, geraadpleegd op 12 december 2016.
[192] Dit is anders indien de bestuursfuncties worden vervuld binnen dezelfde groep; art. 91 lid 4 sub a CRD IV.
[193] Vgl. art. 91 CRD IV en overweging 58 van de Preambule, waarin van 'entiteiten' wordt gesproken.
[194] Vgl. *Kamerstukken II* 2016/17, 34 583, nr. 3 (MvT), p. 3. Dit betreft de MvT bij het wetsvoorstel ter uitvoering van de MIFID II-richtlijn.

In aanvulling hierop kunnen de bevoegde autoriteiten, DNB of de AFM, leden van het leidinggevend orgaan toestemming verlenen om nog één andere niet-uitvoerende bestuursfunctie te bekleden (lid 6).

Overschrijding van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties heeft, anders dan bij de Boek 2 BW-regeling en de pensioenfondsen-regeling, geen nietige benoeming tot gevolg. De CRD IV-limiteringsregeling wordt bestuursrechtelijk gehandhaafd in het kader van het Wft-toezicht. Dit betekent dat de CRD IV-limiteringsregeling een rol speelt bij de toetsing van de geschiktheid van bestuurders en toezichthouders. Ook kunnen toezichthouders DNB en AFM een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen bij overschrijding van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties.[195]

Kritiekpunten op de CRD IV-limiteringsregeling zijn dat er de nodige discrepantie bestaat met de Boek 2 BW-regeling en dat er op onderdelen de nodige onduidelijkheid voor wat betreft de toepassing van de regeling bestaat. Aan het eerste kritiekpunt kan niet tegemoet worden gekomen, omdat de Nederlandse regelgeving in overeenstemming dient te zijn met de EU-regelgeving die van een hogere orde is.[196]
Enkele onduidelijkheden zouden wel kunnen worden weggenomen. Deze lijken voor een deel te worden veroorzaakt doordat de Nederlandse regelgever heeft nagelaten de EU-limiteringsregeling uit te schrijven in de Nederlandse wet- en regelgeving, en heeft volstaan met een verwijzing naar deze regeling. Deze omissie zou kunnen worden hersteld door de CRD IV-limiteringsregeling alsnog uit te schrijven, waarbij de Nederlandse regelgever enkele duidelijke keuzes maakt. Bijvoorbeeld dat de functie van een lid van een raad van toezicht meetelt en dat een definitie wordt gegeven van een organisatie die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreeft.

5.2.2.5 Toekomstige wijziging door uitvoering Richtlijn 2014/65/EU (MIFID II)

De CRD IV-limiteringsregeling voor significante beleggingsondernemingen zal wijzigingen ondergaan ter uitvoering van Richtlijn 2014/65/EU[197], ook wel MIFID II genoemd. Het

---

[195] Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 849, nr. 3 (MvT), p. 39.
[196] Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 849, nr. 6, p. 27 (NV): "De leden (...) wijzen op de discrepantie in de regeling in het Burgerlijk Wetboek en de richtlijn kapitaalvereisten ten aanzien van de maximering van het aantal bestuursfuncties van bestuurders bij significante banken en beleggingsondernemingen, en vragen of niet had kunnen worden gekozen voor een betere afstemming.
De regeling in de richtlijn kapitaalvereisten strekt tot harmonisatie van de regels op dit punt in alle lidstaten van de Europese Unie. Hierbij is enige afwijking van de uiteindelijke Europese regeling ten opzichte van het specifieke nationale regime in Nederland onvermijdelijk gebleken. (...) Vanwege de onderlinge verschillen is ervoor gekozen om de regeling in het Burgerlijk Wetboek buiten toepassing te laten en de materiële onderdelen van die regeling die relevant zijn voor de voorgestelde bepalingen in de Wft over te nemen, zoals de gelijkstelling van de commissaris met de niet-uitvoerende bestuurder."
[197] Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van richtlijn 2002/92/EG en richtlijn 2011/61/EU en de daarbij behorende verordening, *PbEU* 2014, L 173.

wetsvoorstel daartoe is gepubliceerd op 31 oktober 2016.[198] De datum van inwerkingtreding van de nationale uitvoeringswetgeving is vastgesteld op 3 januari 2018.[199]
In het wetsvoorstel wordt voorgesteld art. 4:9b Wft te vernummeren tot art. 4:9.0a Wft. Belangrijke inhoudelijke wijzigingen worden niet voorgesteld. Onder vernummering van lid 2 tot lid 3 wordt een nieuw lid 2 ingevoegd dat bepaalt dat de AFM leden van het bestuur van een significante beleggingsonderneming toestemming kan verlenen om een extra niet-uitvoerende bestuursfunctie te vervullen dan op grond van art. 91 lid 3-5 CRD IV is toegestaan. Deze uitzondering is neergelegd in lid 6 van genoemde richtlijn, maar was (nog) niet expliciet opgenomen in de Nederlandse regelgeving.

5.3 Vergelijking Boek 2 BW-regeling en sectorale regelgeving

5.3.1 Inleiding

Tussen de drie limiteringsregelingen zoals hiervoor besproken bestaan enkele verschillen. Deze verschillen zien op de volgende aspecten: limitering van toezichtfuncties en/of bestuursfuncties, definitie van toezichthouder/bestuurder, weging van functies, moment van toepassing van de limiteringsregeling, uitzonderingen op de limiteringsregeling, rol van een eventuele toezichthoudende autoriteit en wijze van handhaving van de limiteringsregeling. Deze aspecten worden in de volgende paragrafen verder uitgewerkt.

5.3.2 Limitering toezichtfuncties en/of bestuursfuncties

Wat opvalt aan de limiteringsregeling bij pensioenfondsen is dat anders dan in de Boek 2 BW-regeling niet alleen de toezichtfuncties maar ook de bestuursfuncties worden gemaximeerd. De reden hiervan is dat het in de pensioensector gebruikelijk is dat één persoon meer bestuursfuncties combineert, omdat het besturen van een pensioenfonds vrijwel altijd een deeltijdbaan betreft.[200]
Hetzelfde geldt voor de CRD IV-limiteringsregeling. Ook deze ziet niet alleen op toezichtfuncties, maar ook op bestuursfuncties. Een bestuurder van een significante bank of beleggingsonderneming mag geen andere bestuursfuncties vervullen. Hij mag naast

[198] Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van de richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 en van verordening nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van verordening (EU) nr. 648/2012 (Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014), *Kamerstukken II* 2016/17, 34 583, nr. 2. Een gewijzigd voorstel van wet is op 12 oktober 2017 toegezonden aan de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 2017/18, 34 583, A).
[199] Richtlijn (EU) 2016/1034 van het Europees Parlement en de Raad van 23 juni 2016 tot wijziging van Richtlijn 2014/65/EU betreffende markten voor financiële instrumenten, *PbEU* 2016, L 175/8 heeft de datum waarop de lidstaten de maatregelen tot omzetting van Richtlijn 2014/65/EU moeten hebben toegepast met twaalf maanden uitgesteld tot 3 januari 2018.
[200] Vgl. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 182, nr. 12, p. 3-4 en *Stb.* 2013, 329, toelichting, p. 9-13. Zie ook S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014-308, p. 30.

zijn bestuursfunctie wel twee toezichtfuncties vervullen. Dit laatste is gelijk aan de Boek 2 BW-regeling.

Verder is van belang dat bij toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling bestuurs- en toezichtfuncties bij alle Nederlandse en buitenlandse rechtspersonen meetellen; zie par. 5.2.2.4. Betreft het bestuurs- en toezichtfuncties bij pensioenfondsen, dan tellen deze volledig mee en niet op de gewogen wijze zoals bij de limiteringsregeling voor pensioenfondsen. Hierbij moet de kanttekening worden gemaakt dat onduidelijk is of een lidmaatschap van een raad van toezicht bij een pensioenfonds meetelt bij de toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling; zie par. 5.2.2 en 5.2.3. Verder dient in ogenschouw te worden genomen dat bestuurs- en toezichtfuncties bij organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven niet meetellen.

5.3.3 Definitie van toezichthouder/bestuurder

In Boek 2 BW wordt sinds de inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv een onderscheid aangebracht tussen uitvoerende bestuursfuncties en niet-uitvoerende bestuursfuncties (zie deelonderzoek I). Uitvoerende bestuursfuncties worden vervuld door een bestuurder in een two-tier board en door een uitvoerende bestuurder in een one-tier board. Niet-uitvoerende bestuursfuncties worden vervuld door een commissaris in een two-tier board en door een niet-uitvoerende bestuurder in een one-tier board.

De CRD IV-limiteringsregeling kent eenzelfde onderscheid als in Boek 2 BW. In de CRD IV-limiteringsregeling ontbreekt echter een bepaling die wel in Boek 2 BW voorkomt, te weten dat voor de toepassing van de limiteringsregeling met een commissaris wordt gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld. Vandaar dat onduidelijk is of bij de CRD IV-limiteringsregeling functies in een raad van toezicht meetellen.[201]

De pensioenregeling kent echter een eigen, niet alleen van Boek 2 BW maar ook van de CRD IV-limiteringsregeling afwijkende, invulling van het begrip niet-uitvoerende bestuurder. De functie van niet-uitvoerende bestuurder wordt in de pensioenregeling beschouwd als een bestuursfunctie en niet als een toezichtfunctie.

5.3.4 Weging functies

De limiteringsregeling voor pensioenfondsen kent een eigen, van Boek 2 BW en van de CRD IV-limiteringsregeling afwijkend, puntensysteem. De Boek 2 BW-regeling gaat uit van

[201] Stelliger: S. Rietveld, ''erschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014-308: het lidmaatschap van een raad van toezicht telt niet mee bij de optelsom van functies voor de toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling.

een maximumaantal functies dat iemand kan bekleden. De pensioenfondsenregeling echter gaat uit van het tijdsbeslag per functie (het fte-equivalent). Dat betekent dat niet elke functie één punt waard is, maar dat al naar gelang de functie en al naar gelang de categorie rechtspersoon/pensioenfonds waarbij de functie wordt uitgeoefend er een deel van een voltijd equivalent aan de functie wordt toegekend.

5.3.5 Moment van toepassing limiteringsregeling

Het moment van toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen verschilt met de Boek 2 BW-regeling en de pensioenfondsenregeling. Bij de twee laatstgenoemde regelingen wordt de limitering van functies op het moment van (her)benoeming toegepast. Dat is bij de CRD IV-limiteringsregeling anders. Bestuurders en toezichthouders van significante banken en beleggingsondernemingen mogen op geen enkel moment meer dan de genoemde combinatie van functies vervullen. Zij dienen doorlopend, ook als (her)benoeming niet aan de orde is, te voldoen aan de CRD IV-limiteringsregeling. Benoeming in een bestuurs- of toezichtfunctie bij een andere rechtspersoon kan daarom leiden tot een overschrijding van het onder de CRD IV-limiteringsregeling geoorloofde aantal functies.

5.3.6 Uitzonderingen op de limiteringsregeling

Bij de Boek 2 BW-limiteringsregeling en de limiteringsregeling voor pensioenfondsen gelden dezelfde twee uitzonderingen. De benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden telt als één benoeming en een tijdelijke aanstelling van een functionaris door de OK in het kader van een enquêteprocedure telt niet mee.
Bij de CRD IV-limiteringsregeling echter telt een tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op grond van art. 2:349 lid 2 of art. 2:356 onder c BW wel mee. Daarentegen tellen bij de CRD IV-limiteringsregeling bestuurs- en toezichtfuncties bij organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven niet mee (zie par. 5.2.2.4).

5.3.7 Rol toezichthoudende autoriteit

Het feit dat er in de pensioensector sprake is van extern toezicht zorgt er voor dat de cumulatieregeling uitwerkt als een minimumnorm. In art. 35a lid 1 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling is namelijk bepaald dat in ieder geval niet tot bestuurder of lid van de raad van toezicht van een pensioenfonds kunnen worden benoemd personen die door deze benoeming meer dan één fte aan bestuurs- en toezichtfuncties zouden vervullen. De woorden ‘in ieder geval’ maken dat de externe toezichthouder, De Nederlandsche Bank (DNB)[202], in het kader van de uit te voeren

[202] Vgl. art. 29 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.

geschiktheidstoetsing tot het oordeel kan komen dat ook al overstijgen de functies van een bepaalde persoon niet één fte, deze persoon desondanks onvoldoende tijd beschikbaar heeft om zijn functie naar behoren uit te oefenen.[203] Redenen hiervan kunnen zijn dat de functie, of een combinatie van functies, in de praktijk meer tijd kost dan de in de regeling opgenomen generieke normen, of dat de persoon buiten zijn bestuursfuncties nog andere activiteiten ontplooit, waardoor hij onvoldoende invulling kan geven aan de bestuursfunctie.[204]

Voor wat betreft de CRD IV-limiteringsregeling geldt daarentegen dat in gevallen waarin personen het maximale aantal uitvoerende en/of niet-uitvoerende bestuursfuncties vervullen, DNB en/of AFM de bevoegdheid hebben deze personen toestemming te verlenen een extra niet-uitvoerende bestuursfunctie te vervullen.

5.3.8 Wijze van handhaving limiteringsregeling

Anders dan de Boek 2 BW-limiteringsregeling en de limiteringsregeling voor pensioenfondsen wordt de CRD IV-limiteringsregeling bestuursrechtelijk en niet civielrechtelijk gehandhaafd; zie par. 5.2.2.4. Er is geen sprake van een nietige benoeming bij overschrijding van het maximumaantal bestuurs- en/of toezichtfuncties.

[203] Stb. 2013, 329, p. 10/11.
[204] Vgl. S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014-308, p. 31.

5.3.9 Overzicht overeenkomsten en verschillen

In onderstaande tabel wordt een overzicht gegeven van de overeenkomsten en de verschillen tussen de drie limiteringsregelingen.

Tabel 1: Overeenkomsten en verschillen tussen de drie limiteringsregelingen

	Limiteringsregeling Boek 2 BW	Limiteringsregeling pensioenfondsen	Limiteringsregeling significante banken en beleggingsondernemingen
Toepassingsgebied	Grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen	Kleine en grote pensioenfondsen	Significante banken en beleggingsondernemingen
Moment van toepassing	Moment van benoeming	Moment van benoeming	Doorlopend
Criterium	Maximumaantal functies	Weging tijdsbeslag per functie; maximaal 1 fte	Maximumaantal functies
Maximering toezichtfuncties	Maximaal vijf toezichtfuncties	Maximaal 1 fte aan toezichtfuncties[205]	Maximaal 4 niet-uitvoerende bestuursfuncties[206]
Onderscheid lid orgaan - voorzitter	Ja, dubbeltelling van voorzittersfunctie	Ja, grotere weging voorzittersfunctie	Nee
Maximering bestuursfuncties	Geen maximering	Maximaal 1 fte aan bestuursfuncties	Maximaal 1 uitvoerende bestuursfunctie
Maximering combinatie bestuurs- en toezichtfuncties	Maximaal 1 bestuursfunctie en maximaal 2 toezichtfuncties	Maximaal 1 fte aan bestuurs- en toezichtfuncties	Maximaal 1 uitvoerende bestuursfunctie en maximaal 2 niet-uitvoerende bestuursfuncties
Functies die meetellen	Bestuurs- en toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen	Bestuurs- en toezichtfuncties bij grote rechtspersonen en grote en kleine pensioenfondsen	Bestuurs- en toezichtfuncties bij alle Nederlandse en buitenlandse rechtspersonen
Uitzonderingen	- Benoemingen bij in een groep verbonden rechtspersonen - Tijdelijke aanstellingen door OK	- Benoemingen bij in een groep verbonden rechtspersonen - Tijdelijke aanstellingen door OK	- Benoemingen bij in een groep verbonden rechtspersonen - Benoemingen bij organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven
Sanctie	Civielrechtelijke handhaving: nietigheid benoeming	Civielrechtelijke handhaving: nietigheid benoeming	Bestuursrechtelijke handhaving: geschiktheidstoetsing

[205] Met deze kanttekening dat de functie van een niet-uitvoerende bestuurder wordt aangemerkt als een bestuursfunctie. Zie par. 5.2.1.2.
[206] Onduidelijk is of het lidmaatschap van een raad van toezicht meetelt. Zie par. 5.2.2.3.

5.4 Samenloop limiteringsregelingen

Een persoon die wordt voorgedragen voor een bestuurlijke of toezichthoudende functie bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting, bij een pensioenfonds of bij een significante bank of beleggingsonderneming, kan te maken krijgen met het probleem van een eventuele samenloop van de verschillende limiteringsregelingen. Hij vervult bijvoorbeeld al een of meer van dergelijke functies en het is de vraag of benoeming in een andere functie nog wel tot de mogelijkheden behoort.

Voor een eventuele samenloop zijn de actieve en de passieve zijde van de relevante limiteringsregelingen van belang.[207] De actieve zijde ziet op het type rechtspersoon waarbij de kandidaat wordt (her)benoemd. De op die rechtspersoon toepasselijke limiteringsregeling dient te worden toegepast. Vervolgens moet voor elke functie die de kandidaat al vervult bepaald worden of en hoe deze functie meetelt in de optelsom van functies van de toepasselijke limiteringsregeling, teneinde te beoordelen of benoeming mogelijk is. Dit is de passieve zijde van de limiteringsregeling; deze ziet op het type rechtsperso(o)n(en) waar de kandidaat al functies vervult.[208]

In de limiteringsregeling voor pensioenfondsen is de limiteringsregeling van Boek 2 BW geïntegreerd. Dit was nodig omdat aan de actieve zijde de Boek 2 BW-regeling uitgaat van een maximumaantal functies, terwijl de pensioenfondsenregeling het tijdsbeslag per functie (het fte-equivalent) als uitgangspunt heeft. Een bestuurlijke of toezichthoudende functie bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan daarom niet één-op-één worden meegeteld in de optelsom van functies voor de toepassing van de limiteringsregeling voor pensioenfondsen (passieve zijde). Daarom is in art. 35a Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling een wegingssysteem voor bestuurlijke of toezichthoudende functie bij grote rechtspersonen opgenomen. Zo wordt het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan van een grote rechtspersoon voor 0,4 fte meegeteld (zie par. 5.2.1.2).

In de limiteringsregeling van Boek 2 BW wordt wel verwezen naar de limiteringsregeling voor pensioenfondsen, maar is deze niet in de regeling geïntegreerd.[209] Bepaald is dat de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet-uitvoerende bestuurder bij een pensioenfonds wordt geteld in overeenstemming met de normering in art. 35a Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling. Nagelaten is echter te bepalen welk gedeelte van het fte-equivalent gelijk staat aan één functie in de Boek 2 BW-regeling.

[207] Zie hierover B.F. Assink, W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 899.
[208] Zie over de samenloopproblematiek in het bijzonder S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014-308.
[209] Vgl. art. 2:132a lid 2 sub f, 2:142a lid 2 sub f, 2:242a lid 2 sub f, 2:252a lid 2 sub f en 2:297a lid 3 sub e BW.

Een logische vertaalslag lijkt te zijn dat vijf functies onder de Boek 2 BW-regeling gelijk moeten worden gesteld met 1 fte onder de pensioenfondsenregeling.[210] Immers een lid van een toezichthoudend orgaan bij een grote rechtspersoon telt als 0,2 fte onder de pensioenfondsenregeling en 5 x 0,2 fte = 1 fte, terwijl onder de Boek 2 BW-regeling een persoon maximaal vijf toezichthoudende functies bij grote rechtspersonen mag vervullen.
Dit betekent bijvoorbeeld dat het zijn van lid van een raad van toezicht bij een groot pensioenfonds meetelt als een halve functie (passieve zijde: pensioenfondsenregeling) om te beoordelen of deze persoon een functie als commissaris of niet-uitvoerende bestuurder bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan vervullen (actieve zijde: Boek 2 BW-regeling).
De Boek 2 BW-regeling noch de pensioenfondsenregeling houdt rekening met de CRD IV-limiteringsregeling. Dit betekent dat bij de benoeming van een persoon tot bestuurder of toezichthouder bij een groot of klein pensioenfonds geen rekening hoeft te worden gehouden met eventuele bestuurlijke of toezichthoudende functies die de te benoemen persoon vervult bij significante banken en/of beleggingsinstellingen. Bij de benoeming van een persoon tot bestuurder of toezichthouder bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting geldt in beginsel hetzelfde, tenzij de significante bank(en) en/of beleggingsinstelling(en) waarbij deze persoon bestuurlijke of toezichthoudende functies vervult voldoet aan de definitie van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting. Is dat het geval dan dienen deze functies wel te worden meegenomen in de optelsom van functies.

Net zoals de Boek 2 BW-regeling en de pensioenfondsenregeling aan de passieve zijde geen rekening houden met de CRD IV-limiteringsregeling is dit omgekeerd ook het geval. Het gaat bij de CRD IV-limiteringsregeling om een optelsom van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuursfuncties bij niet alleen nationale maar ook buitenlandse rechtspersonen, ongeacht hun grootte (zie par. 5.3.2). Slechts functies bij organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven worden niet meegeteld. De weging van posities als bij de pensioenfondsenregeling is daarom niet aan de orde.

5.5 Voor- en nadelen van het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen

Het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen kent voor- en nadelen. Een voor de hand liggend voordeel van een sectorale limiteringsregeling is dat deze is toegesneden op de tot deze sector behorende ondernemingen. Bij de limiteringsregeling voor pensioenfondsen is dit manifest. Anders dan in de algemene limiteringsregeling kan rekening worden gehouden met de diversiteit in grootte van de

[210] Aldus S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014-308.

pensioenfondsen en met het feit dat het in de pensioensector gebruikelijk is dat een persoon verschillende bestuursfuncties bekleedt. Het voor de pensioenfondsen gekozen wegingssysteem van bestuurs- en toezichtfuncties is bovendien fijnmaziger dan het in Boek 2 BW gekozen puntensysteem waarbij elke functie een even groot tijdsbeslag kent, met als enige uitzondering het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dat dubbel telt.

De verscheidenheid aan limiteringsregelingen heeft ook een nadeel. Voor personen die bestuurs- of toezichtfuncties ambiëren in verschillende sectoren waarvoor afwijkende limiteringsregelingen gelden, kan de samenloop van de diverse limiteringsregelingen een complexe puzzel zijn. Het is een kwalijke zaak indien het voor een persoon niet direct duidelijk is of hij gelet op de toepasselijke limiteringsregelingen een bepaalde bestuurs- of toezichtfunctie kan aanvaarden. Bij een verkeerde inschatting lopen deze persoon en de benoemende entiteit het risico te worden geconfronteerd met een nietige benoeming of een bestuursrechtelijke sanctie.

Overigens is een algemeen geldende, uniforme limiteringsregeling niet realistisch. De algemene in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling is een initiatief van de Nederlandse wetgever. De sectorale limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsinstellingen heeft echter een EU-oorsprong. Dat de nationale sectorale limiteringsregeling voor genoemde entiteiten op onderdelen van de algemene limiteringsregeling afwijkt is niet te vermijden, nu de EU-regeling van een hogere orde is en de Nederlandse (uitvoerings)wetgeving hiermee in overeenstemming dient te zijn.

Hoofdstuk 6. Wettelijke regeling versus 'pas-toe-of-leg-uit'

6.1 Inleiding

De wetgever heeft met de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv de keuze gemaakt de limiteringsregeling neer te leggen in formele wetgeving. Dit brengt mee dat op de in de wet opgenomen limiteringsregeling geen uitzonderingen mogelijk zijn anders dan in deze regeling (beperkt) worden toegestaan.[211] Voor personen met buitengewone kwaliteiten om als voorzitter op te treden kan in een uitzonderlijk geval daarom geen uitzondering worden gemaakt opdat zij meer dan vijf toezichtfuncties – waarbij een voorzitterschap dubbel telt – op zich kunnen nemen. Ook voor beroepscommissarissen, van wie gezegd wordt dat zij meer tijd hebben om aan hun functies te besteden, geldt geen uitzondering. De wettelijke limiteringsregeling geldt voor een ieder gelijk; er wordt geen onderscheid tussen personen gemaakt.

Dit onderscheid kan wel worden gemaakt bij gebruikmaking van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. De hoofdregel is en blijft dat een persoon maximaal vijf toezichtfuncties kan bekleden, maar in uitzonderlijke gevallen zou hiervan kunnen worden afgeweken mits dit op kwalitatief goede wijze wordt uitgelegd. De vraag ligt voor of de limiteringsregeling zoals deze thans geldt voor grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen, anders vorm kan worden gegeven door geheel of gedeeltelijk over te stappen op een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling.
'Pas-toe-of-leg-uit' bepalingen komen vooral voor bij vormen van zelfregulering, zoals de Corporate Governance Code voor beursvennootschappen. Aan welke vormen van zelfregulering kan worden gedacht bij de limiteringsregeling? Zelfregulering voor alle NV's en BV's gezamenlijk en afzonderlijk voor commerciële/semipublieke stichtingen? Is dit realiseerbaar?
Een andere mogelijkheid zou zijn de limiteringsregeling als een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling in de wet op te nemen. Voor een voorbeeld van een wettelijke 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling kan worden gewezen op de wettelijke regeling voor een streefcijfer van 30% voor een evenredige verdeling van mannen en vrouwen in besturen en raden van commissarissen van grote NV's en BV's; art. 2:166 en 2:276 BW. Zie hierover deelonderzoek III van dit rapport.

Om de in het voorgaande gestelde vragen te kunnen beantwoorden wordt in het navolgende allereerst kort ingegaan op de achtergrond en de (juridische) betekenis van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel (par. 6.2.1 en 6.2.2). Vervolgens worden de voordelen en

[211] Er gelden twee uitzonderingen op de limiteringsbepaling. Benoemingen bij verschillende grote NV's, BV's of stichtingen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW, tellen als één functie. De andere uitzondering betreft de tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 of art. 2:356 sub c BW.

de aandachtspunten bij het gebruik van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code aangegeven (par. 6.2.3 en 6.2.4). Ook wordt ingegaan op de doeltreffendheid van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel (par. 6.2.5).
Vervolgens komen de verschillen tussen wetgeving in formele zin en zelfregulering via een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling aan de orde (par. 6.3). Aandacht wordt besteed aan het niveau van naleving en handhaving (par. 6.3.1 en 6.3.2).
Ten slotte wordt het voorgaande toegepast op de limiteringsregeling (par. 6.4). Na een inleiding (par. 6.4.1) worden de vragen behandeld of er uitzonderingen in de limiteringsregeling moeten worden opgenomen voor voorzitters van het toezichthoudende orgaan (par. 6.4.2) en/of beroepscommissarissen (par. 6.4.3). Indien het antwoord op (een van) beide vragen (geheel of gedeeltelijk) bevestigend is, is de volgende vraag of het een optie is dit via een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling te regelen. Deze vraag wordt beantwoord in par. 6.4.4. Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele concluderende opmerkingen (par. 6.5).

6.2 Werking van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel

6.2.1 Achtergrond en betekenis van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel

In het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw verscheen in het Verenigd Koninkrijk het voor beursvennootschappen geschreven Cadbury-rapport betreffende behoorlijk ondernemingsbestuur oftewel corporate governance.[212] Opsteller van het rapport was de 'Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance', waarvan Cadbury de voorzitter was. Deze commissie was in het leven geroepen door de Financial Reporting Council, de London Stock Exchange en de beroepsorganisatie van accountants. Het Cadbury-rapport hanteerde als basis het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel voor onderwerpen van corporate governance. In vele landen, binnen en buiten de EU, is dit beginsel vervolgens opgenomen in nationale corporate governance codes.

Ook in Nederland is in de Code Tabaksblat uit 2003 het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel omarmd. Vervolgens is het beginsel in 2004 van een wettelijke grondslag voorzien.[213] Art. 2:391 lid 5 BW bepaalt dat bij AMvB nadere voorschriften over de inhoud van het bestuursverslag kunnen worden gesteld. In het bijzonder kunnen deze voorschriften betrekking hebben op naleving van een in de AMvB aan te wijzen gedragscode en op de inhoud, openbaarmaking en het accountantsonderzoek van een corporate governance verklaring. Als gedragscode is de Corporate Governance Code aangewezen. De laatste

[212] 'Financial Aspects of Corporate Governance', issued by 'The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance' chaired by Adrian Cadbury, December 1992. Te raadplegen via: www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf.
[213] Wet van 9 juli 2004 tot wijziging van boek 2 BW in verband met aanpassing van de structuurregeling, *Stb.* 2004, 370; inwerkingtreding op 1 oktober 2004 bij KB van 9 augustus 2004, *Stb.* 2004, 405.

versie hiervan is de Nederlandse Corporate Governance Code van 8 december 2016[214], die de Code Frijns uit 2008 vervangt.

De betrokken AMvB verplicht NV's waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in art. 1:1 Wft of een daarmee vergelijkbaar systeem[215], in hun bestuursverslag mededeling te doen van de naleving van de principes en best practice bepalingen van de Corporate Governance Code. Het betreft de naleving van de principes en best practice bepalingen die zijn gericht tot het bestuur en de RvC, en niet die betrekking hebben op het handelen van aandeelhouders en de externe accountant. Indien een beursvennootschap deze Codebepalingen niet heeft nageleefd of niet voornemens is deze in het lopende en daaropvolgende boekjaar na te leven, moet zij daarvan gemotiveerd opgave doen in het bestuursverslag.[216] Dit gebeurt via een corporate governance verklaring die als specifiek onderdeel van of als bijlage bij het bestuursverslag wordt opgenomen.[217]

Op Europees niveau is het 'pas-toe-of-leg-uit' ('comply-or-explain') beginsel in 2006 via art. 1 lid 7 Richtlijn 2006/46/EG opgenomen in art. 46bis Richtlijn 78/660/EEG betreffende het jaarrekeningenrecht.[218] Hierdoor geldt het als een leidend principe voor de naleving en handhaving van corporate governance codes binnen de EU.[219]

Wat houdt het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in? Het bestuur, en in het geval van een two-tier structuur ook de RvC, van een beursvennootschap zijn verantwoordelijk voor de naleving van de in de Corporate Governance Code opgenomen principes en best practice bepalingen. Het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel biedt beursvennootschappen de mogelijkheid de principes en de best practice bepalingen toe te passen of desgewenst

---

[214] De Nederlandse Corporate Governance Code 2016, zoals gepubliceerd in *Stcrt.* nr. 45259 d.d. 21 augustus 2017, is door art. 2 van het Besluit inhoud bestuursverslag, *Stb.* 2017, 332, aangewezen als gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 5 BW.

[215] Zie nader art. 1 Vaststellingsbesluit nadere voorschriften inhoud bestuursverslag.

[216] Vgl. art. 3 Vaststellingsbesluit nadere voorschriften inhoud bestuursverslag.

[217] Vgl. art. 2 lid 1 Vaststellingsbesluit nadere voorschriften inhoud bestuursverslag.

[218] Richtlijn 2006/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 tot wijziging van de Richtlijnen 78/660/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, 83/349/EEG van de Raad betreffende de geconsolideerde jaarrekening, 86/635/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van banken en andere financiële instellingen en 91/674/EEG van de Raad betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen, *PbEG* 2006 L 224/1. Deze richtlijn is vervangen door Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, *PbEU* 2013 L 182/19. Het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel is neergelegd in art. 20 Richtlijn 2013/34/EU.

[219] Vgl. Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, te raadplegen via ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/studies/comply-or-explain-090923_en.pdf en R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 2.

daarvan gemotiveerd af te wijken.[220] Het bestuur en eventueel de RvC leggen hierover verantwoording af aan de AV. Eventuele afwijkingen van principes en best practice bepalingen worden deugdelijk gemotiveerd.
Het voorgaande brengt mee dat er sprake is van naleving van een principe of best practice bepaling indien de beursvennootschap deze bepaling toepast dan wel daarvan deugdelijk gemotiveerd afwijkt. Met het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel wordt erkend dat onderwerpen van corporate governance een kwestie van maatwerk kunnen zijn en dat afwijkingen van individuele Codebepalingen door een beursvennootschap gerechtvaardigd kunnen zijn.

De Corporate Governance Code is ontwikkeld voor beursvennootschappen. Dat wil niet zeggen dat de invloed van de in de Code neergelegde regels tot dit type vennootschappen beperkt blijft. Van de Corporate Governance Code gaat enige reflexwerking uit op niet beursgenoteerde NV's en op BV's.[221] De aandeelhouders van laatstgenoemde vennootschappen kunnen op de AV met een beroep op een Codebepaling het bestuur (en in het geval van een two-tier structuur ook de RvC) ter verantwoording roepen. Dit geldt met name indien de betrokken Codebepaling feitelijk het geldende recht weergeeft. Onder dergelijke omstandigheden kan echter ook betoogd worden dat er sprake is van toepassing van al bekende rechtsbeginselen, zoals een nadere invulling van een open norm als de redelijkheid en de billijkheid. Van een reflexwerking is in deze laatste opvatting geen sprake.

Nadien zijn voor banken, verzekeraars en pensioenfondsen afzonderlijke governance codes opgesteld: de Code Banken uit 2009 die is vervangen door de Code Banken uit 2015[222], de Governance Principes Verzekeraars 2011[223] die per 1 januari 2016 zijn vervallen[224] en de Principes voor goed pensioenfondsbestuur uit 2005 die zijn vervangen door de Code pensioenfondsen uit 2014.[225] Ook in andere sectoren zijn governance codes ontwikkeld. Zo is er voor de sector cultuur de Governance Code Cultuur 2014, voor de sector volkshuisvesting de Governancecode Woningcorporaties 2015, voor de sector gezondheidszorg de Governancecode Zorg 2017 en voor de sector onderwijs de Code

[220] Er is geen onderscheid in rechtskracht tussen principes en best practice-bepalingen; vgl. Handelingen I 2003/04, 38, p. 2135. Het abstracte karakter van de principes maakt echter dat maar hoogstzelden de behoefte zal ontstaan van de principes af te wijken, aldus J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *'Willems' wegen: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Van der Heijden reeks nr. 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 463.
[221] Vgl. M.W. Josephus Jitta, '(G)Een Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen', *Ondernemingsrecht* 2007/135.
[222] Te raadplegen via www.commissiecodebanken.nl/index.php?p=1188639
[223] *Stcrt.* 2011, 9237.
[224] Het Verbond van Verzekeraars heeft deze principes laten vervallen, omdat veel principes zijn opgenomen in wetgeving. Twee principes, die te maken hebben met permanente educatie van bestuurders en commissarissen, en met zorgvuldige klantbehandeling zijn opgenomen in de gewijzigde Gedragscode Verzekeraars. Vgl. www.compliance-instituut.nl/per-1-januari-2016-governance-principes-verzekeraars-vervallen/.
[225] Te raadplegen via mcpf.nl/wp-content/uploads/2016/12/Code_Pensioenfondsen_2017.pdf

Goed Bestuur in het primair onderwijs 2014 (PO Raad), de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2015 (VO Raad), de Branchecode goed bestuur in het mbo 2014 (MBO Raad), de Branchecode goed bestuur hogescholen 2013 (Vereniging Hogescholen) en de Code goed bestuur universiteiten 2013 (VNSU).

6.2.2 Juridisch karakter Corporate Governance Code

De Corporate Governance Code wordt gezien als een vorm van zelfregulering. Met zelfregulering wordt bedoeld het zonder tussenkomst van de overheid zelf opstellen van regels waaraan men zich verbindt, door deze uit te voeren, te handhaven en actueel te houden.[226] Dit wil niet zeggen dat het beursvennootschappen vrijstaat de Codebepalingen al dan niet na te leven. Door de wettelijke verankering in art. 2:391 lid 5 BW zijn beursvennootschappen verplicht de Codebepalingen in acht te nemen, inclusief het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel. Er zijn voor beursvennootschappen daarom slechts twee opties: een Codebepaling toepassen of hiervan deugdelijk gemotiveerd afwijken.

De Corporate Governance Code wordt ook wel aangeduid als 'soft law' in tegenstelling tot de aanduiding 'hard law' voor wetgeving in formele zin. Soft law, omdat de codebepalingen geen bindende rechtsregels vormen in de zin dat zij een bepaald gedrag voorschrijven en geen ruimte laten voor afwijking.[227]

Ook al zijn de Codebepalingen op zichzelf niet juridisch bindend, zij kunnen desondanks (indirect) een bindend effect hebben. In de HBG-beschikking[228] uit 2003 heeft de HR duidelijk gemaakt dat de 'in Nederland aanvaarde inzichten omtrent corporate governance' een bron van rechtsregels in de zin van verbindende regels kunnen zijn. In de ABN AMRO-beschikking[229] uit 2007 legde de HR vervolgens een direct verband tussen de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging en de Corporate Governance Code, welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan de eisen van redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en de behoorlijke taakvervulling van art. 2:9 BW.[230] Doordat de

[226] Preambule van de Nederlandse Corporate Governance Code van 8 december 2016, p. 8. Te raadplegen via: www.commissiecorporategovernance.nl/download/?id=3364.
[227] Vgl. J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *'Willems' wegen: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Van der Heijden reeks nr. 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 463.
[228] HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1486, NJ 2003/182, *JOR* 2003/57.
[229] HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, *JOR* 2007/178.
[230] Zie r.o. 4.4 uit de ABN AMRO-beschikking: "[…] in de wet en in de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code […] welke rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan (i) de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen, en aan (ii) de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling waartoe elke bestuurder ingevolge art. 2:9 gehouden is." Vgl. ook HR 14 september 2007, ECLI: NL: HR: 2007:BA4887, *NJ* 2007/612 (*Versatel*) en HR 9 juli 2010, ECLI: NL:HR: 2010: BM0976, *JOR* 2010/228 (*ASMI*).

Codebepalingen aldus een rol vervullen[231] bij de uitleg van de open normen van de redelijkheid en billijkheid en de behoorlijke taakvervulling bewegen zij zich in de richting van hard law.

6.2.3 Voordelen van het gebruik van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code

De toepassing van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel kent verschillende voordelen die als volgt kort kunnen worden gekenschetst: flexibele aanpassing, flexibele toepassing en innovatieve kracht.

Een belangrijk voordeel van het in een Corporate Governance Code neerleggen van bepalingen is dat deze eenvoudig kunnen worden gewijzigd zonder dat het tijdrovende en soms onvoorspelbare wetgevingsproces moet worden gevolgd.[232] De Corporate Governance Code is via een vernieuwing van het aanwijzingsbesluit relatief eenvoudig te wijzigen.[233] Daarmee is er de mogelijkheid van een flexibele aanpassing, waardoor snel op bepaalde marktontwikkelingen kan worden ingespeeld.

Verder biedt de Corporate Governance Code via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel de mogelijkheid van een flexibele toepassing van de Codebepalingen.[234] Er is geen sprake van een 'one size fits all' benadering, maar van de mogelijkheid tot het aanmeten van een maatpak. De corporate governance van een vennootschap kan worden aangepast aan bijvoorbeeld haar organisatiestructuur en omvang.

Deze maatpakbenadering kan er toe bijdragen dat vennootschappen op hun zoektocht naar de voor hun meest optimale corporate governance structuur stuiten op nieuwe corporate governance regels. Indien deze nieuwe regels vrij algemeen worden geaccepteerd kunnen zij vervolgens onderdeel worden van de Corporate Governance Code. Dit is een voorbeeld van de innovatieve kracht van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel.[235] Deze innovatieve kracht komt alleen goed uit de verf indien de vennootschappen die een bepaalde Codebepaling niet toepassen goed gemotiveerd uitleggen waarom zij dit niet doen. Wanneer veel vennootschappen met een goede reden

---

[231] De mate van naleving van een Codebepaling is hiervoor mede bepalend. Vgl. *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-II** 2009/30.
[232] Vgl. R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 2.
[233] Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers, '"Zelfregulering" van corporate governance van beursondernemingen', *WPNR* 2004 (6563), p. 67-81.
[234] Vgl. J.G.C.M. Galle, 'Het comply or explain-principe door Europa opgelegd', *Tijdschrift voor Compliance* 2007, p. 60 en R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 2.
[235] Vgl. K.H.M. de Roo, 'De Corporate Governance Code en het drijfzand van de open norm', *Ars Aequi* 2015/4, p. 259.

afwijken van een Codebepaling, ontstaat er de mogelijkheid dat een nieuwe, andersluidende Codebepaling tot stand komt.

6.2.4 Aandachtspunten bij het gebruik van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code

De handhaving van de codebepalingen in samenhang met het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel dient vooral te geschieden door de aandeelhouders van de desbetreffende beursvennootschappen.[236] Zij moeten toezien op de toepassing van de principes en de best practice bepalingen of het verschaffen van een voor de aandeelhouders aanvaardbare uitleg voor afwijking. Het bestuur, en in het geval van een two-tier structuur ook de RvC, dienen zich – indien zij daarop door de AV worden aangesproken – in de AV te verantwoorden over de op het gebied van corporate governance gemaakte keuzes. Op de AV kunnen aandeelhouders het bestuur en eventueel de RvC aanspreken over de beslissingen bepaalde Codebepalingen wel toe te passen en van andere af te wijken; zij kunnen hun bezwaren hiertegen naar voren brengen. Het is uiteindelijk de AV die een oordeel geeft of er sprake is van goede corporate governance binnen de desbetreffende beursvennootschap.

Op het punt van de rol van de aandeelhouders bij de naleving van de Codebepalingen doen zich echter een vijftal aandachtspunten voor.

(i) Wanneer de aandeelhouders worden gezien als de belangrijkste handhavers van een goede corporate governance, dan zal de belangstelling in het corporate governance-debat vooral uitgaan naar bepalingen die van belang zijn voor het creëren van extra aandeelhouderswaarde en niet zozeer naar bepalingen die beogen de belangen van de overige stakeholders te waarborgen.[237]

(ii) Een ander aandachtspunt is de mogelijke passiviteit[238] en desinteresse van aandeelhouders. Veel aandeelhouders hebben niet echt belangstelling voor de governance van de vennootschappen in wier effecten ze beleggen. De beurskoers van de effecten en de frequentie en omvang van een dividenduitkering zijn onderwerpen die zich in een grotere interesse mogen verheugen. Voor zover aandeelhouders zich wel door het onderwerp van de governance aangesproken voelen, beperkt hun inbreng zich

[236] Vgl. J.W. Winter, 'Corporate governance handhaving in de VS, EU en Nederland', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 636 en R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 3.
[237] Vgl. R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 3.
[238] Vgl. Europese Commissie, Green paper on the EU Corporate Governance Framework, 5 april 2011, COM(2011)164 final, p. 19: "In most Member States, responsibility for enforcing the obligation to publish is left to investors who, depending on the culture and traditions in their Member State, often take little action." Zie ook de Aanbeveling van de Europese Commissie van 9 april 2014 over de kwaliteit van de rapportage over corporate governance („pas toe of leg uit"), 2014/208/EU.

vaak tot het nagaan of de desbetreffende beursvennootschap de Codebepalingen heeft toegepast of de afwijking ervan heeft uitgelegd; het zogenoemde 'ticking the box'. [239]

(iii) Indien corporate governance de interesse van aandeelhouders heeft, kunnen zij het bestuur, en in het geval van een two-tier structuur ook de RvC, van een beursvennootschap op de AV ter verantwoording roepen over de gemaakte governance-keuzes. Zij kunnen vragen stellen, opmerkingen maken en stemmen over door het bestuur gedane voorstellen op dat terrein. Daarnaast kunnen aandeelhouders via het agenderingsrecht van art. 2:114a BW zelf onderwerpen van corporate governance op de agenda van de AV plaatsen.
Ontstaat er echter een impasse in de discussie tussen enerzijds bestuur (en RvC) en anderzijds AV over de gemaakte governance-keuzes, dan is het moeilijk voor de aandeelhouders het bestuur (en de RvC) te bewegen de gemaakte keuzes te wijzigen.[240] De middelen die hen hiertoe ter beschikking staan – behalve overredingskracht – zijn paardenmiddelen en worden niet of slechts in uitzonderlijke situaties ingezet. De AV kan bijvoorbeeld besluiten het bestuur en/of de RvC geen décharge te verlenen voor het gevoerde beleid respectievelijk het uitgeoefende toezicht.[241] Ook kan de AV besluiten de jaarrekening over een bepaald boekjaar niet vast te stellen. Met dit laatste snijden de aandeelhouders zichzelf in de vingers, omdat onder dergelijke omstandigheden geen dividend kan worden uitgekeerd. Een ander paardenmiddel is het ontslaan van de leden van het bestuur en/of de RvC. Ten slotte kunnen aandeelhouders een enquêteprocedure starten, maar dan moet er veelal wel meer aan de hand zijn dan een verschil van inzicht over een onderwerp van corporate governance.[242] Bijvoorbeeld dat er is gehandeld in strijd met een gedane toezegging over de naleving van een Codebepaling.

---

[239] Vgl. J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *'Willems' wegen: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Van der Heijden reeks nr. 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 464. Anders: P. Frentrop, 'Tijd om de Code op te heffen', *nieuwsbrief Nyenrode Corporate Governance Instituut*, oktober 2012. Frentrop is van mening dat er sprake is van een volwassen dialoog tussen beursvennootschappen en gelouterde aandeelhouders.

[240] Abma en Olaerts wijzen er op dat in de AV gestelde vragen en opmerkingen in 2008 hebben geleid tot intrekking van door de ondernemingsleiding voorgestelde besluiten tot wijziging van het beloningsbeleid bij Philips, VastNed Retail en Corporate Express. Vgl. R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 4.1.

[241] Abma en Olaerts noemen het voorbeeld dat de AV van TNT de RvC geen decharge verleende in verband met onder andere de afwijking van best practice bepaling IV.1.139 betreffende de ontslag- en benoemingsprocedure van bestuurders en commissarissen door TNT Express. Vgl. R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 4.1.

[242] Abma en Olaerts wijzen op de volgende rechtszaken die werden aangespannen door aandeelhouders waarbij Codebepalingen een rol speelden: Versatel (HR 14 september 2007, *JOR* 2007, 238, r.o. 3.2 en r.o. 4.4.3), ABN AMRO (HR 13 juli 2007, *JOR* 2007, 178, r.o. 4.4 en Rechtbank Amsterdam, 29 december 2008, *JAR* 2009, 26, r.o. 1.7, 1.8, 1.21 en 29) en ASMI (HR 9 juli 2010, *JOR* 2010, 228, r.o. 3.1, 3.4.8, 4.4.2 en 4.5.1 en OK 14 april 2011, *JOR* 2011, 179, r.o. 3.14 en 3.17). Vgl. R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 4.1.

(iv) Een ander aandachtspunt is dat het soms ontbreekt aan een deugdelijke uitleg indien wordt afgeweken van een Codebepaling.[243] De 'leg-uit' optie kan verworden tot een mogelijkheid de toepassing van een codebepaling te ontgaan, indien geen eisen worden gesteld aan de kwaliteit van de uitleg.[244] Verder is de uitleg soms zo summier of generiek dat de aandeelhouders geen inhoudelijke dialoog met het bestuur kunnen aangaan om de redenen voor afwijking op hun merites te kunnen beoordelen.[245] Weliswaar dient de externe accountant na te gaan of in het bestuursverslag een mededeling is opgenomen over de naleving van de Code en of deze mededeling verenigbaar is met de jaarrekening[246], maar dit oordeel betreft vooral de formele naleving van de Corporate Governance Code (zie par. 6.3.1).

Om beursvennootschappen te bewegen de kwaliteit van de uitleg bij afwijking van een Codebepaling te verhogen, wordt onder het kopje 'Naleving van de Code' in de Nederlandse Corporate Governance Code van 8 december 2016 in navolging van een aanbeveling van de Europese Commissie van 9 april 2014[247] een uitgebreidere toelichting bij afwijking verlangd:[248]

> "Het bestuur en de raad van commissarissen leggen aan de algemene vergadering verantwoording af over de naleving van de Code en voorzien eventuele afwijkingen van de principes en best practice bepalingen van een inhoudelijke en inzichtelijke uitleg […]
> Van belang is dat de uitleg bij afwijking in ieder geval de volgende elementen bevat:
> i. de wijze waarop de vennootschap is afgeweken van het principe of de best practice bepaling;

[243] Vgl. Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, te raadplegen via ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm alsmede Europese Commissie, Green paper on the EU Corporate Governance Framework, 5 april 2011, COM(2011)164 final, p. 18/19.
[244] Vgl. R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 3.
[245] Vgl. Europese Commissie, Green paper on the EU Corporate Governance Framework, 5 april 2011, COM(2011)164 final, p. 18 en R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 3. Anders: P. Frentrop, 'Tijd om de Code op te heffen', *nieuwsbrief Nyenrode Corporate Governance Instituut*, oktober 2012. Frentrop is van mening dat er sprake is van een volwassen dialoog tussen beursvennootschappen en gelouterde aandeelhouders.
[246] Vgl. art. 2:393 lid 3 en 5 BW.
[247] Aanbeveling van de Europese Commissie van 9 april 2014 over de kwaliteit van de rapportage over corporate governance („pas toe of leg uit"), 2014/208/EU, in het bijzonder afdeling III: Kwaliteit van de toelichting in geval van een afwijking van een code, art. 7-10. Zie hierover J.G.C.M. Galle, 'Europese Commissie geeft meer guidance over gebruik comply or explain principe in "Aanbeveling over de kwaliteit van de rapportage over corporate governance"', *Ondernemingsrecht* 2014/148.
[248] Vergelijk al eerder Europese Commissie, Green paper on the EU Corporate Governance Framework, 5 april 2011, COM(2011)164 final, p. 19: "It would indeed seem appropriate to require that companies not only disclose the reasons for departure from a given recommendation, but also give a detailed description of the solution applied instead."

ii. de redenen voor afwijking;
iii. indien de afwijking tijdelijk is en langer dan één boekjaar duurt, wordt aangegeven wanneer de vennootschap voornemens is het principe of de best practice bepaling weer na te leven; en
iv. in voorkomend geval, een beschrijving van de alternatieve maatregel die is genomen en een uiteenzetting hoe die maatregel de doelstelling van het principe respectievelijk de best practice bepaling bereikt, of een verduidelijking hoe de maatregel bijdraagt tot een goede corporate governance van de vennootschap."

Het is afwachten of deze toelichting een gedragswijziging bij het bestuur, en in het geval van een two-tier structuur ook de RvC, van beursvennootschappen teweegbrengt zodanig dat een afwijking van een Codebepaling in de toekomst in alle gevallen 'inhoudelijk en inzichtelijk' wordt gemotiveerd. Ook blijft de controle daarvan een aandachtspunt.

(v) Ten slotte stond enkele jaren geleden de zelfregulering op basis van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in Nederland enigszins onder druk.[249] Dit uitte zich in het codificeren van bepalingen uit de Corporate Governance Code. In dit verband kan worden gewezen op de wettelijke regelingen voor 'claw back' van variabele bestuurdersbeloningen, de limitering van het aantal toezichthoudende functies en een streefcijfer voor het aantal vrouwelijke bestuurders en commissarissen. Beide laatstgenoemde bepalingen maken overigens onderdeel uit van onderhavig onderzoek naar de evaluatie van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. De vorige voorzitter van de Monitoring Commissie, J.B.M. Streppel, sprak in dit verband van 'cherry picking' door de wetgever.[250] De kritiek op de wetgever was dat deze tot codificatie van bepaalde Codebepalingen overging zonder de naleving ervan via zelfregulering voldoende tijd te gunnen. Daar kan tegenin worden gebracht dat in de ogen van de Monitoring Commissie een gemotiveerde afwijking van een Codebepaling geldt als naleving, terwijl de wetgever bij de genoemde onderwerpen kennelijk geen afwijkingen (meer) wilde toestaan. Voor de wetgever was klaarblijkelijk een hoog nalevingspercentage onvoldoende.[251] Overigens doet deze redenering geen opgeld bij de streefcijferregeling, omdat daarbij het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de wet is overgenomen en een afwijking, mits goed uitgelegd, wel is toegestaan.
In dit verband kan er ten slotte nog op worden gewezen dat bij de recente wijziging van de Corporate Governance Code van 8 december 2016 in geval van overlap of strijdigheid

[249] Vgl. D F.G.K. Overkleeft, 'De Code in de crisis: het derde nalevingsrapport van de Corporate Governance Code (2011)', *Vennootschap & Onderneming* 2012-2, p. 23 en A.A. Bootsma, 'Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code: waarheen leidt de weg?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/29, par. 2.4.
[250] Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2011, p. 5. Te raadplegen via: www.mccg.nl.
[251] Zie over deze discussie: D.F.G.K. Overkleeft, 'De Code in de crisis: het derde nalevingsrapport van de Corporate Governance Code (2011)', *Vennootschap & Onderneming* 2012-2, p. 23/24.

tussen een Codebepaling en een wettelijke bepaling de desbetreffende Codebepaling geheel of gedeeltelijk uit de Code is geschrapt.[252]

6.2.5 Doeltreffendheid van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel in de Corporate Governance Code

Het bestuur, en in het geval van een two-tier structuur ook de RvC, van een beursvennootschap is samen met haar aandeelhouders verantwoordelijk voor een goede corporate governance. Door in een instrument van zelfregulering onderwerpen van corporate governance te regelen inclusief de keuze voor toepassing van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel, moeten er op het genoemde terrein door de ondernemingsleiding keuzes worden gemaakt die zijn toegespitst op de desbetreffende beursvennootschap. De keuze behelst het toepassen van een bepaalde Codebepaling of het hiervan gemotiveerd afwijken. Het maken van deze keuze doet een beroep op de verantwoordelijkheid van de ondernemingsleiding te beslissen welke corporate governance praktijken het beste bij de desbetreffende beursvennootschap passen.[253] Een dergelijk systeem met een ruime keuzevrijheid is echter slechts effectief indien er een goed werkend handhavingsmechanisme aanwezig is. Aan deze voorwaarde wordt niet in alle gevallen voldaan. De in par. 6.2.4 genoemde aandachtspunten zijn hiervoor illustratief. Het is vooral de vraag of aandeelhouders te allen tijde genegen zijn dan wel in staat zijn een goede motivering van een afwijking van een Codebepaling door de ondernemingsleiding af te dwingen.[254]

---

[252] Vgl. preambule van de Nederlandse Corporate Governance Code van 8 december 2016, p. 7/8, te raadplegen via: www.commissiecorporategovernance.nl/download/?id=3364. Zie ook Charles Honée, 'Corporate governance, een vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2016/67, par. 3.4.

[253] Vgl. Europese Commissie, Green paper on the EU Corporate Governance Framework, 5 april 2011, COM(2011)164 final, p. 18: "… it allows companies to adapt their corporate governance practices to their specific situation … It is also thought to make companies more responsible by encouraging them to consider whether their corporate governance practices are appropriate …".

[254] Vgl. H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, Onderdeel: *Kwaliteit van uitleg*, deel uitmakend van het onderzoek naar: Corporate governance in Nederland: De wijze en mate van naleving en toepassing van de principes en best practices van de Nederlandse corporate governance code door de Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen in het boekjaar 2010, alsmede de redengeving van eventuele afwijkingen, d.d. 4 november 2011, te raadplegen via www.mccg.nl/rapport-2011. In voornoemd rapport heeft een analyse van de kwaliteit van uitleg plaatsgevonden voor wat betreft vijf best practice bepalingen waarbij het vaakst uitleg voor niet-toepassing wordt gegeven. Uit dit onderzoek bleek dat het nogal eens schort aan een zorgvuldige en deugdelijke motivering van een afwijking van een Codebepaling.

6.3 Verschillen tussen wetgeving in formele zin en regelgeving via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel

6.3.1 Niveau van naleving

Er is sprake van naleving van een Codebepaling indien een beursvennootschap deze toepast of deze niet toepast en de afwijking deugdelijk motiveert. Bij een afwijking van een Codebepaling is het uiteindelijk de AV die bepaalt of deze afwijking en de motivering hiervan getuigt van een goede corporate governance. Anders gezegd, het is de AV die een oordeel geeft over de materiële naleving van de Corporate Governance Code en het eventueel verbinden van consequenties aan een niet-correcte naleving; zie par. 6.2.4.

De bij de naleving van een Codebepaling geboden keuzevrijheid en de daarbij behorende verantwoordelijkheid[255] ontbreken bij de naleving van bepalingen die zijn opgenomen in formele wetgeving. Het begrip naleving ziet hier op het strikt toepassen van de desbetreffende wettelijke bepaling.[256] Alleen indien de wet daartoe de mogelijkheid biedt mag worden afgeweken van een wettelijke bepaling en dan alleen in de door de wet aangegeven zin. Door de wetgever enerzijds en de Monitoring Commissie anderzijds wordt daarom een verschillende betekenis toegekend aan het begrip naleving. [257] Dit is in par. 6.2.1 en par. 6.2.4 al kort aan de orde geweest.

6.3.2 Niveau van handhaving

Handhaving van de naleving van Codebepalingen door beursvennootschappen vindt plaats op verschillende niveaus.

In de eerste plaats heeft de externe accountant hierbij een rol. Hij gaat na of in het bestuursverslag een mededeling is opgenomen over de naleving van de Code als voorgeschreven in art. 2:391 lid 5 BW. Is dit niet het geval of voldoet de opgenomen

[255] Vgl. J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *'Willems' wegen: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems*, Van der Heijden reeks nr. 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 463 en Europese Commissie, Green paper on the EU Corporate Governance Framework, 5 april 2011, COM(2011)164 final, p. 18.

[256] Bier neemt daarentegen als criterium voor het onderscheid tussen wet en Corporate Governance Code aan in hoeverre bepalingen in de tijd aan verandering onderhevig zijn. Bepalingen die vast niet zullen veranderen kunnen in de wet worden geregeld, terwijl bepalingen die in het licht van veranderende maatschappelijke inzichten kunnen wijzigen, in de Code opgenomen moeten blijven. Vgl. B. Bier, '(De)coderen of legaliseren?', *nieuwsbrief Nyenrode Corporate Governance Instituut*, november 2012.

[257] Vgl. D F.G.K. Overkleeft, 'De Code in de crisis: het derde nalevingsrapport van de Corporate Governance Code (2011)', *Vennootschap & Onderneming* 2012-2, p. 23. Overkleeft wijst in dit verband op het bepaalde in het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag, *Stb.* 2004, 747, zoals laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 22 december 2016 (Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid), *Stb.* 2016, 559) waarin het woord naleven juist alleen ziet op de gevallen waarin de vennootschap een best practice-bepaling strikt toepast. Zie ook over het verschil tussen wet en Code A.A. Bootsma, 'Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code: waarheen leidt de weg?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/29, par. 3.

mededeling niet aan de wettelijke gestelde eisen, dan is de externe accountant verplicht dit te vermelden in zijn accountantsverklaring; art. 2:393 lid 5 BW. Is een mededeling opgenomen in het bestuursverslag, dan controleert de externe accountant of deze mededeling is opgesteld overeenkomstig het Besluit inhoud bestuursverslag en met de jaarrekening verenigbaar is; art. 2:393 lid 3 BW jo. art. 3c Besluit inhoud bestuursverslag.[258] De accountant geeft hier slechts een oordeel over de formele naleving van de Corporate Governance Code. Verder is het op basis van genoemde bepalingen de taak van de accountant te onderzoeken of het bestuursverslag in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden omvat. Er is echter geen sprake van een los van de controle van de jaarrekening staande onderzoeksplicht voor de accountant naar de materiële juistheid van de in het bestuursverslag opgenomen corporate governance-mededelingen.

Ook is er een rol weggelegd voor de AFM. De AFM houdt op basis van de Wet toezicht financiële verslaggeving (Wtfv)[259] toezicht op de naleving van de verslaggevingsvoorschriften door beursvennootschappen[260] en toetst in dat kader of in het bestuursverslag een mededeling over de naleving van de Corporate Governance Code is opgenomen.[261] Er is sprake van toezicht door de AFM op de formele naleving van de Corporate Governance Code; van een inhoudelijke toetsing in de zin dat wordt nagegaan of de mededeling blijk geeft van een goede corporate governance bij de desbetreffende vennootschap is geen sprake.[262]
Het ontbreken van een motivering van een afwijking van een Codebepaling in het bestuursverslag kan leiden tot een jaarrekeningprocedure. Onder dergelijke omstandigheden kan de AFM de Ondernemingskamer op grond van art. 3 lid 2 Wtfv en

[258] Art. 3c Besluit inhoud bestuursverslag, zoals gewijzigd door het Besluit van 29 augustus 2017 tot wijziging van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (*Stb.* 747), *Stb.* 2017, 332.
[259] Wet van 28 september 2006, houdende regels inzake het toezicht op en de handhaving van de voorschriften voor financiële verslaggeving van effectenuitgevende instellingen alsmede tot wijziging van enige wetten (Wet toezicht financiële verslaggeving), *Stb.* 2006, 569. Laatstelijk gewijzigd door de Implementatiewet wijziging richtlijn transparantie van 23 december 2015, *Stb.* 2016, 31.
[260] Vgl. www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/effectenuitgevende-ondernemingen/financiele-verslaggeving/jur-kader-brieven.
[261] Vgl. art. 2a Vaststellingsbesluit nadere voorschriften inhoud bestuursverslag jo. art. 2:391 lid 5 BW.
[262] Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 336, nr. 3, p. 14/15: "De AFM toetst of de beursgenoteerde vennootschap een mededeling inzake de corporate governance in het jaarverslag (thans bestuursverslag; JNSV) heeft opgenomen (aanwezigheidstoets) en of de inhoud van deze mededeling consistent is met de inhoud van de rest van het jaarverslag en van andere openbare informatie (consistentietoets). De AFM toetst dus of de inhoud van de mededeling consistent is, maar niet of de inhoud van de mededeling inzake corporate governance inhoudelijk juist is of naar het inzicht van de AFM blijk geeft van goede corporate governance. Dat is de verantwoordelijkheid van de AvA." Vgl. J.W. Winter, 'Corporate governance handhaving in de VS, EU en Nederland', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 636 en J. Dinant, Comply or explain; Publiekrechtelijk toezicht op de naleving van de Code Tabaksblat, Tijdschrift voor Jaarrekeningrecht 2007/4, p. 66-71.

art. 2:448 lid 2 en 2:452 BW verzoeken de beursvennootschap te verplichten corrigerende mededelingen openbaar te maken.[263]

Ten slotte kan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad worden afgeleid dat de in de Corporate Governance Code neergelegde inzichten over corporate governance een bron van rechtsregels in de zin van verbindende regels kunnen zijn; zie par. 6.2.2. Zij kunnen als zodanig een rol vervullen bij de uitleg van open normen als de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en de behoorlijke taakvervulling van art. 2:9 BW. In die zin kan het niet-naleven van een Codebepaling juridische gevolgen hebben en – op een indirecte wijze – aan de orde komen in een gerechtelijke procedure zoals de enquêteprocedure.

Aan de niet-naleving van een bepaling van formele wetgeving kunnen verschillende sancties verbonden zijn. Een greep uit het arsenaal aan sancties in het vennootschapsrecht laat het volgende beeld zien.[264] Bij een besluit van een vennootschapsorgaan dat strijdig is met een wettelijke bepaling is sprake van een nietig of vernietigbaar besluit. De niet-naleving van een wettelijke bepaling kan leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders. Het kan hierbij gaan om een externe dan wel een interne aansprakelijkheid. De sanctie op het in strijd met een vennootschapsrechtelijk voorschrift verrichten van een bepaalde rechtshandeling varieert van absolute en relatieve nietigheid van de rechtshandeling tot vernietigbaarheid van de rechtshandeling ten behoeve van de vennootschap. De niet-naleving door een aandeelhouder van een dwingendrechtelijke bepaling kan zijn gesanctioneerd met het opschorten van (bepaalde) aandeelhoudersrechten. Op al deze sancties kan – op een directe wijze – in rechte een beroep worden gedaan.

Toegespitst op het onderwerp van dit deelonderzoek is de sanctie op het niet naleven van de wettelijke limiteringsregeling een nietige benoeming. Dit betekent dat indien een persoon het maximumaantal (twee respectievelijk vijf) commissariaten of toezichthoudende functies bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting heeft bereikt, het gevolg daarvan is dat de volgende benoeming van die persoon tot bestuurder respectievelijk commissaris/niet-uitvoerende bestuurder/toezichthouder bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting nietig is.
Omdat de betrokkenheid van een nietig benoemde bestuurder respectievelijk commissaris/niet-uitvoerende bestuurder/toezichthouder bij de besluitvorming van het desbetreffende orgaan vergaande gevolgen kan hebben voor de rechtsgeldigheid van genomen besluiten, vooral indien de betrokkene een doorslaggevende stem heeft gehad bij de besluitvorming, is bepaald dat de nietigheid van de benoeming vanwege het

[263] Vgl. M.J.G.C. Raaijmakers en G. van der Sangen, 'Beleggersbescherming tussen Wft en NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2015/112, p. 568-578.
[264] Zie voor een overzicht H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De tanden van het vennootschapsrecht; een eerste verkenning van het sanctiearsenaal', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2012, aflevering 2, p. 51-73.

bereiken van het maximumaantal commissariaten of toezichthoudende functies geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.[265]
Aangenomen mag worden dat de nietigheid van de benoeming vanwege overtreding van de limiteringsregeling evenmin gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de door de pseudo-bestuurder namens de rechtspersoon verrichte vertegenwoordigingshandelingen.[266] Derden te goeder trouw worden tegen een onjuiste inschrijving van een persoon als bestuurder in het handelsregister beschermd ex art. 2:6 lid 3 BW jo. art. 25 lid 3 Hregw 2007.[267]

6.4 Eventuele toepassing van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel bij de limiteringsregeling

6.4.1 Inleiding

De limiteringsregeling betreffende toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen is neergelegd in een wettelijke bepaling. De wetgever is er daarmee van uitgegaan dat de limiteringsregeling strikt wordt toegepast. Alleen indien de wet daartoe de mogelijkheid biedt mag worden afgeweken van de limiteringsregeling en dan alleen maar in de door de wet aangegeven zin.
De eerste door de wet toegestane uitzondering op de limiteringsbepaling is dat benoemingen bij verschillende grote NV's, BV's of commerciële/semipublieke stichtingen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW, tellen als één functie. De tweede uitzondering is dat een tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 of art. 2:356 sub c BW niet meetelt.

Er zijn stemmen opgegaan dat de wettelijke limiteringsregeling te rigide zou zijn en dat via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel hierop verdere uitzonderingen zouden moeten worden toegestaan.[268] In het bijzonder wordt hierbij gewezen op de dubbeltelling van de functie van voorzitter van het toezichthoudende orgaan en op de beroepscommissaris.

---

[265] Zie art. 2:132a lid 3, 2:242a lid 3, 2:142a lid 3, 2:252a lid 3, 2:297a lid 4 en 2:297b lid 3 BW.
[266] Vgl. E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013, nr. 247.1.
[267] De basis hiervoor kan worden gevonden in art. 9 eerste EEG-richtlijn (daarna: art. 10 Richtlijn 2009/101/EG; thans gecodificeerd in art. 9 Richtlijn 2017/1132/EU). Gebreken in het benoemingsbesluit van personen die bevoegd zijn de kapitaalvennootschap te verbinden kunnen niet worden tegengeworpen aan derden.
[268] Nationaal Register, *WBT: meer maatwerk is noodzakelijk – Analyse Effecten Wet Bestuur en Toezicht*, Den Haag september 2015, ISBN 978-90-79301-16-4 en Goos Minderman (een van de auteurs van het essay van het Nationaal Register) in het Financieele Dagblad van 12 september 2016: 'Versoepel maximum voor aantal voorzitterschappen van raad van toezicht'. Overigens bepleit laatstgenoemde auteur in het FD-artikel slechts een versoepeling voor de voorzittersfunctie.

Het voorstel het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel toe te passen bij de limiteringsregeling is geopperd in het in 2015 verschenen essay van het Nationaal Register: 'WBT: meer maatwerk is noodzakelijk'.[269] Een analyse van het door het Nationaal Register verrichte onderzoek is opgenomen in par. 7.2 van dit deelonderzoek. Er zijn verschillende opties om het voorstel van het Nationaal Register te realiseren.

(i) De eerste optie is om de limiteringsregeling in zijn geheel te schrappen uit Boek 2 BW en op te nemen in een instrument van zelfregulering dat van toepassing zou moeten zijn op alle grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Vervolgens moeten de desbetreffende rechtspersonen in het jaarlijkse bestuursverslag aangeven of zij de limiteringsregeling al dan niet toepassen. Is dat niet het geval dan moet de afwijking deugdelijk worden gemotiveerd.
Afgezien van de vraag of het wenselijk is de limiteringsregeling op te nemen in een instrument van zelfregulering, is deze optie moeilijk uitvoerbaar vanwege het feit dat er geen instrument van zelfregulering voorhanden is voor alle grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Het is ook niet waarschijnlijk dat dit instrument er komt gelet op het ontbreken van een gemeenschappelijke noemer bij deze rechtspersonen. Er zijn wel afzonderlijke governance codes voor bepaalde sectoren, zoals de Nederlandse Corporate Governance Code 2016, de Governancecode Woningcorporaties 2015 en de Governancecode Zorg 2017. In deze codes zou een limiteringsregeling voor beursvennootschappen respectievelijk voor in deze sectoren werkzame grote stichtingen kunnen worden opgenomen. Er bestaat echter geen afzonderlijke code voor (grote) NV's en BV's. Deze optie is daarom alleen uitvoerbaar indien het toepassingsgebied van de limiteringsregeling wordt ingeperkt tot beursvennootschappen en semipublieke stichtingen, omdat voor deze entiteiten instrumenten van zelfregulering voorhanden zijn. Aangezien een dergelijke inperking niet lijkt te worden beoogd, liggen andere opties meer voor de hand.

(ii) Een tweede optie is beide uitzonderingen als zodanig op te nemen in de wettelijke limiteringsregeling. De bepaling dat een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt kan worden geschrapt, zodat ook voor voorzitters de hoofdregel geldt dat zij maximaal vijf toezichtfuncties mogen vervullen. Hiermee wordt echter miskend dat de rol van een voorzitter in beginsel meer tijd vergt dan het zijn van lid van een toezichthoudend orgaan (zie par. 2.4.4). Illustratief is verder dat in het wetgevingsproces van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv een amendement dat ertoe strekte de dubbeltelling van het voorzitterschap van het toezichthoudende orgaan ongedaan te maken, niet werd aangenomen mede gelet op de aanzienlijke belasting die een voorzittersfunctie met zich brengt.

[269] Nationaal Register, *WBT: meer maatwerk is noodzakelijk – Analyse Effecten Wet Bestuur en Toezicht*, Den Haag september 2015, ISBN 978-90-79301-16-4.

Bij het formuleren van een uitzondering voor de beroepscommissaris doemen ook enkele aandachtspunten op. Het eerste is het opstellen van een werkbare definitie van het begrip 'beroepscommissaris'. In het essay van het Nationaal Register wordt de beroepscommissaris gedefinieerd als iemand zonder hoofdfunctie die zijn/haar beroep maakt van commissariaten of toezichthouderschappen.[270] Het is de vraag of deze omschrijving voldoende onderscheidend is. Een volgend aandachtspunt is dat in de wettelijke bepaling een maximumaantal toezichtfuncties moet worden opgenomen dat door een beroepscommissaris mag worden vervuld. Dit maximumaantal moet aansluiten bij de beschikbare tijdsbesteding van een beroepscommissaris. Het is de vraag of dit gedekt wordt met het stellen van een maximumaantal van zes, zeven of acht toezichthoudende functies (zie par. 6.4.3).

(iii) Vandaar dat hier een laatste optie wordt besproken die inhoudt dat de wettelijke limiteringsregeling in stand wordt gelaten, en dat voor de twee genoemde situaties een uitzondering wordt toegestaan via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel. Dit houdt in dat wanneer een rechtspersoon bij het benoemen van een persoon tot voorzitter van het toezichthoudende orgaan kiest voor een persoon die al twee van dergelijke voorzitterschappen vervult of bij het benoemen van een commissaris, een niet-uitvoerende bestuurder of een toezichthouder kiest voor een beroepscommissaris die al vijf toezichtfuncties vervult, deze benoeming rechtsgeldig is, maar de rechtspersoon de benoeming van deze persoon dient te verantwoorden in het bestuursverslag als zijnde een afwijking van de limiteringsregeling. De desbetreffende rechtspersoon maakt daarbij bijvoorbeeld inzichtelijk dat het gaat om een persoon die uitermate geschikt is om voorzitter te zijn van een toezichthoudend orgaan en die aantoonbaar voldoende tijd beschikbaar heeft voor een derde (of wellicht vierde) voorzitterschap dan wel dat het een beroepscommissaris betreft die aantoonbaar voldoende tijd beschikbaar heeft voor een zesde (of wellicht zevende of achtste) toezichtfunctie.

6.4.2 Voorzitter van het toezichthoudende orgaan

In deze paragraaf wordt onderzocht of er voldoende aanleiding is een uitzondering toe te staan op de hoofdregel dat een persoon maximaal twee voorzitterschappen van een toezichthoudend orgaan mag vervullen.

Wetsgeschiedenis

Tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel voor de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b is een amendement ingediend om de dubbeltelling van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan ongedaan te maken (zie par. 2.4.4). De

[270] Nationaal Register, *WBT: meer maatwerk is noodzakelijk, Analyse Wet Bestuur en Toezicht*, 2015.

indieners wilden met dit amendement bewerkstelligen dat voldoende capabele mensen zich beschikbaar kunnen blijven stellen voor een dergelijk voorzitterschap.[271]
In reactie daarop wees de initiator van de limiteringsregeling, Tweede Kamerlid Irrgang, er op dat de tijdsbesteding van een voorzitter niet te vergelijken valt met die van een gewoon lid.[272] Dat was ook de gedachte achter de overeenkomstige bepaling in de opeenvolgende Corporate Governance Codes. Het ongedaan maken van de dubbeltelling zou daarmee voorbij gaan aan de aanzienlijke belasting die het voorzitterschap met zich brengt.
Daarop wezen de indieners er op dat de verdubbeling geen automatisme mag zijn, omdat de tijdsbesteding van de voorzitter afhangt van de wijze waarop in een toezichthoudend orgaan wordt geopereerd. Verder speelde voor hen een rol dat het Nederlandse bedrijfsleven ten gevolge van de limiteringsregeling problemen zou hebben om voorzitters van raden van commissarissen te krijgen. Hieraan zou mede debet zijn dat de beperking tot twee voorzitterschappen per persoon tot gevolg zou hebben dat de beloning voor de voorzittersfunctie omhoog gaat.[273]
Nadat de Minister van Veiligheid en Justitie het amendement ontraadde, waarbij hij niet alleen op het reparatiekarakter van het wetsvoorstel wees, maar tevens op het feit dat aanname ervan een afwijking en afzwakking ten opzichte van de aan de limiteringsregeling ten grondslag liggende Corporate Governance Code zou betekenen,[274] werd het amendement door de Tweede Kamer verworpen (zie par. 2.4.4).

Onderzoek Nationaal Register[275]
Uit een enquête gehouden door het Nationaal Register onder aangesloten toezichthouders en commissarissen (zie hierover par. 7.2) volgt dat 69% van de respondenten het terecht vindt dat de voorzittersrol dubbel telt. Daarentegen meent 43% dat er ruimte moet komen voor goede voorzitters om meer dan twee toezichthoudende organen voor te zitten; 38% van de respondenten is daar tegen (essay, p. 33).

Uit figuur 12 (essay, p. 72) blijkt dat de stelling: "De dubbeltelling van een voorzitter is te rigide: goede voorzitters moeten vaker dan twee keer voorzitter kunnen zijn.", een score van 3.06 krijgt op een schaal van 1 tot 5.[276] Deze score ligt dicht tegen 'neutraal' aan. De stelling: "De dubbeltelling van een voorzitter is terecht: het neemt veel meer tijd in beslag.", krijgt echter een hogere score, namelijk 3.57 op een schaal van 1 tot 5. Deze score gaat richting 'mee eens'. Beide scores op tegengestelde stellingen lijken niet goed met elkaar te rijmen.

[271] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 15.
[272] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 5.
[273] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 8 en p. 17/18
[274] *Kamerstukken II* 2011/12, 32 873, nr. 22 (Verslag II), p. 21.
[275] Nationaal Register, *WBT: meer maatwerk is noodzakelijk – Analyse Effecten Wet Bestuur en Toezicht*, Den Haag september 2015, ISBN 978-90-79301-16-4.
[276] 1 = sterk mee oneens; 2 = mee oneens; 3 = neutraal; 4 = mee eens; 5 = sterk mee eens.

Voorgaande gegevens worden in hoofdstuk 4 van het essay (p. 33) gepresenteerd onder het kopje: "De dubbeltelling van de voorzitter leidt tot kwaliteitsverlies". De onderzoekers zijn van mening dat deze tekst nogal tendentieus is; met deze gevolgtrekking worden de resultaten van de gehouden enquête niet weerspiegeld.

Interviews met experts uit de executive search branche

Voor de evaluatie van de limiteringsregeling zijn acht ervaren experts uit de executive search branche geïnterviewd. De resultaten zijn opgenomen in par. 7.4 van dit deelonderzoek. Daar vindt u ook een nadere toelichting op de gevolgde onderzoeksmethode. In deze interviews is de rol van de voorzitter van een toezichthoudend orgaan ook aan de orde gekomen. Het beeld dat uit de interviews naar voren komt is dat de complexiteit van de voorzittersfunctie is toegenomen, mede door de steeds zwaardere eisen die aan het toezicht worden gesteld. De rol van de voorzitter is zeer belangrijk voor het functioneren van een toezichthoudend orgaan. Dit geldt uiteraard vanwege de standaard-verantwoordelijkheden van de voorzitter, zoals het formuleren van de agenda, het sturen van het groepsproces en de brugfunctie naar de bestuurders. Daarnaast wordt echter van een toezichthoudend orgaan verwacht dat dit als 'sparringpartner' fungeert voor het uitvoerende orgaan, waarbij het van groot belang is dat de voorzitter een uitgebreide en recente ervaring heeft in een soortgelijke, of liefst zwaardere, uitvoerende functie. Daar komt bij dat niet iedereen met bestuurlijke ervaring ook een goede toezichthouder is. Het liefst worden daarom personen geselecteerd met bewezen ervaring in toezichtfuncties die de potentie hebben een goede voorzitter te zijn. Dit maakt dat de spoeling van kwalitatief goede voorzitters dun is. Dit lijkt verder gestimuleerd te worden door de limiteringsregeling. Goede voorzitters mogen immers nog maar één andere voorzittersfunctie vervullen.
De conclusie uit de gehouden interviews is dat vooral bij de grootste entiteiten, zoals de AEX-vennootschappen, vacatures voor een voorzittersfunctie lastig zijn op te vullen. Het is echter niet duidelijk of dit een directe consequentie is van de limiteringsregeling of enkel of mede een effect is van de hogere eisen die aan deze functie worden gesteld (zie hierover uitgebreider par. 7.4.4).

Gegevens Kamer van Koophandel

De Kamer van Koophandels registreert of een persoon bestuurder (functiecode 20) of commissaris (functiecode 30) van een rechtspersoon is. Uit de gegevens van de Kamer van Koophandel blijkt daarom wel dat een persoon lid is van een toezichthoudend orgaan, maar niet dat hij de voorzittersrol vervult. Vandaar dat op basis van de door de Kamer van Koophandel verstrekte data niet is na te gaan hoe groot het percentage personen is dat twee (of meer) voorzitterschappen van een RvC, one-tier board of toezichthoudend orgaan bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen

vervult eventueel gecombineerd met (een) 'gewone' toezichtfunctie(s) bij dergelijke rechtspersonen.

Is er aanleiding voor schrapping dubbeltelling voorzitterschappen?
Een voorstander van versoepeling van het maximumaantal voorzitterschappen van toezichthoudende organen is Minderman.[277] Ook hij is overtuigd van de zwaarte van de functie van voorzitter. In een FD-artikel[278] schrijft hij daarover het volgende:

> "Alle onderzoeken die naar voorzitters zijn gedaan, tonen de cruciale rol aan die de voorzitter speelt binnen de governance van instellingen. De voorzitter bepaalt in hoge mate de ruimte van de toezichthouders, geeft het meest concreet vorm aan de balans tussen toezicht en bestuur, en is ook betrokken bij interne en externe stakeholders.
> De voorzitter is verantwoordelijk voor de kwaliteit van het toezicht binnen de instelling en kan daarover in externe gremia – inspecties – verantwoording afleggen. Hij of zij voert ook het personeelsbeleid binnen de raad, stimuleert reflectie en deskundigheidsbevordering en leidt het proces van werving en selectie. Hij of zij is verder de spreekbuis van de raad. De eisen aan voorzitters liggen dan ook veel hoger dan die aan andere leden van de raad van toezicht."

Niettemin pleit Minderman voor het versoepelen van de norm voor voorzitters. Dit is vooral ingegeven door de veronderstelling dat raden van toezicht moeite hebben goede voorzitters te vinden. Door de dubbeltelling zou het benoemingsproces te zeer worden beperkt. Minderman pleit daarom voor het terugbrengen van de wegingsfactor van 2 naar 1.5, wat feitelijk neerkomt op een maximum van drie voorzitterschappen.[279]

De vraag of er aanleiding is voor schrapping van de dubbeltelling van voorzitterschappen is vrij lastig te beantwoorden. Een ieder lijkt overtuigd te zijn van de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie. Dit was ook een van de redenen dat een amendement dat ertoe strekte de dubbeltelling te schrappen door de Tweede Kamer niet werd aangenomen (zie par. 2.4.4). Ook kan deze conclusie – zij het met enige aarzeling – worden getrokken uit de enquête gehouden onder de bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders. Het voorgaande pleit voor een zwaardere weging van de functie van voorzitter in vergelijking met die van een gewoon lid

[277] Goos Minderman is hoogleraar Public Governance en Public Law aan de VU alsmede toezichthouder.
[278] Goos Minderman, 'Versoepel maximum voor aantal voorzitterschappen van raad van toezicht', *FD* van 12 september 2016.
[279] Hierbij kan de kanttekening worden geplaatst dat gelet op de functie die Minderman vervult – hoogleraar Public Governance en Public Law – het kan zijn dat zijn opvatting vooral ziet op semipublieke instellingen.

De constatering dat de dubbeltelling ertoe leidt dat vacatures voor voorzittersfuncties moeilijk zijn te op te vullen lijkt alleen op te gaan voor de allergrootste entiteiten – het topje van de piramide – zo volgt uit de interviews met de experts uit de executive search branche. De limiteringsregeling blijkt daarvoor echter maar één van de relevante aspecten te zijn. Genoemde experts noemden daarnaast de volgende factoren:
(i) Relevant is dat er hoge eisen worden gesteld aan de persoon die een voorzittersfunctie gaat vervullen (zie par. 7.4.5). Vooral de eis dat deze persoon een uitgebreide en recente ervaring heeft op een hoog bestuursniveau, gecombineerd met de eis van bewezen ervaring in toezichtfuncties, maakt dat weinig personen geschikt zijn deze functie te vervullen.
(ii) Een andere ontwikkeling die het aanbod verkleint is dat het moeilijk is bestuurders te vinden die door hun eigen RvC/RvT in staat worden gesteld om elders een voorzittersfunctie in een RvC/RvT te aanvaarden. De gedachte daarachter is dat bestuursfuncties op het hoogste niveau al zoveel tijd en energie vergen dat dit niet gecombineerd kan worden met een voorzittersfunctie van een RvC/RvT.
(iii) Ten slotte komt uit de interviews met de experts uit de executive search branche naar voren dat er tegenstrijdige interpretaties bestaan over de mogelijkheden van het combineren van een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon. De interpretaties variëren: (a) het is een mogelijkheid, (b) het is een onmogelijkheid, en (c) het is een kwestie van volgtijdelijkheid. Volgens deze laatste (en juiste; zie par. 3.2) interpretatie is het wel mogelijk om als bestuurder een voorzitterschap van een RvC/RvT te accepteren, maar is dit vice versa niet het geval. Indien een persoon eenmaal is benoemd tot voorzitter van een RvC/RvT kan hij geen bestuursfunctie accepteren. Afhankelijk van de interpretatie is de poule van kandidaten voor het voorzitterschap kleiner of groter.

Het voorgaande brengt mee dat alleen bij een klein deel van de markt, te weten de allergrootste entiteiten, de dubbeltelling van de voorzittersfunctie mogelijk voor enige, maar geen acute, rekruteringsproblemen zorgt (zie par. 7.4.4 en 7.4.5). Gelet op het feit dat er algemene overeenstemming bestaat over de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie, zien de onderzoekers in deze rekruteringsproblemen geen aanleiding voor een gelijkschakeling van de wegingsfactor van de functie van gewoon lid en die van voorzitter van een toezichthoudend orgaan. Voor het bieden van enige ruimte tot oplossing van de geconstateerde rekruteringsproblemen kan worden gedacht aan een versoepeling van de regeling voor voorzitters. Het terugbrengen van de wegingsfactor van 2 naar 1.5, waardoor een combinatie van drie voorzitterschappen mogelijk wordt, achten de onderzoekers daarvoor een optie. Hiertegen pleit dat (een deel van) de rekruteringsproblemen zich concentreren op een segment van de markt, te weten de grootste beursvennootschappen, waar de dubbeltelling van de voorzittersfunctie al lange tijd de norm is. Niet alleen was de dubbeltelling al in de Corporate Governance

Code uit 2003 opgenomen (zie par. 2.1), maar ook hanteren de zogenoemde 'proxy advisors' bij beursvennootschappen deze norm bij de voordracht van kandidaten voor een voorzittersfunctie (zie par. 7.4.3). Deze argumenten boeten echter aan kracht in vanwege de volgende twee omstandigheden. Ten eerste liet de Codebepaling uitzonderingen op de dubbeltelling toe, mits deze deugdelijk werden gemotiveerd in het bestuursverslag ('pas-toe-of-leg-uit'). Ten tweede gold deze Codebepaling niet voor de allergrootste entiteiten in de semipublieke sector; in deze sector spelen de adviezen van 'proxy advisors' ook geen rol.
Alle argumenten afwegend menen de onderzoekers dat er aanleiding is voor een versoepeling van de regeling voor voorzitters in die zin dat de wegingsfactor van 2 naar 1.5 wordt teruggebracht, zodat een persoon drie voorzittersfuncties kan vervullen. Voor deze persoon vervalt de mogelijkheid daarnaast toezichtfuncties te vervullen bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting (immers drie voorzittersfuncties staan gelijk aan 4.5 toezichtfuncties). In specifieke situaties kan de lagere wegingsfactor van 1.5 meer ruimte bieden bij de benoeming van een voorzitter. De versoepeling zal naar verwachting over het geheel bezien nauwelijks tot grote verschuivingen leiden gelet op het feit dat de tijdsbesteding van toezichthouders bij zowel de rekrutering als de zelfevaluaties een belangrijke rol speelt.

Verder doen de onderzoekers de aanbeveling de tekst van art. 2:132a/2:242a lid 1 onder b en art. 2:297a lid 2 onder b BW zodanig te wijzigen dat de volgtijdelijkheid van de benoeming tot voorzitter respectievelijk tot bestuurder niet (meer) beslissend is voor de vraag of een dergelijke benoeming al dan niet nietig is vanwege schending van de limiteringsregeling. Op grond van het bepaalde in de genoemde wetsartikelen kan iemand die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan, niet tot bestuurder worden benoemd, terwijl de omgekeerde situatie: een bestuurder wordt benoemd tot voorzitter van een toezichthoudend orgaan, niet door de wettekst wordt geraakt. Het betreft hoogstwaarschijnlijk een onbedoeld gevolg van de gekozen formulering. In beide situaties is de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert immers gelijk. Beide situaties zouden daarom onder de limiteringsregeling ook gelijk moeten worden behandeld. De aanpassing wordt door de onderzoekers mede aanbevolen doordat de wettelijke formulering in de praktijk tot een ongewenst geachte verwarring over de combinatie van een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon heeft geleid (zie par. 7.4.5).
Mede gelet op de hiervoor voorgestelde versoepeling van de regeling voor voorzitters en de daarvoor aangevoerde redenen zijn de onderzoekers van mening dat in de wettekst duidelijk tot uitdrukking moet komen dat de combinatie van het vervullen van een (uitvoerende) bestuursfunctie met die van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan geoorloofd is. Een (uitvoerende) bestuursfunctie kan echter niet met meer dan één voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan worden gecombineerd.

6.4.3 Beroepscommissaris

In deze paragraaf wordt onderzocht of er voldoende aanleiding is een uitzondering voor beroepscommissarissen toe te staan op de hoofdregel dat een persoon maximaal vijf toezichthoudende functies mag vervullen.

Wetsgeschiedenis

Tijdens de parlementaire behandeling van de voorstellen voor de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv en de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b is geen aandacht besteed aan de positie van de beroepscommissaris.

Onderzoek Nationaal Register

In het essay van het Nationaal Register wordt de beroepscommissaris gedefinieerd als: "iemand zonder hoofdfunctie die zijn/haar beroep maakt van commissariaten of toezichthouderschappen" (p. 77). Van de 514 bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders en commissarissen die meededen aan de enquête voldeden 34 personen aan deze omschrijving; dit betreft 6.6% (essay, p. 33).
Bij deze constatering dienen enkele kanttekeningen te worden gemaakt. Uit het essay van het Nationaal Register wordt niet duidelijk of de geënquêteerde personen toezichtfuncties bij grote, onder de limiteringsregeling vallende, rechtspersonen vervullen. Verder blijkt uit de door de Kamer van Koophandel verstrekte gegevens dat op de peildatum in 2017 slechts twaalf personen het maximumaantal van vijf toezichtfuncties bekleden.

Uit de resultaten van de enquête volgt dat ongeveer 54% van de respondenten vindt dat voor een beroepscommissaris een aantal van vijf toezichtfuncties redelijk is; 46% meent dat meer dan vijf toezichtfuncties mogelijk moet zijn. Van deze 46% geeft 13% aan dat er meer dan acht (maximaal tien) toezichtfuncties mogelijk moeten zijn (essay, p. 33). Verder wordt uit tabel 1 (essay, p. 76) duidelijk dat voor een beroepscommissaris een gemiddelde van 5.55 commissariaten of toezichthouderschappen bij grote entiteiten aanvaardbaar wordt gevonden. Deze vraag is beantwoord door 465 respondenten met een standaarddeviatie van 2.52.

Voorgaande gegevens worden in het essay (p. 33) van het Nationaal Register gepresenteerd onder het kopje: "Het verbod op de beroepscommissaris leidt tot kwaliteitsverlies". Van een verbod is echter geen sprake. Voor een beroepscommissaris geldt net als voor iedere toezichthouder bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen een maximum van vijf toezichtfuncties. Naast deze vijf functies kunnen beroepscommissarissen toezichtfuncties vervullen bij niet onder de limiteringsregeling vallende entiteiten, zoals middelgrote en kleine NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen en buitenlandse entiteiten.

Resultaten interviews
Uit de interviews met de ervaren experts uit de executive search branche is gebleken dat zij het er over eens zijn dat er een limiet is gesteld aan het aantal toezichtfuncties dat een persoon op zich kan nemen; zie par. 7.4.4. Er is wel enige kritiek op de vrij strikte maximering van vijf toezichtfuncties; het tijdsbeslag van een toezichtfunctie kan sterk variëren en dat geldt ook voor de draagkracht van een toezichthouder. Verder is uit de interviews niet gebleken dat de limiteringsregeling tot grote rekruteringsproblemen heeft geleid. Door de geïnterviewden werd niet gesuggereerd voor beroepscommissarissen een uitzondering op de limiteringsregeling aan te brengen

Gegevens Kamer van Koophandel
In het handelsregister worden geen gegevens over (aantallen) beroepscommissarissen bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen geregistreerd.

Uit de kwantitatieve analyse van de door de Kamer van Koophandel aangeleverde gegevens blijkt dat er in 2012 27 personen (0.24%) zijn met meer dan vijf toezichtfuncties. In alle gevallen is echter sprake van een uitzondering op de limiteringsregeling: de personen hebben toezichtfuncties bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep lijken te zijn verbonden.[280]
Verder blijkt dat 30 personen (0.7%) vijf toezichtfuncties bekleden en daarmee aan hun limiet zitten.[281]

In 2017 is het aantal personen met meer dan vijf toezichtfuncties gedaald tot 13 personen (0.10%). Ook hier geldt dat de portefeuilles van deze personen bestaan uit functies bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep lijken te zijn verbonden en er geen sprake is van overtreding van de limiteringsregeling.
Ook is er sprake van een afname van het aantal personen dat vijf toezichtfuncties bekleedt. Dit zijn in 2017 12 personen (0.2%).[282]

Uit het voorgaande volgt impliciet dat ook beroepscommissarissen zich houden aan de norm van maximaal vijf toezichtfuncties. Als er al sprake mocht zijn van een behoefte aan verruiming van deze norm voor deze groep van personen dan is deze gering gelet op het kleine aantal personen dat het maximumaantal van vijf toezichtfuncties uitoefent. Hierbij zij aangetekend dat er geen kwantitatieve gegevens over voorzitterschappen voorhanden zijn.

[280] Vgl. art. 2:132a lid 2 sub b, 2:142a lid 2 sub b, 2:242a lid 3 lid 2 sub b, 2:252a lid 2 sub b, 2:297a lid 3 sub b, 2:297b lid 2 sub b BW.
[281] Het beeld kan licht vertekend zijn, omdat deze personen verschillende toezichtfuncties bij met elkaar in een groep verbonden rechtspersonen kunnen vervullen.
[282] Het beeld kan licht vertekend zijn, omdat deze personen verschillende toezichtfuncties bij met elkaar in een groep verbonden rechtspersonen kunnen vervullen.

Is er aanleiding voor het uitzonderen van beroepscommissarissen?
Slechts uit de enquête van het Nationaal Register volgt dat er mogelijk enige behoefte bestaat voor versoepeling van de norm van maximaal vijf toezichtfuncties voor beroepscommissarissen. Van de 465 respondenten, die allen toezichthouder/commissaris zijn, vindt iets minder dan de helft dat voor beroepscommissarissen meer dan vijf toezichtfuncties mogelijk moeten zijn. Dit is een vrij smalle basis voor een uitzonderingsbepaling, mede gelet op het feit dat uit de gegevens van de Kamer van Koophandel blijkt dat op de peildatum in 2017 slechts twaalf personen het maximumaantal van vijf toezichtfuncties bekleden. Als bijkomend argument voor het niet maken van een uitzondering voor de beroepscommissaris kan worden aangevoerd dat beroepscommissarissen hun werkterrein kunnen uitbreiden tot het bekleden van toezichtfuncties bij niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen.

6.4.4 Werkbare oplossing?

Aan het opnemen van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling in de wetgeving om mogelijk te maken dat bijvoorbeeld een persoon meer dan twee voorzitterschappen van een toezichthoudend orgaan bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen kan bekleden of dat een beroepscommissaris meer dan vijf toezichthoudende functies bij genoemde rechtspersonen kan vervullen, zitten enkele haken en ogen.

6.4.4.1 Naleving en handhaving

In par. 6.2.4 en 6.3 zijn de naleving en handhaving van 'pas-toe-of-leg-uit' bepalingen uit de Corporate Governance Code bij beursvennootschappen besproken. Gebleken is dat er op het punt van de naleving een grote rol is weggelegd voor de aandeelhouders en dat zich daar enkele aandachtspunten voordoen. Deze zullen zich ook voordoen indien een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling geldt voor grote NV's en BV's (niet zijnde beursvennootschappen). Veel zal afhangen van het feit of de aandeelhouders van de desbetreffende vennootschap geïnteresseerd zijn in een uitleg waarom de NV/BV toestaat dat een persoon meer dan twee voorzitterschappen van een toezichthoudend orgaan vervult of dat een beroepscommissaris meer dan vijf toezichthoudende functies heeft. De onderzoekers kunnen zich voorstellen dat deze interesse kan verschillen gelet op de aard van de NV/BV. De aandeelhouders van een beursvennootschap zijn mogelijk meer geïnteresseerd in het aantal toezichtfuncties dat een tot commissaris/niet-uitvoerend bestuurder te benoemen persoon vervult (mede gelet op de stemadviezen van 'proxy advisors') dan de aandeelhouders bij niet-beursvennootschappen.

Verder is een struikelblok voor het opnemen van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling in de wettelijke limiteringsregeling dat er bij grote commerciële/semipublieke stichtingen geen sprake is van een (al dan niet goed werkend; zie par. 6.2.4) intern handhavingsmechanisme, vanwege het ontbreken van aandeelhouders. Een ander type

van intern of extern nalevings- of handhavingsmechanisme is nodig. Inspiratie hiervoor kan worden opgedaan bij de sectorale Governance Codes in de semipublieke sector.

De handhaving van de Governancecode Zorg 2017 is op grond van principe 4.1. een aangelegenheid van het bestuur en het toezichthoudend orgaan. In de inleiding is bijvoorbeeld aangegeven, dat wanneer de raad van bestuur zich niet houdt aan de Code het toezichthoudende orgaan dient in te grijpen.[283] De Brancheorganisatie Zorg streeft naar een aanspreekcultuur binnen de verschillende leden van de brancheorganisatie. Onduidelijk is echter wat de situatie is indien het toezichthoudende orgaan hiertoe niet overgaat. Er wordt slechts opgemerkt dat er dan andere wegen moeten worden bewandeld. Waarschijnlijk wordt gedoeld op de procedure bij de Governancecommissie Gezondheidszorg die extern toezicht houdt op de juiste toepassing van de Code. Op grond van principe 3.4. kunnen belanghebbenden, zoals een medezeggenschapsorgaan, bij deze commissie een toetsingsverzoek indienen. Past een zorgorganisatie haar governance naar aanleiding van een uitspraak van deze commissie dat de Code niet goed is nageleefd niet aan, dan komt de brancheorganisatie in actie met als ultimum remedium schorsing of royement van de betrokken zorgorganisatie als lid. Daarnaast ligt er een taak voor de externe toezichthouders, zoals de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), om te reageren op zorgorganisaties waar de governance niet op orde is.

Het bestuur en het toezichthoudende orgaan van een woningcorporatie dienen zich in het bestuursverslag te verantwoorden over de wijze waarop de principes van de (recent gewijzigde) Governancecode Woningcorporaties 2015[284], die geldt voor leden van Aedes (Aedes is de landelijke branchevereniging van woningcorporaties in Nederland) en de VTW (De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties), zijn toegepast. Iedere belanghebbende kan een woningcorporatie daarop aanspreken en bij niet of onjuist toepassen van de Code een klacht indienen bij de Commissie AedesCode. Wanneer deze commissie van oordeel is dat de governancecode wordt overtreden dan kan het bestuur van Aedes of VTW besluiten sancties op te leggen die variëren van publicatie ('naming and shaming') tot het ontnemen van het lidmaatschap. Verder laten woningcorporaties hun maatschappelijke prestaties minimaal eens per vier jaar onderzoeken door een onafhankelijk bureau. Onderdeel van deze visitatie is de naleving van de governancecode. Het visitatierapport is openbaar. Daarnaast houdt de Autoriteit Woningcorporaties extern toezicht op woningcorporaties, waarbij de governance een belangrijke rol speelt.

Op basis van het voorgaande is het een optie bij grote commerciële/semipublieke stichtingen het toezicht op de naleving van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling voor

[283] Te raadplegen via: www.governancecodezorg.nl/wp-content/uploads/2016/11/Governancecode-Zorg-2017.pdf.
[284] Te raadplegen via: www.vtw.nl/data/media/files/Governancecode_woningcorporaties_2015_web.pdf.

bijvoorbeeld voorzitters en/of beroepscommissarissen op te dragen aan externe sectorale toezichthouders.
Een andere – vrij vergaande – optie zou kunnen zijn de bezoldiging van alle leden van het toezichthoudende orgaan op te schorten zolang een (deugdelijke) motivering ontbreekt voor de benoeming van een persoon die al twee voorzitterschappen dan wel vijf toezichtfuncties vervult. Na normalisering van de situatie wordt de bezoldiging met terugwerkende kracht uitbetaald. Zie voor een vergelijkbare regeling de Belgische en Franse quotaregeling voor vrouwelijke en mannelijke bestuurders en/of toezichthouders (zie par. 4.2.1.3 respectievelijk par. 4.2.3.3 van deelonderzoek III).

6.4.4.2 Verhouding formele wetgeving en 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling

Een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling kan ook in formele wetgeving worden opgenomen. In dit verband kan worden gewezen op de wettelijke regeling voor een streefcijfer van 30% voor een evenredige verdeling van mannen en vrouwen in besturen en raden van commissarissen van grote NV's en BV's; art. 2:166 en 2:276 BW. Zie hiervoor nader deelonderzoek III. Een vennootschap waarop het wettelijke streefcijfer van toepassing is en waarbij de zetels (nog) niet evenwichtig zijn verdeeld over mannen en vrouwen, moet op grond van art. 2:391 lid 7 BW in het bestuursverslag uiteenzetten: (a) waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, (b) op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van de zetels te komen, en (c) op welke wijze zij beoogt in de toekomst een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren. Het wettelijke streefcijfer is hiermee feitelijk een (tijdelijke) 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling geworden.[285]

Ondanks het feit dat mede gelet op het voorgaande voorbeeld een 'pas-toe-of-leg-uit' element in de wettelijke limiteringsregeling kan worden opgenomen, blijft het een vreemde eend in de bijt. Het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel hoort bij zelfregulering, zoals de Corporate Governance Code, ook al is deze wettelijk verankerd. Bij zelfregulering zien de betrokken partijen toe op naleving en handhaving van de bepalingen. Wat is de toegevoegde waarde van het in de wet opnemen van een regeling die werkt volgens het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel? De schijn wordt gewekt dat er een harde, dwingende regel in de wet is opgenomen, terwijl dat in werkelijkheid niet het geval is. Afwijking is immers toegestaan, mits deze deugdelijk wordt gemotiveerd. Met een eventuele codificatie van uitzonderingen voor voorzitters en/of beroepscommissarissen volgens het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel aanvaardt de wetgever de verantwoordelijkheid voor de handhaving van een dergelijke bepaling.

Mocht de wetgever de opvatting zijn toegedaan dat voor voorzitters en/of beroepscommissarissen soepeler regels zouden moeten gelden, dan kunnen deze ook als

[285] Vgl. A.A. Bootsma, 'Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code: waarheen leidt de weg?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/29, par. 3.

‘gewone’ uitzonderingsbepalingen in de limiteringsbepalingen van Boek 2 BW worden opgenomen. Invoering van een ‘pas-toe-of-leg-uit’ bepaling is slechts aan de orde indien de wetgever van opvatting is dat op de hoofdregels zoals neergelegd in de formele wetgeving (tijdelijk) een afwijking kan worden toegestaan, mits deze inhoudelijk en inzichtelijk wordt gemotiveerd.

Verder is de oorsprong van het in de diverse Corporate Governance Codes opgenomen ‘pas-toe-of-leg-uit’ beginsel van belang. Deze was vooral bedoeld om tegemoet te komen aan het feit dat wat als goede corporate governance wordt beschouwd constant wijzigt. Ook zou een ‘one size fits all’- benadering niet voldoen. Rekening moest worden gehouden met de karakteristieken van een vennootschap, zoals de grootte van de onderneming en de complexiteit van haar organisatie. Vandaar dat op het terrein van corporate governance wordt gekozen voor minimumbepalingen waarbij vennootschappen voldoende flexibiliteit wordt gegund op het punt van de naleving. Openbaarmaking van het niet toepassen van een best practice-bepaling en een deugdelijke motivering daarvan betekent dat de Codebepaling wordt nageleefd.

Het is de vraag of, gelet op het voorgaande, de limiteringsbepalingen zich ertoe lenen dat deze, dan wel uitzonderingen hierop, worden geformuleerd als ‘pas-toe-of-leg-uit’ bepalingen. In dit kader merken de onderzoekers op dat de limiteringsregeling algemeen geaccepteerd lijkt te zijn. Er is sprake van een ontwikkeling die past binnen de bredere professionalisering die al langer gaande is. Zie de resultaten van de kwantitatieve en de kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling in hoofdstuk 7. Dat er een limiet wordt gesteld aan het aantal door een persoon te vervullen toezichtfuncties wordt algemeen erkend in ‘corporate governance-land’. Met de professionalisering van de functie is de tijdsbesteding van de individuele toezichthouder een integraal onderdeel geworden van het rekruteringsproces. Voor toezichthouders met verschillende posities vergt het samenstellen van hun portefeuille een zorgvuldige afweging. Het aantal personen met grote portefeuilles is overigens gering. Voor rekruterende RvC’s/RvT’s is de mogelijke tijdsbesteding van kandidaten van groot belang en onderdeel van de selectieprocedure. Er is wel sprake van enige kritiek op de limiteringsregeling. Dit betreft vooral de vrij arbitraire grens van vijf toezichtfuncties, zonder dat rekening wordt gehouden met verschillen in zwaarte tussen toezichtfuncties. Daarnaast wordt geen rekening gehouden met individuele verschillen tussen personen (ervaring, kwaliteiten). De praktijk laat echter zien dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd, zodat het aangewezen lijkt de wettelijke regeling te handhaven en zo nodig – denk hierbij aan een versoepeling van de regeling voor de voorzittersfunctie – aan te passen.

6.5 Concluderende opmerkingen

De limiteringsregeling voor grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen is neergelegd in formele wetgeving. Op de regeling zijn geen uitzonderingen mogelijk anders dan in deze regeling op beperkte wijze worden toegestaan. Het betreft het vervullen van functies bij in een groep verbonden rechtspersonen en tijdelijke aanstellingen door de OK in het kader van de enquêteprocedure. Voor het overige geldt de wettelijke limiteringsregeling voor een ieder gelijkelijk; er wordt geen onderscheid tussen personen gemaakt.
Dit onderscheid kan wel worden gemaakt bij gebruikmaking van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. De hoofdregel is en blijft dat een persoon maximaal vijf toezichtfuncties kan bekleden, maar in uitzonderlijke gevallen kan hiervan worden afgeweken mits dit op kwalitatief goede wijze wordt uitgelegd. De vraag ligt voor of de limiteringsregeling anders vorm kan en moet worden gegeven door geheel of gedeeltelijk over te stappen op een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling.

Het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel kent zijn oorsprong in de Corporate Governance Code voor beursvennootschappen. Het biedt deze vennootschappen de mogelijkheid de Codebepalingen toe te passen of hiervan af te wijken. In het laatste geval dient de afwijking deugdelijk te worden gemotiveerd in het bestuursverslag. Dit betekent dat er sprake is van naleving van een Codebepaling indien de beursvennootschap deze bepaling toepast dan wel daarvan deugdelijk gemotiveerd afwijkt. Met het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel wordt erkend dat onderwerpen van corporate governance een kwestie van maatwerk kunnen zijn en dat afwijkingen van individuele Codebepalingen door een beursvennootschap gerechtvaardigd kunnen zijn.

Op het punt van de handhaving van de Codebepalingen in samenhang met het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel doen zich echter enkele aandachtspunten voor (zie par. 6.2.5). Deze handhaving is voor een groot deel in handen van de AV. Een belangrijk aandachtspunt is de mogelijke passiviteit en desinteresse van aandeelhouders voor (bepaalde) onderwerpen van corporate governance. Ook staan de AV slechts paardenmiddelen ter beschikking om het bestuur (en de RvC) te bewegen de op het terrein van corporate governance gemaakte keuzes te wijzigen. Deze paardenmiddelen zet de AV niet of slechts in uitzonderlijke situaties in. Ten slotte ontbreekt het soms aan een deugdelijke uitleg indien wordt afgeweken van een Codebepaling.

Gelet op het voorgaande bestaan er belangrijke verschillen tussen (dwingende) wetgeving in formele zin en regelgeving via het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel (zie par. 6.3). Deze hebben allereerst betrekking op de naleving. Er is sprake van naleving van een Codebepaling indien een beursvennootschap deze toepast of deze niet toepast en de afwijking deugdelijk motiveert. Het is uiteindelijk de AV die een oordeel geeft over de materiële naleving en eventueel consequenties verbindt aan een niet-correcte naleving.

Het begrip naleving ziet bij een (dwingende) bepaling van formele wetgeving op het strikt toepassen ervan. Alleen indien de wet daartoe de mogelijkheid biedt en alleen in de door de wet aangegeven zin mag worden afgeweken van een wettelijke bepaling.
Ook het niveau van handhaving verschilt (zie par. 6.3). Weliswaar toetsen de accountant en de AFM of een motivering van een afwijking van een Codebepaling in het bestuursverslag is opgenomen, maar deze toetsing betreft slechts de formele naleving. Voor zover de onderzoekers konden nagaan is tot op heden geen jaarrekeningprocedure gestart vanwege het ontbreken van een dergelijke motivering in het bestuursverslag. Daarnaast kunnen de in de Corporate Governance Code neergelegde inzichten over corporate governance een rol vervullen bij de uitleg van open normen als de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW en de behoorlijke taakvervulling van art. 2:9 BW.
Voor de handhaving van een (dwingende) bepaling van formele wetgeving kent het vennootschapsrecht een arsenaal aan sancties. De sanctie die op het niet naleven van de wettelijke limiteringsregeling is gesteld, is een nietige benoeming van de desbetreffende bestuurder, commissaris of toezichthouder.

De in dit hoofdstuk te beantwoorden hoofdvraag is of de limiteringsregeling anders vorm kan en moet worden gegeven door de huidige wettelijke bepaling geheel of gedeeltelijk te vervangen door een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Een reden die hiervoor wordt aangevoerd is dat de wettelijke limiteringsregeling te rigide zou zijn en dat hierop verdere uitzonderingen zouden moeten worden aangebracht. Dit geldt in het bijzonder voor de dubbeltelling van de voorzittersfunctie en voor de positie van de beroepscommissaris. Verschillende opties zijn onderzocht (zie par. 6.4.1).

Uit de kwantitatieve en de kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling in hoofdstuk 7 volgt dat de limiteringsregeling algemeen geaccepteerd lijkt te zijn. Het limiteren van het aantal door een persoon te vervullen toezichtfuncties wordt algemeen erkend in 'corporate governance-land'. Er is wel sprake van enige kritiek op de limiteringsregeling. Dit betreft de vrij arbitraire grens van vijf toezichtfuncties, zonder dat rekening wordt gehouden met een verschil in zwaarte van toezichtfuncties en een verschil in belasting van een persoon gelet op zijn/haar ervaring en kwaliteiten. De praktijk laat echter zien dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd, zodat het aangewezen lijkt de wettelijke regeling te handhaven. Indien daarvoor aanleiding bestaat kan de limiteringsregeling op onderdelen worden aangepast.

De vervolgvraag luidt of er inderdaad aanleiding is voor aanpassingen, door de dubbeltelling van de voorzittersfunctie te schrappen en/of een uitzondering te maken voor de beroepscommissaris (zie par. 6.4.2 en 6.4.3).

Wat betreft de voorzittersfunctie bestaat er algemene overeenstemming dat het vervullen van een dergelijke functie een aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding

vergt. Dit pleit voor een zwaardere weging van de voorzittersfunctie in vergelijking met die van een lid van een toezichthoudend orgaan. Vanwege de bij de allergrootste entiteiten voorkomende rekruteringsproblemen is er volgens de onderzoekers aanleiding voor versoepeling van de regeling voor voorzitters in die zin dat de wegingsfactor van 2 naar 1.5 wordt teruggebracht, zodat een persoon drie voorzittersfuncties kan vervullen. Voor deze persoon vervalt de mogelijkheid daarnaast nog een andere toezichtfunctie bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting te vervullen. In specifieke situaties kan de lagere wegingsfactor van 1.5 meer ruimte bieden bij de benoeming van een voorzitter. Naar verwachting zal de versoepeling over het geheel bezien nauwelijks tot grote verschuivingen leiden gelet op het feit dat als gevolg van de professionalisering van het toezicht de tijdsbesteding van toezichthouders bij zowel de rekrutering als de zelfevaluaties een belangrijke rol speelt.
Verder doen de onderzoekers de aanbeveling de tekst van art. 2:132a/2:242a lid 1 onder b en art. 2:297a lid 2 onder b BW zodanig te wijzigen dat de volgtijdelijkheid van de benoeming tot voorzitter respectievelijk tot bestuurder niet beslissend is voor de vraag of een dergelijke benoeming al dan niet nietig is vanwege schending van de limiteringsregeling. Het betreft hoogstwaarschijnlijk een onbedoeld gevolg van de gekozen formulering. In beide situaties is de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert immers gelijk. Beide situaties zouden daarom onder de limiteringsregeling ook gelijk moeten worden behandeld. De aanpassing wordt door de onderzoekers mede aanbevolen doordat de wettelijke formulering in de praktijk tot een ongewenst geachte verwarring over de combinatie van een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon heeft geleid.
Mede gelet op de hiervoor voorgestelde versoepeling van de regeling voor voorzitters en de daarvoor aangevoerde redenen zijn de onderzoekers van mening dat in de wettekst duidelijk tot uitdrukking moet komen dat de combinatie van het vervullen van een (uitvoerende) bestuursfunctie met die van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan geoorloofd is. Een (uitvoerende) bestuursfunctie kan echter niet met meer dan één voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan worden gecombineerd.

Voor het maken van een uitzondering voor beroepscommissarissen zien de onderzoekers geen aanleiding. Uit de gegevens van de Kamer van Koophandel blijkt dat op de peildatum in 2017 slechts twaalf personen het maximumaantal van vijf toezichtfuncties bekleden. Met de aantekening dat er geen kwantitatieve gegevens over voorzitterschappen voorhanden zijn, lijkt de behoefte aan verruiming van de norm voor beroepscommissarissen er niet dan wel gering te zijn. Als bijkomend argument kan worden aangevoerd dat beroepscommissarissen hun werkterrein kunnen uitbreiden tot het bekleden van toezichtfuncties bij niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen.

7. De effecten van de limiteringsregeling in de praktijk: een kwantitatieve en kwalitatieve analyse

7.1 Inleiding

De limiteringsregeling beperkt het aantal toezichtfuncties en de combinatie van een bestuursfunctie met toezichtfuncties per persoon. De argumentatie voor het invoeren van deze regeling is drieledig. In de eerste plaats bestaat al (heel) lange tijd het idee dat een zeer kleine elite een veelheid aan belangrijke (economische) posities inneemt. Dit zogenoemde 'old-boys-network' wordt vaak gezien als een ongewenste concentratie van economische macht in handen van een kleine groep personen. Daarnaast kent dit netwerk een gesloten karakter doordat het netwerk zichzelf via coöptatie in stand houdt waardoor andere maatschappelijke groepen geen toegang tot deze posities krijgen. Vooral de zichtbare netwerken van toezichthouders worden als een heldere indicator gezien voor het bestaan van deze machtsconcentratie. In de tweede plaats brengt de concentratie de (schijn van) belangenverstrengeling met zich. Doordat een kleine groep personen een groot aantal functies combineert, wordt de kans op belangenverstrengeling groter geacht. Deze redenering is een afgeleide van het 'old-boys-network' argument. In de derde plaats is er een kwaliteitsargument. Doordat personen grote portefeuilles van toezichtfuncties opbouwen, zijn zij niet in staat daadwerkelijk toezicht te houden als gevolg van een gebrek aan tijd en aandacht voor elke entiteit. Door gebrekkig toezicht kunnen bedrijfsschandalen ontstaan met grote maatschappelijke gevolgen.
De voorliggende vraag is in welke mate de limiteringsregeling het 'old-boys-network' (en de daarvan afgeleide belangenverstrengeling) heeft beperkt, en de mate waarin dit effect heeft gehad op de kwaliteit van het toezicht.

Om de (mogelijke) effecten van de limiteringsregeling te evalueren hebben de onderzoekers twee benaderingen gekozen. In de eerste plaats is gekeken naar de concentratie van functies in de handen van personen als gevolg van de limiteringsregeling. De onderzoekers presenteren kwantitatieve gegevens over de bezetting van toezichtfuncties bij NV's, BV's en stichtingen die voldoen aan de grootte-criteria. Het betreft de veranderingen in de bemensing van de RvC's/RvT's ten gevolge van de limiteringsregeling. Hiervan wordt verslag gedaan in par. 7.3.
In de tweede plaats richten de onderzoekers zich op eventuele veranderingen in de rekruteringsprocessen ten gevolge van de invoering van de limiteringsregeling. Hiervoor heeft een serie open interviews met experts uit de executive search branche plaatsgevonden. Gezien het feit dat zij tientallen rekruteringstrajecten per jaar doorlopen en de invoering van de limiteringsregeling hebben meegemaakt, kunnen zij een goed

beeld geven van de recente trends. Van deze kwalitatieve analyse wordt verslag gedaan in par. 7.4.

Alvorens de kwantitatieve en kwalitatieve resultaten te presenteren bespreken we – op verzoek van de opdrachtgever: het WODC – kort de belangrijkste resultaten van een in 2015 verricht onderzoek, dat in essayvorm gepubliceerd is door het Nationaal Register. Een deel van de door het WODC opgestelde onderzoeksvragen die in dit deelonderzoek worden beantwoord, komen uit het essay van het Nationaal Register.

7.2 Bevindingen essay Nationaal Register

7.2.1 Inleiding

In september 2015 is een essay van het Nationaal Register verschenen: "WBT: meer maatwerk is noodzakelijk".[286] In dit essay wordt verslag gedaan van een onderzoek dat is gehouden onder commissarissen en toezichthouders aangesloten bij het Nationaal Register naar "de ervaringen en beelden bij de beperking van het aantal toezichthouderschappen en commissariaten bij grotere rechtspersonen" (essay, p. 10). Het betreft geen onderzoeksrapport, maar een essay. De auteurs, Goos Minderman en Sjors van den Berg, beschrijven dit als "een beknopte beschrijving van een zoektocht waarin met enige vrijheid verslag van het onderzoek is gedaan." Desondanks zijn de auteurs van mening dat het onderzoeksverslag voldoet aan de normale academische eisen van transparantie, de juiste weergave van feiten en meningen en van goede methoden van onderzoek (essay, p. 10). De kern van het essay bestaat uit een verslag van twee vertrouwelijke rondetafelbijeenkomsten (essay, hoofdstuk 3) en een enquête (essay, hoofdstuk 4).

7.2.2 Resultaten rondetafelbijeenkomsten

7.2.2.1 Verantwoording

In hoofdstuk 3 van het essay wordt verslag gedaan van twee vertrouwelijke rondetafel-bijeenkomsten met een twintigtal vrijwillige gesprekspartners uit het netwerk van het Nationaal Register die hiervoor tijd wilden vrijmaken (essay, p. 65). Er hebben gescheiden rondetafelbijeenkomsten plaatsgevonden: één met toezichthouders uit de private sector en één met toezichthouders uit de publieke sector (essay, p. 22). In Bijlage 2 bij het essay zijn korte verslagen van deze rondetafelbijeenkomsten opgenomen (essay, p. 53-63).

[286] Nationaal Register, *WBT: meer maatwerk is noodzakelijk – Analyse Effecten Wet Bestuur en Toezicht*, Den Haag september 2015, ISBN 978-90-79301-16-4.

In het essay wordt geen verantwoording afgelegd van de personen die hebben deelgenomen aan de rondetafelbijeenkomsten. Zo is onbekend in welke specifieke sectoren (bijvoorbeeld gezondheidszorg, volkshuisvesting) of bij welke rechtspersonen (bijvoorbeeld beursvennootschappen of commerciële stichtingen) de commissarissen en toezichthouders hun functies vervulden. Ook is onbekend of de deelnemers toezichtfuncties vervulden bij grote rechtspersonen die onder de limiteringsregeling vallen en of daar voorzitterschappen tussen zaten. Verder is de man-vrouwverhouding van de deelnemers onbekend.

7.2.2.2 Resultaten

In het algemeen steunden de deelnemers aan de rondetafelbijeenkomsten de normering van de in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv opgenomen beperking van het aantal commissarissen en toezichthouderschappen: de limiteringsregeling "heeft zeker bijgedragen aan bewustwording. Zeker in de semipublieke sector hebben enkele groot-stapelaars het veel te bont gemaakt." Volgens enkele deelnemers vloeit de limiteringsregeling daarnaast voort "uit de wens om bestaande machtsstructuren te doorbreken, elites te verstoten […] Het 'old boys network' wordt nog steeds bestreden." (essay, p. 22).
Er bestaat ook kritiek op de limiteringsregeling. De kern daarvan is de rigiditeit van de wetgeving en het gebrek aan zicht op kwaliteit van het toezicht in de verschillende sectoren en organisaties (essay, p. 23). Meer in het bijzonder kwamen uit de rondetafelbijeenkomsten de volgende kritiekpunten naar voren (essay, p. 23-26):

(i) De limiteringsregeling houdt geen rekening met de omstandigheden van de persoon van de toezichthouder. Parttimers en gepensioneerden kun je niet gelijkstellen met personen met een (zware) fulltime baan.
(ii) De limiteringsregeling is de doodsteek voor de beroepscommissaris terwijl juist professionalisering van het toezicht vaak zo noodzakelijk is.[287]
(iii) Nuancering is nodig ten aanzien van de beperkingen voor voorzitters. Goede voorzitters zijn schaars. Een voorzitter bepaalt voor een groot deel de werking en de sfeer van de raad. Er wordt gepleit voor een goede afweging in de raad zelf. Verder wordt opgemerkt dat ook andere functies veel tijd kunnen kosten, zoals voorzitter van de auditcommissie.
(iv) De limiteringsregeling onderscheidt niet naar de aard en complexiteit van de organisatie. Kwaliteit van toezicht is in de verschillende sectoren niet hetzelfde; vergelijk een familiebedrijf versus een ziekenhuis. Er word gepleit voor sectorspecifiek maatwerk.
(v) De limiteringsregeling houdt geen rekening met de specifieke situatie waarin een organisatie verkeert. Denk hierbij aan grote verschuivingen en stelselwijzigingen in een

[287] De WODC-onderzoekers zijn van mening dat de motivering bij dit kritiekpunt zorgwekkend is: veel raden van toezicht hebben weinig of geen goede ervaren mensen en kunnen juist een professional heel goed gebruiken om de kwaliteit van de raad te versterken.

bepaalde sector, bijvoorbeeld de jeugdzorg. Er is dan sprake van een toenemende behoefte aan ervaren toezichthouders.
(vi) De limiteringsregeling is gekoppeld aan de omvang van de organisatie. Opgemerkt wordt dat hieronder ook mini-organisaties vallen. Als voorbeeld wordt genoemd een woningcorporatie die met een beperkt aantal woningen al aan de vermogensgrens (bedoeld wordt het criterium dat de waarde van de activa meer dan € 20 miljoen bedraagt) voldoet. Er wordt gepleit voor invoering van het systeem van de pensioenfondsen met de mogelijkheid van halve punten (bedoeld wordt een wegingsfactor van een of meer tienden van 1 fte).
(vii) Uitwerking van de cumulatieregeling kent irrationele aspecten. Er is geen goede reden waarom het aantal toezichtfuncties bij coöperatieve verenigingen, culturele instellingen, charitatieve instellingen en zelfstandige bestuursorganen niet gelimiteerd hoeft te worden. Ook de uitzondering voor door de OK te benoemen commissarissen stuit op kritiek.

Deze kritiekpunten vormden de basis voor de in de enquête gestelde vragen. Slechts punt (vii) is in de enquête niet aan de orde gesteld "als gevolg van prioritering binnen het aantal vragen" (essay, p. 26).

7.2.3 Resultaten enquête

7.2.3.1 Verantwoording

In hoofdstuk 4 van het essay van het Nationaal Register wordt verslag gedaan van een enquête onder bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders en commissarissen. Er was sprake van een respons van meer dan 30% resulterend in 514 respondenten. Deze groep bestond uit 315 mannen en 199 vrouwen. Van de 315 mannen was 61% werkzaam in de publieke sector en 39% in de private sector. Bij de 199 vrouwen bedroegen de percentages 75% respectievelijk 25% (essay, p. 28).
Verder is bekend dat 20.6% van de respondenten ouder was dan 65; 48.8% tussen 55 en 65 jaar; 26.1% tussen 45 en 55 jaar; 4.1% tussen 35 en 40 jaar was en 0.4% (= 2 personen) jonger dan 35 jaar (figuur 2; essay, p. 66).

Wat betreft de kwalificaties van de respondenten is het volgende bekend (essay, figuur 1, p. 29):
- 34 personen zijn beroepscommissaris;
- 142 personen vervullen naast een bestuurderschap een of meer commissariaten;
- 187 personen vervullen naast een andere hoofdfunctie dan een bestuurderschap een of meer commissariaten;
- 97 personen zijn gepensioneerd en hebben een of meer commissariaten;
- 52 personen zijn oud bestuurder en hebben een of meer commissariaten.

Opgeteld is dit overigens een aantal van 512 en niet 514.

De 514 respondenten vervulden in totaal 821 toezichtfuncties. Abusievelijk wordt in het essay (p. 28) een totaal van 921 toezichtfuncties vermeld. De onderverdeling per sector is als volgt:
- Semipublieke sector: cultuur 49; onderwijs 129; woningbouw 69; zorg 219; overige publieke organisaties 85. Totaal: 551 toezichtfuncties.
- Private sector: beursvennootschap 33, familiebedrijf 66, overig midden- en kleinbedrijf 54 en overige private instellingen 117 (essay, p. 28). Totaal: 270 toezichtfuncties.

Ook bekend is hoeveel jaar de respondenten werkzaam zijn als commissaris of toezichthouder (figuur 7; essay, p. 68): 16.3% van de respondenten heeft meer dan 20 jaar ervaring; 10.7% tussen 15 en 20 jaar; 16.3% tussen 10 en 15 jaar; 27.5% tussen 5 en 10 jaar en 29.2% minder dan 5 jaar.

63% van de 514 respondenten vervult één of twee toezichtfuncties; 18% heeft meer dan drie toezichtfuncties en 3.7% vervult meer dan vijf toezichtfuncties. Zie figuur 4 (essay, p. 67) waaruit blijkt dat van de 514 respondenten 217 personen nul tot één toezichtfunctie hebben; 218 personen twee tot drie toezichtfuncties hebben; 60 personen vier tot vijf toezichtfuncties hebben en 19 personen meer dan 5 toezichtfuncties hebben. Als reden voor de overschrijding van het maximumaantal toezichtfuncties door 19 personen wordt aangegeven dat de wettelijke limiteringsregeling een overgangsregeling kent (essay, p. 28). Een plausibeler verklaring is dat onder de toezichtfuncties ook functies zijn meegeteld die bij niet onder de limiteringsregeling vallende entiteiten werden vervuld. Een aanwijzing hiervoor is dat sprake is van 49 toezichtfuncties in de culturele sector en 171 bij het midden- en kleinbedrijf en overige private instellingen. Wat onder dit laatste moet worden verstaan is overigens onduidelijk.

Over het aantal toezichtfuncties wordt verder nog opgemerkt (essay, p. 28) dat 77% van de respondenten inschat tussen de nul en drie zogenoemde Irrgangpunten te hebben en dat 7.2% inschat meer dan vijf Irrgangpunten te hebben. Deze percentages komen niet overeen met de hiervoor genoemde percentages, nu het hier specifiek gaat om toezichtfuncties bij entiteiten die onder de limiteringsregeling vallen. Indien 3.7% van de respondenten meer dan vijf toezichtfuncties vervult, waarbij alle entiteiten worden meegerekend, kan het niet zo zijn dat een groter percentage, namelijk 7.2, meer dan vijf Irrgangpunten heeft. Het laatstgenoemde percentage zou lager moeten liggen dan het eerstgenoemde.
Uit figuur 6 (essay, p. 67) blijkt dat van de 473 respondenten 210 personen nul tot één Irrgangpunt hebben (= 44.4%); 182 personen hebben twee tot drie Irrgangpunten (= 38.4%); 75 personen hebben vier tot vijf Irrgangpunten (= 15.9%) en 6 personen hebben meer dan 5 Irrgangpunten (= 1.3%). De cijfers in figuur 6 rijmen niet met de hiervoor

genoemde percentages. Op basis van de gegevens van figuur 6 meent slechts 1.3% van de respondenten meer dan 5 Irrgangpunten te hebben en niet 7.2%.

Over de representativiteit wordt in het essay (p. 65) het volgende opgemerkt

> "Representativiteit was overigens niet beoogd: het ging om het inventariseren van die beelden en meningen, van problemen waar men tegenaan is gelopen en van mogelijke oplossingen daarvoor."

7.2.3.2 Resultaten

Uit de enquête gehouden onder 541 van de bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders en commissarissen, komen de volgende resultaten naar voren.

(i) De respondenten hebben bij zichzelf en anderen weinig effect gezien van de cumulatieregeling, dat wil zeggen niet minder gesolliciteerd naar functies en evenmin meer belangstelling getoond voor toezichtfuncties bij entiteiten die niet onder de limiteringsregeling vallen of voor adviseurschappen die buiten de limiteringsregeling vallen (essay, p. 29/30 en figuren 9 en 10 op p. 69/70). Er is wel sprake van gedragsreacties bij degenen die rondom het maximumaantal toezichtfuncties zitten. Het is onduidelijk op basis waarvan deze conclusie wordt getrokken. Uit figuur 9 betreffende eigen ervaringen blijkt dat bij het niet of minder solliciteren vanwege leukere of lucratievere functies of omdat het maximumaantal functies is bereikt, de score 2.45 respectievelijk 2.10 is (2 = mee oneens en 3 = neutraal). Figuur 10 betreffende veranderingen in het gedrag bij anderen laat bij deze twee vragen een score van rond de 3 (= neutraal) zien, te weten 3.06 respectievelijk 3.18.

(ii) Uit figuur 11 (essay, p. 71) blijkt dat de respondenten zich er grotendeels in kunnen vinden dat de wettelijke limiteringsregeling de cumulatie van functies op de agenda heeft gezet: de bewustwording is toegenomen (score van 3.89, waarbij 3 = neutraal en 4 = mee eens). De respondenten menen weliswaar dat de bewustwording is toegenomen maar verbinden hieraan niet de conclusie dat de wettelijke limiteringsregeling heeft geleid tot een verbetering van de kwaliteit in het toezicht op private en semipublieke entiteiten (scores van 2.69 respectievelijk 2.70).

(iii) De conclusie wordt getrokken dat grote cumulaties over het algemeen niet worden nagestreefd, mede vanwege de in de afgelopen vijf jaar toegenomen zwaarte van de functie van toezichthouder (essay, p. 30). Deze conclusie zou zijn gebaseerd op figuren 11 en 14. Uit figuur 14 (essay, p. 74) blijkt duidelijk dat de respondenten de toegenomen zwaarte van de toezichtfunctie voelen wat betreft aansprakelijkheid, transparantie, benodigde kennis/inzicht, afbreukrisico, verantwoordelijkheid en tijdsbesteding (allemaal rond een score van 4). Dat daardoor grote cumulaties niet meer worden nagestreefd zou

dan op figuur 11 (essay, p. 71) moeten zijn gebaseerd. Echter de stelling: "Door de toename van werkzaamheden en verantwoordelijkheden is het aantal commissariaten en toezichthouderschappen per persoon automatisch afgenomen, daarvoor was de wet niet nodig." heeft een score van 3 (= neutraal).

(iv) Er is onder de respondenten steun voor een normering van het aantal toezichtfuncties. Er is daarbij sprake van een verschil in draagvlak in de semipublieke sector (53%) en de private sector (36%) voor het normerend optreden van de overheid (essay, p. 30). Deze percentages zouden zijn gebaseerd op figuur 15 (essay, p. 75). Uit deze figuur is af te leiden dat de stelling: "De wetgever moet zich niet bemoeien met de samenstelling van de raden van toezicht/raden van commissarissen van het particuliere bedrijfsleven." een 3.2 scoort (3 = neutraal). De volgende stelling daarentegen: "Vanwege het maatschappelijk karakter en de publieke belangen is het terecht dat de overheid deze regels (punten, diversiteit, etc.) stelt in de semipublieksector." scoort een 3.29. Een verschil in draagvlak in de semipublieke sector en de private sector voor het normerend optreden van de overheid bij de cumulatie van toezichtfuncties volgt hieruit niet. Mogelijk dat de auteurs van het essay dit konden afleiden uit de kwalificaties van de personen die de enquête hebben ingevuld. Dit wordt echter niet met cijfers onderbouwd.

(v) Uit de derde stelling opgenomen in figuur 12 (essay, p. 72), zou moeten blijken dat 60% van de respondenten het er mee eens is dat een fulltime bestuurder van een grote entiteit niet meer dan twee toezichtfuncties mag vervullen (essay, p. 30/31). Deze stelling heeft echter een score van 3.2 (3 = neutraal). Het percentage van 60 is niet onderbouwd. Verder wordt opgemerkt dat volgens de deelnemers van de rondetafelbijeenkomsten deze norm al lang 'common practice' is (essay, p. 31). Dat volgt echter niet uit de enquête.

(vi) De normering voor het cumuleren van toezichthoudende functies zou overigens niet bij de wetgever, maar bij de toezichthoudende organen moeten worden gelegd, aldus 57% van de respondenten (essay, p. 31) Dit percentage is niet onderbouwd. Uit figuur 15 (essay, p. 75) volgt dat de stelling: "Het is de functie van de raad om na te gaan of iemand tijd genoeg heeft voor de functie, niet de overheid." een score heeft van 3.86 (waarbij 4 = mee eens). De respondenten geven daarmee te kennen vertrouwen te hebben in het zelf corrigerende vermogen van een toezichthoudend orgaan.

(vii) De conclusie wordt getrokken dat de complexiteit van de organisatie het belangrijkste element wordt geacht (essay, p. 31). Volgens de onderzoekers is aannemelijk dat bedoeld wordt dat dit het belangrijkste element is voor het beperken van het aantal toezichtfuncties. Bij een complexe organisatie wordt er immers meer dan normaal van een toezichthouder gevraagd. In de enquête zijn echter geen vragen te ontdekken over de complexiteit van de organisatie. Verwezen wordt naar open vragen en mogelijkheden. Deze zijn echter niet in bijlage 3 terug te vinden. Ook wordt verwezen

naar de uitkomsten van de rondetafelbijeenkomsten. Vervolgens wordt opgemerkt dat 78% van de respondenten aangeeft dat het toezichthoudende orgaan over de cumulatie van toezichtfuncties een uitspraak moet doen en niet de wetgever. In een alinea daarvoor werd nog opgemerkt dat 57% van de respondenten de normering bij het toezichthoudend orgaan legt (zie punt vi hiervoor). Het is de vraag hoe beide percentages zich tot elkaar verhouden.

(viii) In tabel 1 (essay, p. 76) wordt aangegeven hoeveel toezichtfuncties bij een grote entiteit de respondenten aanvaardbaar achten. Voor een fulltime bestuurder geldt maximaal 2 toezichtfuncties; voor een halftime bestuurder tussen 3 en 4 toezichtfuncties; voor personen met een adviserende functie en gepensioneerden tot 5 toezichtfuncties (essay, p. 32). De cijfers in tabel 1 laten een iets genuanceerder beeld zien dan hiervoor werd geschetst. Voor een fulltime bestuurder geldt een gemiddelde van 1.78 toezichtfuncties met een standaarddeviatie van 0.96; voor een halftime bestuurder geldt een gemiddelde van 3.12 toezichtfuncties met een standaarddeviatie van 1.44; voor iemand die halftime werkzaam is anders dan als bestuurder (bijvoorbeeld als consultant, adviseur, hoogleraar) geldt een gemiddelde van 3.59 toezichtfuncties met een standaarddeviatie van 1.50; voor gepensioneerden geldt een gemiddelde van 3.74 toezichtfuncties met een standaarddeviatie van 2.47.

(ix) Tabel 1 (essay, p. 32) geeft de respons aan voor wat betreft de rol van een eventuele onafhankelijke autoriteit van de overheid die de geschiktheid van toezichthouders toetst. Er is sprake van een hoge score bij banken, verzekeraars en pensioenfondsen. De laagste score betreft het overige bedrijfsleven (familiebedrijven, MKB, niet-beursvennootschappen).

(x) Uit de enquête volgt dat 69% van de respondenten het terecht vindt dat de voorzittersrol dubbel telt. Daarentegen meent 43% dat er ruimte moet komen voor goede voorzitters om meer dan twee toezichthoudende organen voor te zitten; 38% van de respondenten is daar tegen (essay, p. 33).
Uit figuur 12 (essay, p. 72) blijkt dat de stelling: “De dubbeltelling van een voorzitter is te rigide: goede voorzitters moeten vaker dan twee keer voorzitter kunnen zijn.”, een score van 3.06 krijgt. Deze score ligt dicht tegen neutraal aan. De stelling: “De dubbeltelling van een voorzitter is terecht: het neemt veel meer tijd in beslag.”, krijgt echter een hogere score, namelijk 3.57. Deze score gaat richting mee eens. Beide scores op inhoudelijk tegengestelde stellingen lijken niet goed met elkaar te rijmen.
Voorgaande gegevens worden op p. 33 van het essay gepresenteerd onder het kopje: “De dubbeltelling van de voorzitter leidt tot kwaliteitsverlies”. Deze tekst is nogal tendentieus; de gevolgtrekking weerspiegelt niet de resultaten van de gehouden enquête.

(xi) Figuur 16 (essay, p. 77) betreft de beroepscommissaris. Deze wordt gedefinieerd als: "iemand zonder hoofdfunctie die zijn/haar beroep maakt van commissariaten of toezichthouderschappen" (essay, p. 77). Van de 514 respondenten voldeden 34 personen aan deze omschrijving; dit betreft 6.6% (essay, p. 33).
Uit de enquête volgt dat ongeveer 54% van de respondenten vindt dat voor een beroepscommissaris een aantal van vijf toezichtfuncties redelijk is; 46% meent dat meer dan vijf toezichtfuncties mogelijk moet zijn. Van deze 46% geeft slechts 13% aan dat er meer dan acht (maximaal tien) toezichtfuncties mogelijk moeten zijn (essay, p. 33).
Verder wordt uit tabel 1 (essay, p. 76) duidelijk dat voor een beroepscommissaris een gemiddelde van 5.55 commissariaten of toezichthouderschappen bij grote entiteiten aanvaardbaar wordt gevonden. Deze vraag is beantwoord door 465 respondenten met een standaarddeviatie van 2.52.
Voorgaande gegevens worden gepresenteerd onder het kopje: "Het verbod op de beroepscommissaris leidt tot kwaliteitsverlies" (essay, p. 33). Van een verbod is echter geen sprake. Voor een beroepscommissaris geldt net als voor iedere toezichthouder bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen een maximum van vijf toezichtfuncties. Naast deze vijf functies kunnen beroepscommissarissen toezichtfuncties vervullen bij niet onder de limiteringsregeling vallende entiteiten, zoals middelgrote en kleine NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen en buitenlandse entiteiten.

(xii) Figuur 16 laat zien dat er bepaalde eisen worden gesteld aan de beroepscommissaris (essay, p. 77). Meer dan 90% van de respondenten meent dat de beroepscommissaris tijd vrij moet houden voor instellingen in problemen; dit wordt de stresstest genoemd. De stelling heeft een score van 4.37 (4 = mee eens; 5 = sterk mee eens). 52% meent dat de beroepscommissaris zelf verantwoording moet afleggen voor zijn/haar handelen (score van 3.38), zich in een apart register moet laten registreren (score van 3.40) en voortdurend aan deskundigheidsbevordering moet doen (score van 4.06).

(xiii) Uit tabel 3 (essay, p. 77) volgt dat de criteria voor de grote rechtspersoon draagvlak hebben; deze criteria worden over het algemeen gedeeld (essay, p. 34) Deze conclusie wordt met enige tegenzin, zo lijkt het, getrokken, omdat uit de ronde tafelbijeenkomsten een ander beeld naar voren kwam. De opmerking wordt gemaakt dat de vraagstelling bij de enquête scherper had gekund. Het voorbeeld van de woningcorporatie wordt opnieuw aangehaald om aan te geven dat relatief kleine organisaties aan deze grootte-criteria kunnen voldoen.

7.2.4 Conclusies

Uit de door het Nationaal Register georganiseerde rondetafelbijeenkomsten, waaraan twintig niet nader geïdentificeerde personen deelnamen, kwam naar voren dat de wettelijke normering van het aantal commissariaten en toezichthouderschappen in het

algemeen werd gesteund. Erkend werd dat de limiteringsregeling heeft bijgedragen aan de bewustwording onder commissarissen en toezichthouders. Er werd echter ook kritiek geuit op de limiteringsregeling. De kern daarvan was de rigiditeit van de wetgeving en het gebrek aan zicht op kwaliteit van het toezicht in de verschillende sectoren en entiteiten. Hierbij werd gewezen op het feit dat de limiteringsregeling geen rekening houdt met de omstandigheden van de persoon van de toezichthouder en niet onderscheidt naar de aard, complexiteit en de specifieke situatie van een entiteit. Daarnaast werd gepleit voor een nadere nuancering van de positie van de voorzitter van een toezichthoudend orgaan en die van de beroepscommissarissen.

Uit de enquête gehouden onder 541 van de bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders en commissarissen – van de samenstelling van de groep respondenten wordt uitgebreid verantwoording afgelegd – komt eveneens naar voren dat er steun is voor een normering voor het cumuleren van het aantal toezichtfuncties en dat de bewustwording onder commissarissen en toezichthouders door de limiteringsregeling is toegenomen. De respondenten betwijfelen of de wetgever de aangewezen instantie is voor deze normering. Zij zijn het grotendeels eens met de stelling dat het de taak is van het toezichthoudend orgaan om na te gaan of iemand tijd genoeg heeft voor de functie, en dat dat geen taak is voor de overheid. Zij geven daarmee te kennen vertrouwen te hebben in het zelf corrigerende vermogen van een toezichthoudend orgaan.
De respondenten hebben bij zichzelf en bij anderen weinig effect gezien van de limiteringsregeling, dat wil zeggen dat zij niet zijn uitgeweken naar toezichtfuncties bij niet onder de limiteringsregeling vallende entiteiten. Wel blijkt duidelijk dat de respondenten de toegenomen zwaarte van de toezichtfunctie voelen voor wat betreft aansprakelijkheid, transparantie, benodigde kennis/inzicht, afbreukrisico, verantwoordelijkheid en tijdsbesteding. Ten slotte wordt in de enquête aandacht besteed aan de positie van de voorzitter van een toezichthoudend orgaan en die van de beroepscommissaris.

In hoofdstuk 5 van het essay van het Nationaal Register worden enkele aspecten genoemd die kunnen worden betrokken bij de evaluatie van de limiteringsregeling.
(i): "Ten behoeve van voorzitters en beroepscommissarissen: 'pas-toe-of-leg-uit-'bepaling? Beëindiging dubbeltelling voorzitters?"
Aan dit aspect wordt aandacht besteed in hoofdstuk 6 van dit deelonderzoek, vooral in par. 6.4.2.
(ii) "Waar kan het meest effectief de beslissing omtrent cumulaties worden belegd: bij de wetgever, normering door een gedragscode of door de raad van toezicht/raad van commissarissen?"
Aan dit aspect wordt aandacht besteed in hoofdstuk 6 van dit deelonderzoek.
(iii) "Zijn de criteria 'grote rechtspersonen' wel effectief?"

Dit aspect is enigszins verrassend. Uit de enquête bleek dat de criteria voor grote rechtspersonen draagvlak hebben; zie punt (xiii) van par. 7.2.3.2. Bij de rondetafelbijeenkomsten bleek wel van kritiek op deze criteria.
In hoofdstuk 4 van dit deelonderzoek wordt onderzocht of er voor- en/of nadelen zijn gebleken bij het hanteren van de criteria voor grote rechtspersonen bij de limiteringsregeling.
(iv) "Door allerlei recente regelingen in de financiële sector, de volkshuisvesting en de zorg: heeft deze wettelijke beperking nog wel zin?"
Dit aspect komt aan de orde bij de kwalitatieve analyse van de limiteringsregeling in par. 7.4 van dit deelonderzoek.
(v) "Wat zijn de effecten van de uitzonderingen (coöperatieve verenigingen, charitatieve instellingen etc.) van de cumulatiebeperking?"
Dit aspect komt aan de orde bij de kwantitatieve en kwalitatieve analyse van de limiteringsregeling in par. 7.3 en 7.4 van dit deelonderzoek.

7.3 De effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties: de kwantitatieve analyse

7.3.1 Inleiding

De eerste vraag is in welke mate de limiteringsregeling heeft geleid tot een afname van concentraties in toezichtfuncties bij een kleine groep toezichthouders. Om enig zicht te krijgen op deze kwantitatieve effecten van de limiteringsregeling is het noodzakelijk om longitudinale gegevens te hebben over de bemensing van de RvC's/RvT's van de onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen. Gezien de grote aantallen en het longitudinale karakter van de vraag verviel de mogelijkheid de data zelf te verzamelen voor de volledige populatie van rechtspersonen. Via de Kamer van Koophandel hebben de onderzoekers echter beschikking gekregen over de longitudinale gegevens van alle toezichthouders van entiteiten die voldoen aan de grootte-criteria. NV's, BV's en stichtingen zijn wettelijk verplicht zich in te doen schrijven bij het door de Kamer van Koophandel gehouden handelsregister (art. 2:69, 2:180 respectievelijk 2:289 BW). Tot de in te schrijven gegevens behoren de persoonlijke gegevens van iedere bestuurder en commissaris/toezichthouder (art. 22 lid 1 sub b respectievelijk art. 28 lid 1 sub a Handelsregisterbesluit). De gegevens die voor dit onderzoek ter beschikking zijn gesteld door de Kamer van Koophandel bevatten informatie over:

1. Alle NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen die aan ten minste twee van de drie grootte-criteria voldoen op een peildatum in 2012 en in 2017.
2. Namen van de functionarissen en unieke persoonlijke identificatiecodes.
3. Per functie is uitgesplitst of het een bestuurs- of toezichtfunctie betreft. Helaas wordt het voorzitterschap van een RvC/RvT niet apart geregistreerd waardoor het

niet mogelijk is in detail te bepalen of alle personen aan de limiteringsregeling voldoen. Op indirecte wijze is wel een indruk te krijgen.

4. Geslacht van de toezichthouders (zie deelonderzoek III). Omdat de Kamer van Koophandel de namen van de toezichthouders alleen kan koppelen aan de gegevens van de burgerlijke stand in Nederland, bleek dit gegeven niet voor personen woonachtig buiten Nederland beschikbaar. Op basis van de namen, gecombineerd met publieke informatie die via internet te vinden was, hebben de onderzoekers alsnog een geslacht aan deze personen toegeschreven. In zowel 2012 als 2017 gaat het hierbij om 29% van de personen die een toezichthoudende functie vervullen bij grote NV's, BV's en/of stichtingen.

Het grote voordeel van de door de Kamer van Koophandel aangeleverde dataset is dat deze in principe alle rechtspersonen bevat die aan de wettelijke grootte-criteria voldoen. De data dekken de volledige populatie. Een beperking van de dataset is dat de wettelijke verplichting niet betekent dat juiste gegevens ook altijd tijdig worden doorgegeven aan het handelsregister waardoor de data niet 100% betrouwbaar zullen zijn. Gegeven het feit dat de onderzoeksvraag zich slechts richt op grote verschuivingen in de populatie, en bijvoorbeeld niet op individuele gevallen, is de door de Kamer van Koophandel aangeleverde dataset volgens de onderzoekers een unieke en goede bron voor de analyses.

7.3.2 Resultaten

Om inzicht te verkrijgen in het aantal rechtspersonen dat onder het toepassingsgebied van de limiteringsregeling valt mede gelet op het totale aantal rechtspersonen, volgt hieronder tabel 1 met het aantal rechtspersonen uitgesplitst per type in zowel 2012 als 2017. Vervolgens wordt uit tabel 2 duidelijk welk percentage grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen deel uitmaken van het totale aantal NV's, BV's en stichtingen in zowel 2012 als 2017.

Tabel 1: Aantal rechtspersonen	2012	2017
NV	3.611	3.998
SE	33	31
BV	773.991	896.613
Stichting	187.994	215.146
Vereniging	98.319	99.750
Coöperatie	5.838	8.033
SCE	0	0
OWM	373	260
Totaal	1.070.159	1.223.831

Tabel 2: Aantal en percentage grote rechtspersonen	2012		2017	
	Aantal	%	Aantal	%
Grote NV's	454	12.57%	479	11.98%
Grote BV's	2.861	0.37%	3.368	0.38%
Grote commerciële/semi-publieke stichtingen	226	0.12%	414	0.19%
Totaal	3.541		4.261	

Uit tabel 2 blijkt dat het aantal grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen in de genoemde periode stijgt van 3.541 naar 4.261; een groei van 20.3%. Uitgesplitst naar type rechtspersoon betekent dit een stijging voor grote NV's van 6%, voor grote BV's van 18% en voor grote commerciële/semipublieke stichtingen van 83%.

Voor 2012 laten de data een totaal van 13.750 bestuurs- en toezichtfuncties zien bij de onder de limiteringsregeling vallende grote rechtspersonen. In 2017 zijn dat er 16.466. In de onderzoeksperiode tekent zich dus een groei van functies af van bijna 20%. De belangrijkste oorzaak hiervan is de groei van het aantal grote rechtspersonen (zie tabel 2).

Het bestand is vervolgens verder uitgesplitst naar bestuurs- en toezichtfuncties. Allereerst worden de resultaten betreffende de toezichtfuncties besproken. Daarna komen de bestuursfuncties aan de orde.

7.3.2.1 Trends in toezichtfuncties

De gegevens laten een aantal interessante ontwikkelingen zien. Om te beginnen is het aantal toezichtfuncties gedurende de onderzoeksperiode vrij snel gegroeid. Waren er in 2012 5.228 toezichtfuncties, in 2017 waren dit er 6.174. Dit is een groei van 18.1%. Dit blijkt voornamelijk te liggen aan een groei van het aantal grote rechtspersonen (zie tabel 2 in par. 7.3.2).

In de tabellen 3 en 4 wordt een overzicht gepresenteerd van de totale aantallen toezichtfuncties per persoon in 2012 en 2017.

Tabel 3: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2012

Aantal	Frequentie	%	% (Cum.)
1	3.458	84,3	84,3
2	395	9,6	93,9
3	133	3,2	97,1
4	61	1,5	98,6
5	30	0,7	99,3
6	14	0,3	99,7
7	7	0,2	99,9
8	3	0,1	99,9
9	1	0,0	100,0
10	1	0,0	100,0
11	1	0,0	100,0
Totaal	4.104	100	

Tabel 4: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2017

Aantal	Frequentie	%	% (Cum.)
1	4.313	85,3	85,3
2	502	9,9	95,2
3	165	3,3	98,5
4	52	1,0	99,5
5	12	0,2	99,7
6	5	0,1	99,8
7	3	0,1	99,9
8	3	0,1	100,0
9	1	0,0	100,0
10	1	0,0	100,0
Totaal	5.057	100,0	

Twee ontwikkelingen vallen vooral op.
(i) Ten eerste zijn er in 2012 27 personen (0.66%) met meer dan vijf toezichtfuncties op een totaal aantal van 4.104 personen. Een nadere visuele inspectie van de portefeuilles van deze personen laat echter zien dat dertien van de 27 personen de maximumgrens van vijf toezichtfuncties lijken te overschrijden. Voor deze dertien personen moet de inwerkingtreding van de limiteringsregeling consequenties hebben gehad. Bij de andere veertien gaat het om personen die verschillende, maar gerelateerde toezichtfuncties

vervullen bij rechtspersonen die tot een groep behoren. De wettelijke limiteringsregeling[288] biedt voor deze gevallen een uitzonderingsmogelijkheid.[289]

In 2017 is het aantal personen met meer dan vijf toezichtfuncties gedaald tot dertien personen (0.26%). De portefeuilles van deze dertien personen bestaan uit toezichtfuncties binnen een groep van rechtspersonen en vallen dus binnen de door de limiteringsregeling gestelde grenzen.

De onderzoekers concluderen dat de door de Kamer van Koophandel aangeleverde gegevens geen aanwijzing geven dat personen meer toezichtfuncties combineren dan het wettelijk toegestane maximum van vijf. Hierbij past de volgende kanttekening. Doordat niet bekend is welke personen een voorzittersfunctie vervullen is het mogelijk dat op dat punt van de limiteringsregeling wel afwijkingen optreden. Eerder onderzoek van het SEOR naar de semipublieke sector laat voor dit deel van de markt zien dat dit niet waarschijnlijk is.[290]

(ii) Ten tweede wordt duidelijk dat het overgrote deel van de toezichthouders in 2012 één functie bekleedt (n=3.458, 84.3 %). Het aantal personen met één positie neemt vervolgens toe tot 85.3 % in 2017. Het aantal personen met twee of drie toezichtfuncties in portefeuille neemt heel licht toe. Het aantal personen met vier toezichtfuncties neemt licht af. Dertig toezichthouders (0.7 %) hebben vijf posities en zitten dus aan de wettelijke limiet. Daaronder bevinden zich twee vrouwen. Deze categorie laat in 2017 een afname zien tot twaalf personen (0.2%) waaronder twee vrouwen.

[288] Vgl. art. 2:132a lid 2 sub b, 2:142a lid 2 sub b, 2:242a lid 3 lid 2 sub b, 2:252a lid 2 sub b, 2:297a lid 3 sub b, 2:297b lid 2 sub b BW.
[289] Het impliceert overigens dat de overige aantallen in de tabel, dus voor de andere categorieën, een lichte overschatting van de totale aantallen betreft. Bijvoorbeeld ook iemand die drie posities heeft kan deze binnen één groep van rechtspersonen vervullen.
[290] Zie SEOR/ECORYS, *De arbeidsmarkt van de interne toezichthouders onder de loep*, 2014, p. 40. Het onderzoek van SEOR/ECORYS is een gedetailleerde analyse van vraag naar en aanbod van toezichthouders in de semipublieke sector. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het ministerie van Economische Zaken. De onderzoekers hebben gebruik gemaakt van een enquête via het Flitspanel, interviews en een workshop. In grote lijnen komen de conclusies overeen met de conclusies die in dit deelonderzoek worden getrokken. Opvallend is dat het gerapporteerde aantal toezichtfuncties per persoon wat hoger ligt dan de data van de Kamer van Koophandel laat zien. Een mogelijke oorzaak is dat personen met meer functies meer interesse hebben in de materie waardoor een overschatting ontstaat.

In de tabellen 5 en 6 worden de personen met meer toezichtfuncties uitgesplitst per rechtsvorm.

Tabel 5: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2012 naar rechtsvorm							
Aantal	BV		NV		Stichting		Totaal
	n	%	N	%	n	%	
1	1.951	85,4	882	76,4	625	93,8	3.458
2	215	9,4	144	12,5	36	5,4	395
3	66	2,9	63	5,5	4	0,6	133
4	28	1,2	33	2,9	0	0,0	61
5	16	0,7	14	1,2	0	0,0	30
6	2	0,1	12	1,0	0	0,0	14
7	2	0,1	4	0,3	1	0,2	7
8	2	0,1	1	0,1	0	0,0	3
9	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1
10	0	0,0	1	0,1	0	0,0	1
11	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1
Totaal	2.284	100	1.154	100	666	100	4.104
Procent	55,7		28,1		16,2		100,0

Tabel 6: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2017 naar rechtsvorm								
Aantal	BV		NV		Stichting		Combinaties	Totaal
	n	%	n	%	n	%	%	
1	2.098	86,7	975	78,4	1.240	89,1	0	4.313
2	222	9,2	170	13,7	110	7,9	28	502
3	68	2,8	60	4,8	37	2,7	52	165
4	27	1,1	21	1,7	4	0,3	56	52
5	2	0,1	10	0,8	0	0,0	66	12
6	3	0,1	2	0,2	0	0,0	60	5
7	0	0,0	3	0,2	0	0,0	100	3
8	1	0,0	1	0,1	1	0,1	100	3
9	0	0,0	1	0,1	0	0,0	100	1
10	0	0,0	1	0,1	0	0,0	100	1
Totaal	2.421	100,0	1.244	100,0	1.392	100,0		5.057
Procent	47,9		24,6		27,5			100,0

Uit de cijfers blijkt dat in 2012 het merendeel van de toezichthouders te vinden is bij grote BV's, gevolgd door grote NV's en ten slotte grote stichtingen. Kijken we naar de personen met één functie in 2012, dan zien we dat 56.4% van de toezichthouders bij BV's te vinden zijn, 25.5% bij NV's en 18.1% bij stichtingen.

De cijfers voor personen met meer functies moeten echter met enige voorzichtigheid worden geïnterpreteerd. Deze functies zijn niet noodzakelijkerwijs beperkt tot een enkele rechtsvorm. Er worden door een persoon geregeld functies bij NV's, BV's en stichtingen gecombineerd. De percentages van personen die in hun portefeuille functies bij verschillende rechtsvormen combineren zijn voor 2017 aangegeven in de kolom 'combinaties'. Deze kolom laat zien dat 28% van de personen met twee toezichtfuncties

toezicht houdt bij twee verschillende rechtsvormen. Dit percentage loopt snel op tot 100% bij personen met zeven of meer functies. De gepresenteerde cijfers in de rest van de tabel geven grofweg de onderlinge verhoudingen tussen de rechtsvormen weer.[291] Zo kan bijvoorbeeld niet geconcludeerd worden dat er één persoon is met acht toezichtfuncties bij stichtingen. Wel kan de conclusie worden getrokken dat het vooral een combinatie van toezichtfuncties bij NV's betreft, een enkele keer gecombineerd met een toezichtfunctie bij een BV, en dat een combinatie met een toezichtfunctie bij een stichting uitzonderlijk is.

De hiervoor gepresenteerde gegevens laten zien dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd. Daarnaast laten zij zien dat het aantal gezichtsbepalende personen met grote portefeuilles – zij waren vaak de aanleiding voor de discussies – in de praktijk slechts zeer klein is. Er zijn weinig (beroeps)commissarissen die vele toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en stichtingen combineren. Op basis van de gegevens constateren de onderzoekers dat in 2012 dertien personen van in totaal 4.104 personen boven het maximumaantal toezichtfuncties van de nadien ingevoerde limiteringsregeling zaten. Volgens de gegevens is er in 2017 geen sprake van overtreding van de limiteringsregeling.

7.3.2.2 Trends in bestuursfuncties

De tabellen 7 en 8 bevatten de gegevens van de bestuursfuncties en laten een onverwacht beeld zien. Bij de discussies in de Tweede en Eerste Kamer kwam ter sprake of een limitering van het aantal bestuursfuncties ook noodzakelijk was (zie par 2.4.1.3). Daar is niet toe overgegaan met als argument dat bestuursfuncties bij grote rechtspersonen normaliter fulltime functies zijn. Het cumuleren van bestuursfuncties zou dan vanzelf worden beperkt en opname in een wettelijke regeling werd niet nodig geacht. De cijfers laten een ander beeld zien. In 2012 hebben 6.426 personen (87.5%) één bestuursfunctie. De andere 12.5% heeft er twee of meer en dit loopt zelfs op tot twintig. Het is dus niet ongewoon dat personen verschillende bestuursfuncties bij grote rechtspersonen combineren.
De betekenis van deze cijfers dient echter te worden gerelativeerd. Op basis van een visuele inspectie van de namen van de entiteiten concluderen de onderzoekers dat het voor een groot deel personen betreft die bestuursfuncties vervullen bij rechtspersonen die tot een groep behoren. Deze getallen veranderen nauwelijks in de loop der tijd en zijn in 2017 vrijwel identiek. Helaas is het gezien de grote aantallen en ontbrekende data over groepsrelaties niet mogelijk een systematische analyse uit te voeren anders dan via een

[291] Voor de liefhebber van de details: personen met functies bij meer rechtsvormen zijn toegekend aan een van de rechtsvormen op basis van hun eerste functie in het databestand. Omdat er geen verband is tussen de eerste functie en de rechtsvorm, worden de personen met meer rechtsvormen in portefeuille over de rechtsvormen verdeeld op basis van de kans dat een bepaalde rechtsvorm bovenaan staat. De gepresenteerde cijfers in de tabel reflecteren dus wel de verdeling van aantallen rechtsvormen over deze groep als geheel, maar zij zijn niet direct te herleiden tot individuele personen.

visuele inspectie van de namen van de entiteiten. Een nadere analyse is met dit databestand niet mogelijk.

Tabel 7: Aantal bestuursfuncties per persoon in 2012			
Aantal	Frequentie	%	% (cum.)
1	6.426	87,5	87,5
2	739	10,1	97,6
3	115	1,6	99,1
4	43	0,6	99,7
5	10	0,1	99,9
6	1	0,0	99,9
7	8	0,1	100,0
11	1	0,0	100,0
20	1	0,0	100,0
Totaal	7.344	100	

Tabel 8: Aantal bestuursfuncties per persoon in 2017			
Aantal	Frequentie	%	% (cum.)
1	7.611	87,0	87,0
2	886	10,1	97,2
3	174	2,0	99,2
4	40	0,5	99,6
5	16	0,2	99,8
6	9	0,1	99,9
7	1	0,0	99,9
8	2	0,0	99,9
11	1	0,0	100,0
12	1	0,0	100,0
17	1	0,0	100,0
21	1	0,0	100,0
24	1	0,0	100,0
Totaal	8.744	100	

Uitgesplitst naar rechtsvorm blijkt dat het vervullen van verschillende bestuursfuncties vooral bij grote BV's voorkomt, gevolgd door grote NV's (tabel 9 en 10). Met het toenemende aantal grote stichtingen (zie hiervoor) neemt ook hier het aantal personen met meer bestuursfuncties toe van 3.9% naar 6.1 % van het totale aantal. Net als bij de toezichtfuncties geldt ook hier dat personen gelijktijdig bestuursfuncties bij verschillende rechtsvormen kunnen vervullen. Behalve voor de personen met één bestuursfunctie, kunnen personen met meer bestuursfuncties combinaties vormen (bijvoorbeeld één bestuursfunctie bij een BV en één bestuursfunctie bij een NV). De getallen moeten dus als indicatief worden beschouwd en niet in absolute termen worden geïnterpreteerd.

Tabel 9: Aantal bestuursfuncties per persoon in 2012 naar rechtsvorm								
Aantal	BV		NV		Stichting		Totaal	
	n	%	n	%	N	%	N	%
1	4.678	86,1	953	88,1	795	96,1	6.426	87.5
2	623	11,5	91	8,4	25	3,0	739	10.1
3	82	1,5	27	2,5	6	0,7	115	1.6
4	34	0,6	8	0,7	1	0,1	43	0.6
5	10	0,2	0	0,0	0	0,0	10	0.1
6	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0
7	5	0,1	3	0,3	0	0,0	8	0.1
11	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0
20	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0
Totaal	5.435	100,0	1.082	100,0	827	100,0	7.344	100.0
Percent	74,0		14,7		11,3		100	

Tabel 10: Aantal bestuursfuncties per persoon in 2017 naar rechtsvorm								
Aantal	BV		NV		Stichting		Totaal	
	n	%	n	%	n	%	N	%
1	5.408	85,5	1.073	88,5	1.130	93,9	7.611	87,0
2	725	11,5	110	9,1	51	4,2	886	10,1
3	138	2,2	13	1,1	23	1,9	174	2,0
4	30	0,5	10	0,8	0	0,0	40	0,5
5	16	0,3	0	0,0	0	0,0	16	0,2
6	2	0,0	7	0,6	0	0,0	9	0,1
7	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0
8	2	0,0	0	0,0	0	0,0	2	0,0
11	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0
12	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0
17	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0
21	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0
24	1	0,0	0	0,0	0	0,0	1	0,0
Totaal	6.327	100,0	1.213	100,0	1.204	100,0	8.744	100,0
	72,4		13,9		13,8		100,0	

7.3.2.3 Combinatie van bestuurs- en toezichtfuncties

Directe tellingen van de grootte van portefeuilles van toezichthouders en bestuurders zijn veelzeggend, maar laten niet zien op welke wijze functies worden gecombineerd. De limiteringsregeling is expliciet over de combinatie van bestuurs- en toezichtfuncties. Een persoon die meer dan twee toezichthoudende functies vervult of die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan kan niet tot bestuurder worden benoemd.

Tabellen 11 en 12 geven een beeld van de situatie in 2012 en 2017 voor wat betreft de combinatie van bestuurs- en toezichtfuncties. De rode vlakken geven aan welke combinaties volgens de limiteringsregeling niet toegestaan zijn. De oranje vlakken geven aan welke personen de gestelde limieten van de limiteringsregeling lijken te overschrijden maar onder een uitzondering vallen: het betreft toezichtfuncties binnen een groep van

rechtspersonen. Zoals hiervoor besproken betreft het veertien van de 27 personen die voor de introductie van de limiteringsregeling niet aan de wettelijke limiet voldeden. In 2017 komt een overschrijding niet meer voor, behalve voor wat betreft de toegestane toezichtfuncties binnen een groep van rechtspersonen.

Tabel 11: Aantallen gecombineerde toezicht- en bestuursfuncties in 2012

Aantal bestuursfuncties per persoon	Aantal toezichtfuncties per persoon												
	0	**1**	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**	**11**	**Totaal**
0	0	3.171	338	113	54	25	14	5	2	0	0	0	3.722
1	6.105	239	50	17	6	5	0	2	0	1	1	0	6.426
2	703	32	3	1	0	0	0	0	0	0	0	0	739
3	100	11	0	1	1	0	0	0	1	0	0	1	115
4	38	3	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	43
5	8	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	10
6	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
7	5	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	8
11	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
20	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Totaal	6.962	3.458	395	133	61	30	14	7	3	1	1	1	11.066

Tabel 12: Aantallen gecombineerde toezicht- en bestuursfuncties in 2017

Aantal bestuursfuncties per persoon	Aantal toezichtfuncties per persoon											
	0	**1**	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**	**Totaal**
0	0	3.984	440	139	44	10	3	2	3	1	0	4.626
1	7.247	276	56	21	6	2	1	1	0	0	1	7.611
2	830	43	5	5	2	0	1	0	0	0	0	886
3	168	5	1	0	0	0	0	0	0	0	0	174
4	38	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	40
5	15	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	16
6	7	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	9
7	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
8	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
11	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
12	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
17	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
21	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
24	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Totaal	8.313	4.313	502	165	52	12	5	3	3	1	1	13.370

Vóór de invoering van de limiteringsregeling voldeden 38 bestuurders niet aan de eisen van de limiteringsregeling (=0.0034%). In 2017 zijn dit 40 bestuurders, maar is sprake van een afname tot 0.0030% van het totaal. De aantallen naderen dus nul. Het is overigens goed mogelijk dat er een plausibele verklaring bestaat waarom deze personen niet aan de limiteringsregeling lijken te voldoen. Zo kan het bijvoorbeeld een tijdelijk administratief probleem zijn doordat een persoon voor een nieuwe functie wel is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, terwijl hij voor een reeds prijsgegeven functie nog niet is uitgeschreven. Iemand staat dan twee maal in de bestanden, maar per saldo is er niets aan de hand.

Op basis van de resultaten concluderen de onderzoekers dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd. Het feit dat een substantieel aantal bestuurders verschillende bestuursfuncties combineert, is buiten beschouwing gelaten. Dit wordt niet geregeld door de limiteringsregeling.

7.3.2.4 Uitbreiding van de limiteringsregeling naar andere rechtspersonen

De limiteringsregeling richt zich alleen op grote BV's, NV's en commerciële/semipublieke stichtingen en daarmee op een selectie van alle rechtspersonen. De vraag naar de mogelijke gevolgen van een eventuele uitbreiding van de regeling naar andere grote rechtspersonen dringt zich op.
Uit de gegevens in tabel 13 blijkt dat er sprake is van een relatief (zeer) gering aantal grote coöperaties, formele verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen (OWM) in zowel 2012 als 2017.

Tabel 13: Aantal en percentage grote overige rechtspersonen	2012		2017	
	Aantal	%	Aantal	%
Grote coöperaties	90	1.54%	136	1.69%
Grote verenigingen	16	0.02%	14	0.01%
Grote OWM's	7	1.88%	6	2.31%
Totaal	113		156	

Vervolgens zijn de bestuurs- en toezichtfuncties bij grote coöperaties, formele verenigingen en OWM's op een rijtje gezet in de tabellen 14, 15, 16 en 17.

Voor de toezichthouders staan de resultaten in de tabellen 14 en 15. De cumulatie van toezichtfuncties is vrijwel afwezig bij elk van de drie typen van rechtspersonen. Ook de veranderingen in de loop der tijd zijn niet noemenswaardig.
Voor de bestuurders staan de resultaten in de tabellen 16 en 17. Opvallend is overigens dat ook hier bestuurders verschillende bestuursfuncties combineren. In tegenstelling tot bij de grote BV's, NV's en stichtingen is het verschijnsel hier echter marginaal. Bij coöperaties komt het iets meer voor, maar bij verenigingen is het geheel afwezig.

Gezien de geringe aantallen lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling met genoemde overige rechtspersonen geen effect zal sorteren op de arbeidsmarkt voor toezichthouders en bestuurders.

Tabel 14: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2012 bij grote coöperaties, verenigingen en OWM's

Aantal	Coöperatie		Vereniging		OWM	
	n	%	n	%	n	%
1	170	94.44	55	100	17	77.27
2	10	5.56	-	-	5	22.73
3	-	-	-	-	-	-
4	-	-	-	-	-	-
5	-	-	-	-	-	-
Totaal	180	100	55	100	22	100

Tabel 15: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2017 bij grote coöperaties, verenigingen en OWM's

Aantal	Coöperatie		Vereniging		OWM	
	n	%	n	%	n	%
1	212	99.07	53	100	11	55
2	2	0.93	-	-	9	45
3	-	-	-	-	-	-
4	-	-	-	-	-	-
5	-	-	-	-	-	-
Totaal	214	100	53	100	20	100

Tabel 16: Aantal bestuursfuncties per persoon in 2012 bij grote coöperaties, verenigingen en OWM's

Aantal	Coöperatie		Vereniging		OWM	
	n	%	n	%	n	%
1	337	96.29	48	100	17	89.47
2	11	3.14	-	-	2	10.53
3	2	0.57	-	-	-	-
4	-	-	-	-	-	-
5	-	-	-	-	-	-
Totaal	350	100	48	100	19	100

Tabel 17: Aantal bestuursfuncties per persoon in 2017 bij grote coöperaties, verenigingen en OWM's

Aantal	Coöperatie		Vereniging		OWM	
	n	%	n	%	n	%
1	435	96.88	35	100	4	40
2	9	2	-	-	6	60
3	4	0.89	-	-	-	-
4	1	0.22	-	-	-	-
5	-	-	-	-	-	-
Totaal	660	100	35	100	10	100

7.3.2.5 De omvang van de toezichthoudende organen

De limitering van het aantal toezichtfuncties per persoon kan in theorie gevolgen hebben voor het aanbod op de markt voor toezichthouders en zelfs tot tekorten leiden als grote groepen personen hun portefeuilles noodgedwongen moeten verkleinen. Voor een stijgend gebrek aan kandidaten is het reduceren van de omvang van de bestuurs- en toezichtsorganen een mogelijke oplossing.

In tabel 18 wordt de gemiddelde omvang van de bestuurs- en toezichtsorganen gepresenteerd. Uit de gegevens blijkt dat de verschillen tussen de twee meetmomenten marginaal zijn. De onderzoekers constateren dat een reductie van het ledenaantal van bestuurs- en toezichtsorganen is uitgebleven. Wel blijkt dat deze organen bij grote BV's in vergelijking tot grote NV's veel kleiner zijn, en dat de organen van grote stichtingen een nog geringere omvang hebben. Ook binnen deze rechtsvormen tekenen zich in de loop der tijd weinig substantiële verschuivingen af.

Tabel 18: Omvang bestuurs- en toezichtsorganen in de loop der tijd	2012	2017
Gem. omvang RvC/RvT plus bestuurders (alle entiteiten)	3.90	3.87
Gem. aantal toezichthouders (alle entiteiten)	3.84	3.97
Gem. aantal bestuurders (alle entiteiten)	2.49	2.48
Gem. omvang RvC/RvT plus bestuurders (BV's)	3.23	3.12
Gem. aantal toezichthouders (BV's)	3.20	3.28
Gem. aantal bestuurders (BV's)	2.29	2.31
Gem. omvang RvC/RvT plus bestuurders (NV's)	6.37	6.31
Gem. aantal toezichthouders(NV's)	4.86	4.59
Gem. aantal bestuurders (NV's)	2.95	3.02
Gem. omvang RvC/RvT plus bestuurders (stichtingen)	7.29	7.10
Gem. aantal toezichthouders (stichtingen)	5.57	5.27
Gem. aantal bestuurders (stichtingen)	4.01	3.23

7.3.3 Conclusies

De resultaten van de kwantitatieve analyses leiden tot de volgende conclusies:

1. Het aantal rechtspersonen dat onder de limiteringsregeling valt is fors gegroeid in de periode 2012-2017. Vooral het aantal grote stichtingen nam snel toe met 83.5% in een periode van vijf jaar. Het aantal coöperaties, verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen dat onder de grootte-criteria valt is gering.
2. Een zeer groot deel van de toezichthouders heeft slechts één toezichtfunctie (rond de 85% op beide meetmomenten). Het aantal personen met één, twee of drie toezichtfuncties stijgt tussen 2012 en 2017 van 97,1% naar 98.5% van het totale aantal toezichthouders.
3. Het percentage personen dat meer dan het toegestane maximum van vijf toezichtfuncties heeft is met 0.66% in 2012 marginaal en daalt naar 0.26 % in 2017. In 2017 vallen al deze situaties overigens onder een uitzonderingsbepaling: het betreft toezichtfuncties binnen een groep van rechtspersonen. Van een overschrijding van het aantal maximumfuncties is daarom geen sprake. De limiteringsregeling lijkt zeer goed te worden nageleefd.
4. De totale aantallen overziend, is er geen sprake van een grootschalige en wijdverspreide tendens dat een relatief kleine groep personen veel toezichtfuncties combineert. Het 'old-boys-netwerk' heeft in het verleden wellicht bestaan maar nam gedurende lange tijd al af in omvang.[292] In de periode 2012-2017 lijkt het netwerk een beperkte omvang te hebben. De dichtheid van functies is onder deze kleine groep alleen maar verder afgenomen. Opvallend is overigens dat de populatie van toezichthouders reeds voor de invoering van de limiteringsregeling in 2013 aan de nieuwe wettelijk gestelde maxima voldeed (een enkele uitzondering daargelaten). De wettelijke regeling bevestigde een op dat moment reeds bestaande situatie.
5. Het aantal personen dat verschillende bestuursfuncties combineert blijkt onverwachts groot te zijn. Voor een groot deel betreft het waarschijnlijk bestuurders bij rechtspersonen die tot een groep behoren. Een nadere analyse op dit punt bleek niet mogelijk.
6. De data van de Kamer van Koophandels bieden niet de mogelijkheid een aparte analyse van het aantal voorzitterschappen van een toezichthoudend orgaan per persoon te verrichten. Gezien het geringe aantal toezichthouders dat substantiële aantallen toezichtfuncties combineert, is het niet waarschijnlijk dat een dergelijke analyse tot geheel andere conclusies zou leiden.
7. Bij coöperaties, formele verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen is nauwelijks sprake van een cumulatie van toezichtfuncties. Een uitbreiding van het

[292] Vgl. E.M. Heemskerk and M. Fennema, 'Network dynamics of the Dutch Business Elite', *International Sociology* 2009, Volume 24, Number 6, p. 807-832 en G.K. Westerhuis and T. David, *The power of corporate networks – a comparative and historical perspective,* London: Routledge 2014.

toepassingsgebied van de limiteringsregeling naar deze rechtspersonen lijkt geen grote verschuivingen op te gaan leveren.

8. De omvang van de toezichthoudende organen is in de loop der tijd nauwelijks gewijzigd. Het aantal leden is vrij constant. Er is geen enkele indicatie dat een gebrek aan gekwalificeerde kandidaten tot verkleining van deze toezichthoudende organen heeft geleid. De door sommigen verwachte veranderingen in de arbeidsmarkt als gevolg van de wettelijk voorgeschreven limitering van toezichtfuncties blijken niet uit de door de Kamer van Koophandel verstrekte gegevens.
9. De kwantitatieve analyses geven geen aanleiding om grootschalige kwantitatieve effecten van de limiteringsregeling te verwachten op de arbeidsmarkt voor toezichthouders. Het aantal personen met vijf functies was voor invoering van de limiteringsregeling al zeer gering en is verder afgenomen. Het aantal toezichtfuncties dat personen eventueel op hebben moeten geven ten gevolge van de invoering van de limiteringsregeling lijkt heel gering. Aangezien verreweg de meeste personen slechts één toezichtfunctie vervullen, lijkt het onwaarschijnlijk dat het limiteren van het aantal toezichtfuncties voor een enkeling grootschalige tekorten heeft opgeleverd op de arbeidsmarkt van toezichthouders als geheel.

Voorgaande analyses kennen enkele beperkingen.
(i) Data van het voorzitterschap van toezichthoudende organen zijn niet beschikbaar en daarom niet meegenomen in de analyses. Als bijvoorbeeld een persoon vier of vijf toezichtfuncties vervult en twee daarvan zijn voorzittersfuncties, dan wordt in strijd met de limiteringsregeling gehandeld, omdat het voorzitterschap voor het bepalen van het maximumaantal toezichtfuncties van vijf dubbel telt.
(ii) Verder bleek het onmogelijk toezichtfuncties binnen groepen van rechtspersonen te analyseren. Niet alle toezichtfuncties die personen in hun portefeuilles combineren tellen als separate functies; er kan door de groepsvrijstelling sprake zijn van dubbeltellingen. De gepresenteerde cijfers kunnen daarom een lichte overschatting van de daadwerkelijke aantallen toezichtfuncties per persoon bevatten.
(iii) Ten slotte is het mogelijk dat personen toezichtfuncties vervullen bij rechtspersonen die niet onder de limiteringsregeling vallen en dat zij ten gevolge daarvan nog steeds veel toezichtfuncties combineren. Binnen Nederland betreft het toezichtfuncties bij middelgrote, kleine en micro NV's, BV's en stichtingen, bij niet-commerciële stichtingen en bij coöperaties, formele verenigingen en OWM's. Verder heeft de limiteringsregeling geen betrekking op toezichtfuncties bij buitenlandse entiteiten.

7.4 De effecten van de limiteringsregeling op de kwaliteit van het toezicht: de kwalitatieve analyse

7.4.1 Inleiding

De kwantitatieve analyses in par. 7.3 brengen de grote trends op de arbeidsmarkt voor toezichthouders in beeld. Deze laten vooral zien of de limiteringsregeling een einde heeft gemaakt aan het zogenoemde 'old-boys-network'. De regeling stelt een grens aan het aantal toezichtfuncties dat een kleine groep personen in portefeuille kan hebben. De resultaten lieten zien dat er nauwelijks een concentratie van grote aantallen toezichtfuncties meer was op het moment dat de limiteringsregeling werd ingevoerd in 2013. In de (bijna) vijf jaar na de invoering van de limiteringsregeling is de kleine groep van personen alleen maar verder gekrompen. Met andere woorden, de dichtheid van het 'old-boys-network' was al niet groot meer, en is alleen maar verder afgenomen. Daarmee is ook het belang van het tweede argument voor de limitering, het voorkomen van een mogelijke belangenverstrengeling, verder afgenomen.

Het derde argument voor invoering van de limiteringsregeling betrof de aantasting van de kwaliteit van het toezicht, doordat personen te grote portefeuilles aan toezichtfuncties opbouwen en zo te weinig tijd/aandacht per toezichtfunctie overhouden (zogenaamde 'busy' of 'overboarded' directors). Een wettelijke limitering maakt dit onmogelijk, dwingt op individueel niveau een beperking af en creëert zo ruimte in de agenda van houders van grote portefeuilles aan toezichtfuncties. Deze extra ruimte komt vervolgens ten goede aan de kwaliteit van het toezicht, zo is de gedachte. Deze beleidsassumptie gaat echter voorbij aan een andere mogelijkheid. Het is namelijk mogelijk dat de personen met grote portefeuilles deze hebben gekregen doordat zij speciale, schaarse kwaliteiten bezitten. De limiteringsregeling dwingt deze kleine groep personen met 'buitengewone profielen/kwaliteiten' functies op te zeggen waarvoor vervolgens geen goede vervangers te vinden zijn. Het kan dus ook andersom werken.

De onderliggende vraag is in welke mate de limiteringsregeling effect heeft gehad op de kwaliteit van het toezicht. Het bepalen van de kwaliteit van RvC's/RvT's in het algemeen is zeer ingewikkeld en kent een veelheid aan dimensies. Daarom richten we ons hier voornamelijk op een belangrijke basisvoorwaarde voor kwaliteit waarop de limiteringsregeling zich ook richt: de samenstelling van RvC's/RvT's.
Dit roept enkele meer specifieke vragen op. De eerste vraag die zich opdringt is op welke schaal een teveel aan posities in het verleden heeft geleid tot kwaliteitsproblemen. Incidentele problemen met toezichthouders (zoals bij Meavita, InHolland, Vestia) worden wellicht publiekelijk toegeschreven aan dit verschijnsel, maar de vraag lijkt gerechtvaardigd hoe wijd verbreid dit fenomeen was. Vervolgens kan het stellen van een limiet rekruteringproblemen opleveren, wanneer er van uit wordt gegaan dat het

reservoir van personen met 'buitengewone kwaliteiten/profielen' beperkt is. Met andere woorden, het terugdringen van het aantal 'overboarded' personen zou gelijktijdig kunnen leiden tot kwaliteitsproblemen. Het is de vraag of dit effect zich in de praktijk voordoet en zo ja, waarin dit tot uiting komt (bijvoorbeeld langdurig openstaande vacatures als gevolg van tekorten in bepaalde vaardigheden op de markt of toenemende 'second best' keuzes). Tot slot kunnen mogelijke kwaliteitsproblemen zich alleen voordoen indien er onvoldoende aanwas is van nieuwe gekwalificeerde kandidaten.
Aan voornoemde aspecten dient aandacht te worden besteed bij de dataverzameling. De kwantitatieve analyses geven slechts een algemeen beeld. Om greep te krijgen op deze vragen is een meer gedetailleerd zicht op de rekruteringsprocessen noodzakelijk.

7.4.2 Onderzoeksmethodologie[293]

Om enig zicht te krijgen op het effect van de limiteringsregeling is besloten een gericht onderzoek te doen naar de ervaringen van experts die dagelijks en langdurig met deze problematiek te maken hebben. Daarom werden enkele ervaren experts in de executive search branche geïnterviewd met als doel hun rijke en brede ervaring in te zetten om te komen tot een gefundeerd beeld over de recente ontwikkelingen op die markt. Op basis van een sneeuwbalmethode werden nieuwe respondenten geselecteerd. Er is gestopt met het afnemen van interviews op het moment dat de interviews vrijwel geen nieuwe informatie opleverden (saturatie).

[293] Om een goed beeld te krijgen van de ontwikkelingen over de periode 2012-2017 ligt het voor de hand naar experts te zoeken die dagelijks met de rekruteringspraktijk te maken hebben. Besloten is daarom enkele centrale, en zeer ervaren, consultants in de 'executive search' te interviewen (de ervaringen varieerden van zes tot 30 jaar). Eerst is daarbij een werklijst van mogelijke kandidaten opgesteld in samenspraak met een zeer ervaren consultant in deze branche. Vervolgens zijn de personen op deze werklijst geïnterviewd en is hen gevraagd naar andere consultants die vanwege hun ervaring/expertise een goed beeld kunnen geven van de ontwikkelingen. Opvallend is hierbij dat er een vrij kleine groep bestaat van internationale executive search bureaus die de grote NV's en BV's bedienen (met een kleine bijdrage aan de grotere stichtingen). Daarnaast zijn er gespecialiseerde bureaus voor de semipublieke sector, die zich vrijwel alleen op die sector richten. Tot slot kent de branche een heel groot aantal (hele) kleine, lokale spelers die onder in de markt opereren. De gekozen werkwijze leidde tot een serie van acht diepte-interviews.
Er is bewust niet gekozen voor het interviewen van toezichthouders zelf. Hoewel de wettelijke limiteringsregeling hen betreft, hebben zij veel minder ervaring met het rekruteren van toezichthouders. Zij hebben slechts zicht op de gang van zaken rond een enkele vacature, en zien er niet tientallen per jaar voorbij komen. In totaal hebben de geïnterviewden gezamenlijk meer dan 300 search trajecten voor RvC's/RvT's gedaan sinds de invoering van de limiteringsregeling. In dit soort trajecten worden tegenwoordig diverse kandidaten voorgedragen aan de opdrachtgever; het aantal toezichthouders dat de groep experts te woord heeft gestaan is daarom nog vele malen groter.
Elk van de geïnterviewden is gevraagd naar welke expert volgens hem/haar ook geïnterviewd moest worden. Opvallend was daarbij dat de oorspronkelijke lijst het veld vrij goed leek af te dekken. Voor zover namen terugkeerden, stonden deze reeds op de lijst. Diverse geïnterviewden gaven aan dat de mening van toezichthouders zelf ook relevant is, maar daar is vanwege voornoemde argumenten vanaf gezien.

De werkwijze was als volgt:

a. **Criteria voor de selectie van de experts.** Voor een goed eindresultaat is de keuze van de experts cruciaal. De experts zijn op basis van de volgende criteria geselecteerd.
    I. Uitgebreide ervaring met rekrutering van RvC/RvT-leden over een periode die ook de datum van inwerkingtreding van de wettelijke limiteringsregeling omvat. Bij voorkeur betreft de ervaring de **periode 2012 tot nu** en bij voorkeur **verschillende rekruteringsprocedures van RvC's/RvT's per jaar**. In totaal hebben de geïnterviewden in totaal meer dan 300 search trajecten voor RvC's/RvT's gedaan sinds de invoering van de limiteringsregeling op 1 januari 2013. Hun ervaring als consultant in de executive branche varieert van zes tot 30 jaar.
    II. De experts moeten **als groep de gehele populatie aan rechtspersonen bestrijken**. Aangezien experts zich soms in één branche/type rechtspersoon specialiseren, is het van belang dit expliciet mee te nemen en de juiste spreiding te zoeken. De geïnterviewden (en hun bureaus) werken allen voor grote Nederlandse NV's, BV's en stichtingen en erkennen elkaar als grote spelers in het veld. Daarnaast is er een groot aantal kleine bureaus/eenmanszaken die op veel kleinere schaal, vaak lokaal, en meer incidenteel voor kleinere bedrijven/organisaties werken. Deze zijn niet meegenomen, omdat zij op minder grote schaal zoektrajecten begeleiden en dus minder zicht hebben op de ontwikkelingen. Ook hebben zij vooral te maken met personen die één of twee toezichtfuncties ambiëren en opereren zij daarmee op grotere afstand van de wettelijke limiteringsregeling. Tot slot moet worden opgemerkt dat een onbekend deel van de vacatures niet via deze kanalen lopen. Het betreft voornamelijk de rekrutering van toezichthouders voor de relatief kleinere rechtspersonen.

b. **Procedure voor de selectie van experts.** Verwacht wordt dat het aantal ervaren experts betrekkelijk klein is en het veld redelijk transparant; de experts kennen elkaar qua naam en reputatie. Om een goede selectie te krijgen is aan een centrale 'expert' gevraagd een 'short list' te maken op basis van bovenstaande criteria. Bij elk van de te houden interviews werd vervolgens opnieuw gevraagd een short list aan te leveren. Met deze sneeuwbalmethode was het mogelijk een voldoende goede dekking van het veld te genereren. Tijdens de interviews bleek de oorspronkelijke lijst redelijk uitputtend te zijn en de bestaande markt wel af te dekken. Experts refereerden wel geregeld aan de mogelijkheid om ervaren toezichthouders zelf te interviewen. Gezien het feit dat zij slechts incidenteel met vacatures/rekrutering te maken hebben, is daar vanaf gezien. Grotere ontwikkelingspatronen in de markt zijn voor hen lastiger te herkennen.

Alle benaderde personen op de lijst hebben hun medewerking toegezegd, waarmee het responsecijfer op 100% ligt.

c. Wie zijn er geïnterviewd?

Uiteindelijk zijn de volgende mensen geïnterviewd:

1	Privaat	Onafhankelijk	Dhr. Sikko Onnes
2	Privaat	EgonZehnder	Mevr. Ingrid van den Maegdenbergh
3	Privaat	Korn Ferry	Mevr. Frederika Tielenius Kruythoff
4	Privaat	SpencerStuart	Dhr. Han van Halder
5	Privaat	Russell Reynolds Associates	Dhr. Harm van Esch Dhr. René de Zwaan
6	Publiek	Vanderkruijs	Dhr. Pieter Cortenbach
7	Publiek	Public Spirit	Mevr. Jetske Goudsmit
8	Expert	GITP/VU	Dhr. Prof. Dr. Rienk Goodijk

d. Constructie vragenlijst. Het is noodzakelijk een serie vragen te ontwikkelen die een indicatie kunnen geven of, en zo ja in welke mate, er sprake is van toenemende rekruteringsproblemen sinds de invoering van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. Gekozen is voor een semi-gestructureerde vragenlijst als leidraad voor de gesprekken om zo de ervaringen van de experts zo gedetailleerd mogelijk in kaart te brengen. De vragenlijst is verdeeld in twee categorieën. In het eerste deel komt de vraag naar voren in hoeverre respondenten een effect van de limiteringsregeling zien op de kwaliteit van de samenstelling van de RvC's/RvT's. Het gaat dan vooral om de macropatronen in de rekrutering in de loop der tijd. In het tweede deel is heel specifiek gevraagd naar de wijze waarop de limiteringsregeling een rol speelt in het wervingsproces zelf. De vragenlijst is opgenomen in appendix 1.

e. De interviews. De lijst met vragen is voorafgaande aan de interviews aan de respondenten toegestuurd. De interviews hebben vrijwel allemaal op het bureau van geïnterviewde plaatsgevonden (op één telefonisch interview na). De interviews duurden ongeveer een uur. De interviews zijn vrijwel allemaal opgenomen en uitgewerkt (slechts een respondent gaf geen toestemming voor het opnemen van het interview waarna de interviewer het resultaat na afloop zelf heeft uitgewerkt). Vervolgens is op basis van een coderingsschema het interviewmateriaal gerubriceerd en per onderwerp geanalyseerd.

7.4.3 Een eerste globale indruk: … professionalisering van de markt …

De overkoepelende onderzoeksvraag bij de interviews luidde: "In welke mate heeft de invoering van de limiteringsregeling een effect op de kwaliteit van de samenstelling van RvC's/RvT's?" De geïnterviewden koppelden deze vraag vrij eensgezind direct aan het toenemende belang van deugdelijke *corporate governance* in de laatste vijftien jaar. Dit toenemende belang is op allerlei manieren terug te vinden in de beschrijvingen die de geïnterviewden geven. Door het toenemende belang van deugdelijke *corporate*

governance professionaliseerde het toezicht en ontstond een zich snel ontwikkelend nieuw segment op de arbeidsmarkt. Vanuit dit perspectief is de invoering van de limiteringsregeling per 1 januari 2013 een stap in de veel bredere ontwikkeling die al langer gaande was. De limiteringsregeling richtte zich echter op een tweetal aspecten: het doorbreken van het 'old-boys-network' (en de schijn van belangenverstrengeling als afgeleide hiervan) en het realiseren van een kwaliteitsslag door grote portefeuilles aan toezichtfuncties onmogelijk te maken. De gedachte is dat te grote portefeuilles leiden tot aantasting van de kwaliteit van toezicht, doordat tijd en aandacht van een toezichthouder te versnipperd raken.

Om beter zicht te krijgen op de effecten van de limiteringsregeling is het goed om iets meer te zeggen over de situatie van meer dan twintig jaar geleden. In de interviews werd hieraan geregeld gerefereerd. Toezichtfuncties bestonden in eerste instantie alleen in de private sector en werden voornamelijk gezien als een erebaan. Vacatures werden via persoonlijke netwerken aangeboden aan personen die men – vaak de voorzitter van de raad van bestuur – persoonlijk geschikt achtte. Het aanbod was alleen op goede gronden te weigeren onder het mom van '*noblesse oblige*'. Deze vorm van vrijwillige coöptatie had soms voordelen vanwege de korte en persoonlijke lijnen tussen toezichthouders. Maar hierdoor werd ook 'amateurisme' in de hand gewerkt. Ook was de totale poule van kandidaten door de neiging tot persoonlijke rekrutering klein, resulterend in dichte interpersoonlijke netwerken: het 'old-boys-network'. Tot slot leek de economische macht geconcentreerd in de handen van enkele personen die op geen enkele wijze extern gecontroleerd werden, waardoor belangenverstrengeling voor de hand leek te liggen. Deze gang van zaken werd in toenemende mate bekritiseerd. De Commissie Peters stelde in 1997 een lijst met aanbevelingen op voor deugdelijk ondernemingsbestuur voor beursvennootschappen. Vanuit kwaliteitsoverwegingen riep de commissie op tot een beperking van het aantal toezichtfuncties voor personen en een bredere werving uit een grotere poule van kandidaten. Na de Ahold-affaire in 2003 ging de Code Tabaksblat nog een stap verder. De normen werden aanzienlijk aangescherpt. Bovendien werd de Corporate Governance Code inclusief het 'pas-toe-of leg-uit' beginsel wettelijk verankerd. Daarnaast hebben RvC's bij beursvennootschappen een verantwoordingsplicht naar aandeelhouders. Een ander signaal was dat in 2004 de structuurregeling aldus werd gewijzigd dat het coöptatie-mechanisme voor de benoeming van commissarissen werd afgeschaft en de algemene vergadering bevoegd werd commissarissen te benoemen. Voor de stichting geldt dat opvolgingskwesties in handen van de raad van toezicht zelf liggen.[294] Daar is het coöptatiesysteem nog steeds in tact.

[294] Voor een toegelaten instelling als bedoeld in de Woningwet geldt dat benoeming van commissarissen na oprichting plaatsvindt via coöptatie; art. 30 lid 2 Woningwet. Voor een zorginstelling geldt dat op grond van gedragsregel 6.2.2.2. Code Zorg de raad van toezicht bevoegd is tot benoeming, schorsing en ontslag van de leden van de raad van toezicht.

Vanaf eind jaren ’90 van de vorige eeuw zijn toezichtfuncties qua inhoud en qua zwaarte veranderd. De maatschappelijke zichtbaarheid van de toezichthouder is sterk vergroot, niet in de laatste plaats door een groter beleggend publiek, steeds actievere aandeelhouders, de groeiende media-aandacht en de groeiende behoefte aan transparantie. Deze druk vertaalde zich in zwaardere taken, grotere afbreukrisico’s en potentiële reputatieschade, actievere aansprakelijkstellingen, formalisering van de dynamiek binnen de raad onder andere via de implementatie van ‘best practices’ zoals het instellen van subcommissies, etc.
Met deze trend evolueerden ook de wederzijdse verwachtingen van de raad en de individuele toezichthouder. De verwachte tijdsinvestering steeg. Er kwamen introductieprogramma’s voor nieuwe toezichthouders om de inwerktijd te verkorten. Naast deze interne introducties ontstonden er allerlei opleidingsprogramma’s om commissarissen en toezichthouders formeel (bij) te scholen. Bij de woningbouwcorporaties is dit vertaald in een jaarlijks verplichte scholing via een Persoonlijk Educatie-puntensysteem. Door de hogere verwachtingen en risico’s kijken kandidaten scherper naar vergoedingen. Deze stijgen in deze periode, zowel in de private als de semipublieke sector. Ook worden vacatures kritischer door kandidaten bekeken. Een *due-diligence* onderzoek door kandidaten vóór het accepteren van een nieuwe functie neemt toe in belang. Tot slot lijken de zelfevaluaties van raden in toenemende mate serieus te worden genomen, inclusief het verwijderen van slecht functionerende toezichthouders door hun collega-raadsleden (al is het sporadisch).
Dit alles overziende is de toezichtfunctie professioneler geworden, en hebben alle partijen in de markt veel scherper voor ogen wat er precies van een commissaris/toezichthouder verlangd wordt en wat deze ervoor terugkrijgt.
Hand in hand met de professionalisering van het toezichthouderschap ontstond een volwassen arbeidsmarktsegment voor commissarissen en toezichthouders. Waar in het verleden een bestuurder zelf in het eigen netwerk op zoek ging naar een nieuw lid voor de RvC, is het nu een professionele industrie. RvC’s/RvT’s van grote NV’s, BV’s en stichtingen besteden het zoekproces vaak uit aan professionele *executive search* bureaus. In het verleden concentreerden deze bureaus zich op het zoeken van bestuurders en was de werving van toezichthouders slechts een geringe nevenactiviteit. De verschillen in de werving van bestuurders en toezichthouders zijn echter klein geworden. Voor de executive search bureaus maakt het zoeken naar commissarissen en toezichthouders een substantieel, en niet meer weg te denken deel van de opdrachten uit. Met het rooster van aftreden in de hand worden (middellange termijn-) analyses verricht naar de toekomstige samenstelling van een raad. In dat verband worden gedetailleerde profielen opgesteld voor vacatures met taken, eisen en criteria. Er wordt actief geworven, zowel publiekelijk als ook via eigen kanalen. Tot slot wordt er actief naar referenties van kandidaten gezocht, waarbij gelet wordt op hun functioneren in andere raden. Aspecten als aanwezigheid, voorbereiding, conceptueel vermogen, teamspeler of ruziemaker, etc. komen daarbij uitgebreid aan de orde.

De professionalisering is ten koste gegaan van de informele rekrutering in kleine kring die oorspronkelijk leidde tot het ontstaan van het 'old-boys-network'. Zo bezien is de invoering van de limiteringsregeling in 2013 slechts een stap in een breder professionaliseringsproces dat al langer gaande was en zich in dezelfde richting bewoog. Daarbij moet worden aangetekend dat deze professionaliserings-trend vermoedelijk minder ver gevorderd is bij buiten de limiteringsregeling vallende kleinere entiteiten met minder geld en minder aanzien. Lang niet alle toezichtfuncties worden dus via search bureaus opgevuld.

De veranderingen in de rekrutering van nieuwe toezichthouders gaat hand in hand met veranderingen in de toezichtfunctie. Zoals gezegd neemt de professionalisering allerlei vormen aan. Voor dit onderzoek is vooral van belang dat de limiteringsregeling voortkomt uit de zorg over de hoeveelheid tijd en aandacht die toezichtfuncties krijgen als personen te grote portefeuilles hebben. De professionalisering van de toezichtfunctie is nauw verweven met het toenemende tijdsbeslag dat een toezichtfunctie vereist. De Commissie Peters onderstreepte in 1997 al het belang van voldoende tijd en ook in de dagelijkse praktijk is het een belangrijke overweging geworden voor het al dan niet aanvaarden van een toezichtfunctie. Het houden van toezicht wordt tegenwoordig als een serieuze taak gezien, zowel door de kandidaten als door de rekruterende RvC's/RvT's. De ondernemingsschandalen hebben wellicht de discussie over de tijdsbesteding verder aangezwengeld. Maar een nieuwe norm over de hoeveelheid tijd en benodigde aandacht had zich al eerder aangediend. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de normen die internationale 'proxy advisors' hanteren wanneer kandidaten worden voorgedragen voor een functie als commissaris/niet-uitvoerende bestuurder bij een beursvennootschap. Zo hanteert ISS (Institutional Shareholder Services) als uitgangspunt voor 'non-executive directors' die bestuurder noch voorzitter zijn, een maximum van vier andere 'non-executive directorships'.[295] Glass Lewis & Co Ltd. hanteert een soortgelijke regeling.[296]

De respondenten schetsen vervolgens een redelijk samenhangend en coherent beeld over wat de limiteringsregeling feitelijk heeft bewerkstelligd. Vóór de invoering van de limiteringsregeling was er een groeiend bewustzijn over de grenzen aan het aantal functies dat personen op zich moeten kunnen nemen. Het belangrijkste verschil met die

[295] Zie *ISS, Europe, Middle East, and Africa (EMEA), Proxy Voting Guidelines Updates, 2016 Benchmark Policy Recommendations, Effective for Meetings on or after Feb. 1, 2016*, p. 4: "The following guidelines will be used: › Executive directors are not expected to hold other executive or chairmanship positions. They may, however, hold up to two other non-executive directorships. › A board chairman is not expected to hold an executive position elsewhere, or more than one other chairmanship position. The chairman may, however, hold up to three other non-executive directorships. › A non-executive director who does not hold executive or chairmanship positions may hold up to four other non-executive directorships."

[296] Zie *Proxy Paper Guidelines for Continental Europe, 2016 Proxy Season: An Overview of the Glass Lewis Approach to Proxy Advice*, p. 7: "We typically recommend shareholders vote against a director who serves as an executive officer of any public company while serving on more than two public company boards and any other director who serves on more than five public company boards […]. We count board chairmanships as two board seats given the increased time commitment."

periode is dat de limitering van het aantal toezichtfuncties een veel pregnanter en openlijker dimensie is geworden, die geïntegreerd is in de dagelijkse praktijk. Zowel de RvC's/RvT's als ook de (aankomende) individuele toezichthouder is zich bewust van de gestelde grenzen. De door de wet gestelde grenzen maken integraal onderdeel uit van de rekrutering door search bureaus. Rekruterende raden – de opdrachtgevers– willen op dit punt geen problemen. Search bureaus zien het vervolgens als hun professionele plicht geen kandidaten voor te dragen die het maximumaantal toezichtfuncties overschrijden. Ervaren toezichthouders met verschillende functies houden het zelf ook goed in de gaten. Reeds bij de eerste informele verkenningen van mogelijke kandidaten voor een toezichtvacature worden mogelijke cumulatieproblemen in kaart gebracht en in de besluitvorming meegenomen. Later in het rekruteringsproces speelt het nauwelijks een rol meer. De limiteringsregeling lijkt nauwkeurig te worden nageleefd, wat in lijn is met de eerdere kwantitatieve analyses.
In het algemeen zijn de geïnterviewden het er over eens dat er een limiet zit aan het totale takenpakket dat een persoon op zich kan nemen. Het wordt als positief gezien dat hier een expliciete discussie over is, zeker om enkele 'rotte appels uit het verleden' te weren. Het ontwikkelen van normen en de bewuste omgang hiermee van zowel raden als individuele toezichthouders ziet men als positief. Dit wil overigens niet zeggen dat men onverdeeld positief is over de noodzaak dit wettelijk te regelen, of over de precieze formulering.

In het navolgende wordt in meer detail beschreven hoe de limiteringsregeling heeft doorgewerkt in de markt voor de commissarissen en toezichthouders. Het eerste deel bestaat uit de visie van de geïnterviewden op de ontwikkelingen op macroniveau. In het tweede deel wordt meer in detail beschreven hoe de limiteringsregeling in het zoek- en rekruteringsproces haar beslag krijgt in de interactie tussen de RvC's/RvT's, de *executive search* bureaus en de commissarissen en toezichthouders zelf. Tot slot worden enkele conclusies getrokken.

7.4.4 Effecten van de limiteringsregeling op de samenstelling van de RvC/RvT: het macroniveau

De limiteringsregeling limiteert het aantal toezichtfuncties dat personen kunnen bekleden. Indien voor de invoering van de limiteringsregeling een groot aantal personen grote portefeuilles had, dan zou een afbouwproces zichtbaar moeten worden. In dit afbouwproces zouden de grote portefeuilles moeten slinken en zouden vacatures beschikbaar moeten komen voor andere kandidaten. Onder dergelijke omstandigheden is het de vraag of er voldoende gekwalificeerde kandidaten voorhanden zijn om de openvallende vacatures over te nemen. Zo ja, dan heeft het invoeren van de limiteringsregeling geen consequenties voor de kwalitatieve samenstelling van RvC's/RvT's. Zo nee, dan leidt de regeling tot aanhoudende rekruteringsproblemen en een dalende kwaliteit van kandidaten.

Geen van de geïnterviewden geeft aan dat er grootschalige rekruteringsproblemen zijn opgetreden na het invoeren van de limiteringsregeling. Dit is geheel in lijn met de kwantitatieve resultaten die in par. 7.3 zijn gepresenteerd. Het aantal personen met grote portefeuilles aan toezichtfuncties nam feitelijk al jaren lang af, waardoor de limiteringsregeling geen acuut probleem creëerde. Na de invoering van de limiteringsregeling heeft dit proces zich gecontinueerd. Er lijken over het geheel genomen voldoende gekwalificeerde kandidaten te zijn om de ontstane vacatures op te vullen.

Het voorgaande neemt niet weg dat de limiteringsregeling op detailniveau wel gevolgen heeft gehad voor de arbeidsmarkt. Hieronder worden deze gevolgen kort besproken. Dit gebeurt aan de hand van thema's die in de interviews naar voren kwamen.

- Effecten op de vraagkant van de arbeidsmarkt

Een van de veranderingen vond plaats in het segment waar voorheen het 'old-boys-netwerk' werd aangetroffen. De bemensing van de toezichtfuncties van de allergrootste entiteiten is volgens de geïnterviewden enigszins van karakter veranderd. Door de wettelijke begrenzing en de kleine poule van kandidaten met het gezochte profiel is het rekruteringsproces ingewikkelder geworden. In het verleden gingen bestuurders informeel op zoek naar kandidaten uit hetzelfde 'old-boys-netwerk'. Vervolgens trad een verschuiving op naar het formeel omschrijven van vacatures waarvoor search bureaus kandidaten leverden. De laatste jaren is men nog pro-actiever geworden en begint het te lijken op een personeelsplanningsproces. Er wordt meer en meer vooraf geanticipeerd op de middellange termijn-ontwikkelingen binnen de raad als geheel (Welke toezichthouders vertrekken wanneer? Wie willen we op termijn als voorzitter en is die persoon dan wel beschikbaar?). De toekomstige samenstelling van de raad wordt soms al één of twee jaar vooruit vastgelegd. Op basis van het rooster van aftreden ontstaat voor de raad een middellange termijnplan waarin het vertrek van oude en de komst van nieuwe commissarissen en toezichthouders worden vastgelegd. Maar zoals gezegd, dit effect geldt vooral voor een klein aantal van de allergrootste entiteiten. Daaronder wordt breder gezocht en is er meer aanbod.

- Effecten op de aanbodkant van de arbeidsmarkt: schaarste problemen?

Kandidaten voor het allerhoogste niveau van de markt zijn schaars. Dat heeft vooral te maken met belangrijke selectiecriteria. Men zoekt in de eerste plaats naar kandidaten die op hetzelfde (of hogere) bestuursniveau functioneren of functioneerden als voorzitter van het bestuur. Dit maakt de poule van kandidaten voor de allergrootste entiteiten per definitie erg klein. Daar komt nog bij dat niet iedereen met bestuurservaring de overstap naar het toezicht soepel maakt. Het vergt andere kwaliteiten die niet iedereen bezit. Deze argumenten zijn niet aan de limiteringsregeling te koppelen. Hooguit kan

geconcludeerd worden dat de limiteringsregeling een verdere beperking oplegt aan de enkeling die in dat segment actief is.
Vanwege deze schaarste komt de totale portefeuille van toezichtfuncties van deze zeer kleine groep personen steeds minder ad hoc tot stand en wordt in toenemende mate bewust nagedacht over hun totale (toekomstige) portefeuille. Uiteindelijk committeert een toezichthouder zich bij elke nieuwe positie voor een aantal jaren. Gegeven de gevorderde leeftijd waarop personen toezichtfuncties aannemen zit er al gauw een leeftijdsgrens aan wat mogelijk is. Het vooraf doordenken van de gewenste samenstelling van een portefeuille is dan raadzaam, zeker ook omdat een tussentijds vertrek uit een toezichtfunctie slecht is voor zowel de entiteit als ook voor de reputatie van de individuele toezichthouder.

Feitelijk is voorgaande beschrijving de tegenhanger van de middellange termijnplanning zoals hiervoor besproken bij de effecten op de vraagkant. Wanneer de raden personen voor de middellange termijn willen vastleggen, dan komt dit ook terug in de loopbaanplanning van de individuele commissaris/toezichthouder. Hierbij zij overigens opnieuw aangetekend dat dit vooral geldt voor de allergrootste entiteiten. Op de niveaus daaronder zijn de getallen veel groter, zijn er meer personen met de juiste ervaring als bestuurder, en zijn er geen indicaties van rekruteringsproblemen als gevolg van de limiteringsregeling. Dit is in lijn met de eerder gepresenteerde kwantitatieve analyses.

- Effecten op de aanbodkant van de arbeidsmarkt: een grotere poule?

Schaarste problemen ontstaan enkel als er onvoldoende aanbod is. Zoals gezegd, het limiteren van toezichthoudende functies beperkt in principe het aanbod. Uit de getallen bleek al dat dit geen groot issue is. Daarnaast is er echter de vraag of het aanbod is vergroot doordat er breder geworven wordt. Wordt er sinds de invoering van de limiteringsregeling geworven uit een grotere poule van kandidaten?
De interviews laten het beeld zien dat er duidelijk breder wordt geworven en dat de werving ingewikkelder is geworden. De opdracht gevende raden stellen meer eisen aan diversiteit en staan meer open voor toezichthouders met andere kenmerken; de search bureaus zoeken breder (en soms langer) en er melden zich proactief meer potentiële kandidaten met andere profielen. Minder ervaren personen zien het toezichthouderschap in toenemende mate als een interessante mogelijkheid om zichzelf verder te ontwikkelen. Uiteraard hebben deze veranderende wensen wel als consequentie dat een belangrijke selectie-eis – recente ervaring in een bestuursfunctie – telkens meer op slechts een gedeelte van de raad van toepassing is (vaak de voorzitter, waarover later meer). Doordat er breder wordt geworven, wordt vaker op 'toezichtpotentieel' geselecteerd en minder op bewezen ervaring of capaciteiten. Selecteren op vooraf ingeschat potentieel kan leidden tot positieve verrassingen, maar brengt ook risico's met zich. Gezien het feit dat de complementariteit binnen de raad relevant wordt geacht, lijken deze risico's met een juiste mix van kandidaten in een raad wel af te dekken. Ook wordt er door de geïnterviewden op gewezen dat ervaring

relevant is, maar dat motivatie van de kandidaat misschien wel net zo belangrijk is. Tot slot wordt opgemerkt dat het aantal grote beursgenoteerde ondernemingen van Nederlandse oorsprong in de loop der tijd is afgenomen. De omvang van de Nederlandse 'training grounds' voor relevante bestuurservaring is daarmee ook afgenomen. Dit geldt overigens voornamelijk voor het topje van de beursvennootschappen (en soortgelijke niet beursgenoteerde ondernemingen). Op het niveau van kleinere ondernemingen spelen deze issues minder omdat het aantal kandidaten met bestuurservaring groter is.

- Meer vrouwen

Een discussie over de omvang van de poule van kandidaten is moeilijk te voeren zonder een ander deel van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv er bij te betrekken: de streefcijferregeling van 30% V/M. Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat de vraag naar vrouwen (zeer) groot is en dat het een belangrijk zoekcriterium is bij de vervulling van vacatures van RvC's/RvT's. In het overgrote deel van de trajecten wordt expliciet om een vrouw gevraagd. Het is lang niet altijd eenvoudig aan deze vraag te voldoen; het vraagt om creatieve zoekprocessen. Voor de internationaal georiënteerde bedrijven vinden deze ook in het buitenland plaats. Hierdoor wordt de poule van mogelijke toezichthouders uiteindelijk vergroot. Er wordt ook een nadeel genoemd. Het is door de grote vraag naar vrouwen mogelijk om op relatief jonge leeftijd vlak voor het bereiken van het hoogste bestuursniveau van een bestuurs- naar een toezichtfunctie over te stappen. Deze vrouwen komen dan RvC's/RvT's binnen op basis van hun potentie als toezichthouder en missen bestuurservaring op het hoogste niveau. Juist deze ervaring had op termijn kunnen bijdragen aan hun kwaliteiten als toezichthouder, aldus enkele geïnterviewden.

- Meer niet-Nederlanders

Dat de zoektocht naar vrouwen niet alleen nationaal maar ook internationaal plaatsvindt, past overigens in het bredere plaatje van de internationalisering van de raden van commissarissen van beursvennootschappen. Voor de grote beursvennootschappen wordt zeker ook internationaal gezocht. Dat kan een enkele keer gedreven zijn door tekorten binnen Nederland, maar is voornamelijk expliciet beleid gegeven het internationale karakter van deze vennootschappen en hun aandeelhouders. Wel wordt gezocht naar personen die iets aan het bedrijf kunnen toevoegen. Een selectie van internationale commissarissen enkel op basis van potentieel is zeer onwaarschijnlijk. Ook lijkt er een grens te zijn aan het aantal commissarissen met een andere dan de Nederlandse nationaliteit. Deze personen hebben vaak minder kennis van de Nederlandse situatie en zijn door de grotere afstand – zowel fysiek als cultureel en sociaaleconomisch – potentieel minder betrokken bij de vennootschap wanneer er calamiteiten optreden.

- Een enkele tegenbeweging

In enkele sectoren lijkt een tegenbeweging te zijn ontstaan en lijkt de poule aan potentiële kandidaten juist weer kleiner te worden. In de financiële sector zijn nieuwe Europese regels door de ECB afgekondigd die een minimale ervaring in de financiële sector voorschrijven alvorens een persoon een functie in een toezichtorgaan kan bekleden. Daarnaast zijn in de woningbouw 'fit and proper' testen voorgeschreven waarbij sectorspecifieke kennis een rol speelt. Eisen rondom sectorspecifieke kennis dan wel ervaring in de desbetreffende sector reduceert het aantal potentiële kandidaten. Raden zijn geneigd om vertrouwde kandidaten te kiezen om eventuele problemen bij de officiële screening te voorkomen. De omvang van dit issue is moeilijk in te schatten. De meningen van de respondenten hierover zijn verdeeld.

- Een kleinere raad?

Een andere mogelijke oplossing voor een tekort aan toezichthouders is het verkleinen van de raden. De vraag wordt dan kleiner, wat mogelijke tekorten reduceert. Volgens de respondenten zijn RvC's/RvT's de laatste jaren, dus sinds 2012, niet kleiner geworden. De invoering van de limiteringsregeling legt weliswaar een maximumaantal toezichtfuncties op, maar uit de interviews komt geen aanwijzing naar voren dat dit het gehele aanbod aan kandidaten substantieel heeft verkleind. Ook de kwantitatieve analyse laat geen verandering in de gemiddelde omvang van de raden zien (zie par. 7.3.2.5).
Dit neemt niet weg dat de omvang van toezichthoudende raden in de decennia daarvoor wel langzaam slonk als gevolg van het professionaliseringsproces. Met het verkleinen van de raden groeide de verantwoordelijkheid van de individuele toezichthouder. Er zit echter wel een grens aan wat mogelijk is. Er wordt tegenwoordig scherp gekeken naar de complementariteit van de leden. Cruciaal zijn bestuurservaring (liefst op hetzelfde of een zwaarder niveau), financiële kennis en sector-/industrie-ervaring. Daarnaast zijn de diversiteitseisen toegenomen. Het groeiende lijstje met eisen is niet meer met een paar toezichthouders te realiseren. Zo ontstaat de behoefte om de raad juist weer wat uit te breiden om zo aan het verscherpte profiel te kunnen voldoen. Geïnterviewden geven dus aan dat er tendensen zijn die de raden juist weer richting vergroting duwen. Per saldo lijkt de limiteringsregeling geen effect te hebben gehad op de omvang van de raden. De kwantitatieve analyses bevestigen dit beeld.

- Rol van beloningen

Ook het groeiende belang van de beloning voor een toezichtfunctie is onderdeel van de professionalisering. De vergoedingen stijgen over het algemeen. Dit geldt voor de private sector, maar ook voor de semipublieke sector sinds wijzigingen in de Wet Normering Topinkomens van kracht zijn geworden.[297] Deze wet bevat de mogelijkheid om de

[297] Op grond van de WNT-normen 2015 mag het inkomen van topfunctionarissen in de (semi) publieke sector in beginsel maximaal 100% van het ministersalaris bedragen. Vgl. www.topinkomens.nl/voor-wnt-instellingen.

vergoedingen voor toezichthouders in de semipublieke sector vanaf 2015 te verhogen om aldus meer recht te doen aan het gewicht van de functie. In de praktijk vinden raden het lastig om de vergoeding voor de eigen leden te verhogen gegeven de maatschappelijke gevoeligheid. Binnen de semipublieke sector leveren de beter betalende functies veel meer geïnteresseerden op in vergelijking met de lager betalende functies (bijvoorbeeld woningbouw versus culturele sector).
Voor de kleine groep van toezichthouders die op jongere leeftijd besluiten een bestuurlijke loopbaan om te buigen richting het toezichthouderschap speelt de beloning zeker een rol. Bij het plannen van een portefeuille wordt er scherper gekeken naar de (on)mogelijkheden om iets in bijvoorbeeld de culturele sector te doen. De lagere beloningen in de semipublieke sector maken deze toezichtfuncties minder aantrekkelijk, omdat deze personen van deze vergoedingen moeten rondkomen. Veel toezichthouders zijn echter niet financieel afhankelijk van de vergoedingen. Zij kijken eerder naar de symbolische waarde van het uitgekeerde bedrag. Financiële maximalisatie is geen doel, maar te lage betaling wordt in de besluitvorming wel meegenomen als een 'dissatisfier'. Om die reden is het aanbod van personen vanuit de private sector binnen de semipublieke sector wellicht afgenomen. De link met de limiteringsregeling zelf lijkt echter zwak tot afwezig. Veel organisaties in bijvoorbeeld de culturele sector halen de grootte-criteria niet waardoor er volop mogelijkheden zijn om in deze sector toezichthouder te worden, ook al vervult de desbetreffende persoon vijf toezichtfuncties die wel onder de limiteringsregeling vallen.
Tot slot wordt er binnen de private sector meer internationaal gezocht en gerekruteerd. In dat verband blijkt de beloning voor niet-Nederlanders die bij een Nederlandse NV/BV toezicht houden vaak aan de lage kant. Andersom zijn er Nederlanders die naar het buitenland kijken. Zij doen dit niet in de laatste plaats omdat zij het zien als een leuke, interessante mogelijkheid, maar ook de substantieel hogere vergoedingen in bijvoorbeeld Zwitserland of het Verenigd Koninkrijk spelen een rol. Voor de semipublieke sector speelt de internationalisering geen rol.

- Semipublieke versus private sector

De private sector kent sinds lange tijd de RvC als toezichthoudend orgaan. In de semipublieke sector is dat van recenter datum. Het instellen van een RvT droeg bij aan het geven van een grotere mate van zelfstandigheid aan deze organisaties waarbij toch voldoende toezicht op het bestuur werd gerealiseerd. Omdat het toezichtmodel was overgenomen uit de private sector, waren kandidaat-toezichthouders met bestuurservaring in de private sector in eerste instantie aantrekkelijk. Daar lijkt echter een kentering in te zijn gekomen. De grotere complexiteit, de vaak tragere ontwikkelingen, de toenemende overheidsbemoeienis in de semipublieke sector en de regulering van inkomens maken deze posities minder aantrekkelijk. Daarnaast groeide binnen de semipublieke sector de overtuiging dat het hebben van bestuurservaring in de private

sector lang niet altijd een voordeel biedt. Ook steeg de behoefte aan sectorspecifieke kennis binnen de sectoren van onderwijs, gezondheidszorg- en woningbouw.
Binnen genoemde sectoren is vervolgens een soort statushiërarchie van raden te ontdekken die nauw verbonden is met de beloningen. Deze hiërarchie geldt tussen de verschillende sectoren. Zo trekt een toezichthoudende functie in de woningbouwsector meer belangstelling dan die bij culturele instellingen. Deze laatsten bieden lagere beloningen en moeten het veel meer hebben van de intrinsieke motivatie van de individuele toezichthouder. De professionalisering van het toezicht voltrekt zich vermoedelijk langzamer in sectoren met kleinere organisaties, lagere vergoedingen en minder aanzien. Maar de hiërarchie geldt ook binnen sectoren. Voor een universiteit is het bijvoorbeeld gemakkelijker een geschikte kandidaat voor een toezichthoudende functie te vinden dan voor een ingewikkelde lokale Primair Onderwijsorganisatie.

- One-tier boards

Respondenten geven aan dat ze heel weinig tot niet met one-tier boards te maken hebben (zie deelonderzoek I). Dit type bestuursorgaan kan een toezichthouder wellicht wat meer tijd kosten. De geïnterviewden geven aan dat Nederlandse toezichtsorganen zich steeds meer richting het one-tier model bewegen en dat qua tijdsbeslag de verschillen met het two-tier model lijken af te nemen. Wel kwam het one-tier model nog ter sprake in verband met bedrijven afkomstig uit het Verenigd Koninkrijk waarvoor toezichthouders gezocht worden. Een enkele toezichthouder vindt het interessant om in een andere context te werken of is geïnteresseerd in een betere beloning voor niet-uitvoerende bestuurders. De interviews laten geen specifiek effect zien van de limiteringsregeling op de rekruteringsprocessen bij rechtspersonen met een one-tier board.

- Omzeilen van de limiteringsregeling?

Tot slot werd in de discussie rondom de limiteringsregeling gesuggereerd dat rechtspersonen de limiteringsregeling wellicht gaan omzeilen door RvC's/RvT's om te zetten in raden van advies (bijvoorbeeld tijdens beraadslagingen in de Tweede en Eerste Kamer; zie par. 2.6.2 onder punt (iii)). In de praktijk hebben de geïnterviewden dit verschijnsel vrijwel niet gezien. Een enkele onderneming brengt de behoefte aan specifieke kennis wel eens in een raad van advies onder waar deze vroeger in de RvC werd opgenomen. Nadeel is echter de grotere vrijblijvendheid van de raden van advies. Verder lijkt een enkel familiebedrijf dit systeem te hanteren, maar daar zijn raden van advies vaak invloedrijker dan RvC's. Ook zouden raden van advies voorkomen bij een enkel *private equity* fonds en bij enkele buitenlandse banken. Tot slot werd genoemd dat een enkele keer iemand als lid wordt opgenomen in de RvC/RvT die dan vrij snel de voorzittershamer overneemt. Dit telt dan op het moment van de benoeming niet mee als een dubbeltelling van toezichthoudende functies (zie par. 3.3).

Gezien de substantiële aantallen toezichthouders lijken de voorgaande voorbeelden niet veel verder te strekken dan wat schuiven in de marges Gelet op de omvang van de totale markt lijken dit geen praktijken die grootschalig worden toegepast.

Samenvatting van de trends op macroniveau

De geïnterviewden geven een vrij consistent beeld van de ontwikkelingen. Ze refereren allen aan een voortschrijdend professionaliseringsproces dat zich de afgelopen vijftien jaar heeft voltrokken. Qua inhoud en gewicht zijn toezichtfuncties aanzienlijk zwaarder geworden. Ook zijn de verwachtingen zowel binnen de raden als van externe belanghebbenden gestegen. De gevraagde tijdsbesteding is daarmee aanzienlijk toegenomen, de beloningen zijn gestegen, de opleidingseisen zijn hoger geworden, de rekrutering is geformaliseerd, enz. In de loop der jaren is een volwassen arbeidsmarktsegment voor commissarissen en toezichthouders ontstaan.
In deze context zien de geïnterviewden het nut van een vorm van limitering van het aantal toezichtfuncties. Het levert een signaal op dat er grenzen zitten aan welke belasting voor een persoon mogelijk is. Uit de interviews blijkt niet dat de limiteringsregeling tot grote rekruteringsproblemen heeft geleid. Bij de allergrootste entiteiten is er wel meer druk gekomen en wordt verder vooruit gedacht bij het plannen van de samenstelling van de RvC/RvT. De spoeling is al dun op dat niveau, waardoor er planmatiger wordt gewerkt. Van grote tekorten als gevolg van de limiteringsregeling lijkt echter geen sprake te zijn.
Daarnaast wordt er breder geworven, mede als gevolg van de roep om meer diversiteit in toezichthoudende organen. De vraag naar meer vrouwen is substantieel; er wordt internationaal geworven. Ook wordt er breder gezocht, ook naar hele specifieke kennis en ervaring (bijvoorbeeld digitalisering). Een consequentie daarvan is dat er vaker toezichthouders op basis van hun ingeschatte 'potentieel' worden aangesteld, wat enerzijds successen en anderzijds teleurstellingen oplevert. Maar ook hier lijkt de limiteringsregeling nauwelijks een drijvende kracht achter de veranderende selectie-eisen.
Tot slot blijkt de limiteringsregeling niet of nauwelijks ontdoken te worden. De geïnterviewden konden slechts een sporadisch voorbeeld noemen, waardoor de vrees voor ontduiking ongegrond lijkt.

7.4.5 Effecten van de limiteringsregeling bij het vervullen van vacatures: de dynamiek tussen de RvC/RvT, het *executive search* bureau en de toezichthouders

De hiervoor beschreven trends komen op diverse manieren terug wanneer de geïnterviewden de gang van zaken tijdens het zoekproces omschrijven. Voor allen geldt dat de veranderingen in de markt hebben geleid tot een substantiële toename in omzet. Meer dan vijftien jaar geleden was een vacature voor een toezichthouder een bijkomende kleine vraag van een opdrachtgever bij het zoeken naar bestuurders. Op dit moment is het een substantiële en geïnstitutionaliseerde vraag uit de markt. De bedrijfsomzetten in

de search branche zijn substantieel en het aantal aanbieders is gegroeid. Het zoekproces verloopt volgens soortgelijke protocollen als voor bestuursvacatures. Opnieuw een teken van de voortschrijdende professionalisering van de markt.

In grote lijnen bestaat de procedure uit een paar stappen. Een RvC/RvT neemt contact op met het search bureau. Deze gaat in gesprek met de raad over de precieze wensen en behoeften nu en in de naaste toekomst. Daaruit volgt een profielschets met huidige en toekomstige toezichttaken, verwachtingen die de raad heeft, en de selectiecriteria waaraan een kandidaat moet voldoen. In de private sector gaat het search bureau vervolgens op zoek in het eigen netwerk naar potentiële kandidaten. In de semipublieke sector komen daar open advertenties bij om de vacature breed bekend te maken. In toenemende mate vraagt dit traject om creatieve zoektochten omdat de criteria verschuiven als gevolg van groeiende eisen qua diversiteit (vrouwen, jongeren, bepaalde nieuwe vaardigheden). Vervolgens wordt een '*longlist*' opgesteld met potentiële kandidaten. Deze lijst wordt met de opdrachtgever besproken, waarna een 'short list' wordt gemaakt van geschikte kandidaten. Deze worden vervolgens persoonlijk benaderd en hun belangstelling wordt gepolst. Indien een mogelijke kandidaat interesse heeft, wordt deze bijgepraat door het search bureau over de precieze vacature. Als de kandidaat belangstelling houdt, wordt deze met andere geïnteresseerden voorgedragen aan de raad die de opdracht heeft verstrekt. Hier is dus sprake van concurrentie tussen kandidaten, een verschijnsel dat voor de professionalisering niet voorkwam. Met enkele kandidaten vinden vervolgens selectiegesprekken plaats waarna getracht wordt een positieve match te creëren tussen de opdrachtgever en een geschikte kandidaat. In dit hele proces speelt de limiteringsregeling op een paar momenten een rol.

- De vacature

Het opstellen van de vacature is een dynamisch proces waarbij diverse overwegingen een rol spelen. Het search bureau bespreekt met de opdrachtgever de precieze behoeften. Daarbij wordt niet alleen gekeken naar de vacature zelf, maar ook naar de samenhang met de toekomstige veranderingen in de samenstelling van de raad in de komende jaren als gevolg van het rooster van aftreden. Zo ontstaat automatisch een middellange termijn planning. Van belang is dat vacatures niet geïsoleerd worden bekeken. De samenstelling van de gehele raad is relevant. Zo wordt bijvoorbeeld ook naar de effecten voor de diversiteit gekeken ('pas-toe-of-leg-uit' issue; bbp III.3.1 Code 2008[298]), en is de totale mix van kennis en ervaring in een raad van wezenlijk belang. Het vertrek van één persoon kan op diverse manieren de totale samenstelling van de raad beïnvloeden.

- Het opstellen van een 'long list'

Met het voorgaande voor ogen wordt een long list van mogelijke kandidaten samengesteld door het search bureau. Dit gebeurt enerzijds door te zoeken in de lijsten

[298] Zie ook het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid, *Stb.* 2016, 559.

van bekende personen via aanwezige databestanden, aangevuld met allerlei publieke achtergrondinformatie. Er wordt gekeken naar wat een persoon al in portefeuille heeft, welke toezichtfuncties wellicht snel aflopen, en wat bekend is over de interesses van een persoon. Soms wordt vooraf informeel afgetast of een persoon überhaupt interesse zou hebben in een nieuwe positie (zonder namen te noemen).
Binnen de semipublieke sector werkt het samenstellen van de lijsten enigszins anders dan in de private sector. Rekrutering via open kanalen (zoals advertenties) is daar veel gewoner en wordt gebruikt als aanvulling op de eigen kanalen van de search bureaus.
In de fase van het samenstellen van de long list speelt de limiteringsregeling volgens de geïnterviewden een grote rol. De search bureaus hebben er belang bij om binnen de grenzen van deze regeling te blijven. Opdrachtgevers zitten niet te wachten op mogelijke kandidaten die niet aan de regeling voldoen. Iemand voordragen die niet aan de limiteringsregeling kan voldoen heeft geen zin, is zonde van de tijd en energie, en wordt algemeen als onprofessioneel gezien.

- Van long list naar short list

Bij het verkorten van de lijst wordt tussen de opdracht gevende RvC/RvT en het search bureau gesproken over de limiteringsregeling. Er wordt een inschatting gemaakt van de potentie van een kandidaat en hoe reëel een mogelijke kandidatuur zal zijn. Een inschatting van de tijdsbesteding van mogelijke kandidaten gecombineerd met de grenzen van de limiteringsregeling is hier van belang.

- Het eerste gesprek met de potentiële kandidaten op de short list

Na het vaststellen van de short list worden de mogelijke kandidaten direct benaderd voor een eerste gesprek met het search bureau. Voor mogelijke kandidaten zijn de tijdsbesteding en de limiteringsregeling direct van belang. Dit is het moment dat de eigen ambities en voorkeuren van mogelijke kandidaten in directe communicatie naar voren komen en – in geval van grotere portefeuilles – gekeken wordt of een nieuwe toezichtfunctie past binnen de bestaande portefeuille. Bij de kleine groep personen die een grotere portefeuille aan toezichtfuncties in de naaste toekomst ambiëren, komt een gesprek op gang over wat een goede samenstelling op termijn zou zijn. Het gaat dan om persoonlijke interesses (sector, buitenland, commissies, financiële vergoedingen, voorzitterschap etc.). Hier speelt de limiteringsregeling een belangrijke rol omdat de limitering enig strategisch gedrag afdwingt. Voor de enkeling die reeds meer functies heeft, is dit het moment om de plannen door te nemen. Kandidaten zijn daarbij kritischer geworden; ze kijken serieuzer en anticiperen meer op wat ze wel/niet willen. De rol van beloningen daarbinnen is ook wat groter geworden, zeker voor de enkele persoon die op jongere leeftijd een loopbaan als toezichthouder ambieert. Aangezien het voortijdig opgeven van functies om ze in te ruilen voor ‘betere’ als niet professioneel wordt gezien, is het zaak langer vooruit te denken en te plannen. Opnieuw speelt de limiteringsregeling een rol als katalysator binnen de gesprekken. In onderlinge samenspraak gaan alleen de

kandidaten door die binnen de grenzen van de limiteringsregeling vallen. In deze eerste gesprekken werkt de limiteringsregeling direct door en wordt deze geëffectueerd.

- Van kandidaat op de short list tot de benoeming

Feitelijk speelt vanaf dat moment de limiteringsregeling geen rol meer in de procedure. Mogelijke kandidaten die volgens de regeling geen nieuwe toezichtfuncties op zich kunnen nemen zijn uitgeselecteerd. Ook in de discussies tussen de raad en de kandidaten komt het niet meer ter sprake, omdat het als een minimumcriterium wordt gezien. RvC's/RvT's verwachten dat de kandidaten aan de limiteringsregeling voldoen. De motivatie en de hoeveelheid beschikbare tijd van de mogelijke kandidaat is daarentegen wel een belangrijk onderwerp van gesprek (waarover later meer).

- De voorzitter

Het grootste knelpunt in de rekrutering van toezichthouders ligt volgens de geïnterviewden bij de functie van de voorzitter. Het beeld dat uit de interviews opduikt is dat het belang van een goede voorzitter groeit en dat deze rol is verstevigd. De complexiteit van de functie is toegenomen, mede door de groeiende eisen die door de buitenwereld aan het toezicht worden gesteld. Daarnaast is de rol van de voorzitter zeer belangrijk voor het functioneren van een raad. Uiteraard vanwege de standaard-verantwoordelijkheden als het formuleren van de agenda, het sturen van het groepsproces en de brugfunctie naar de bestuurders. Maar de bestuurders verwachten tegenwoordig van een RvC/RvT dat zij een 'sparringpartner' hebben met enig gewicht, die begrip heeft voor hun bestuursfunctie, en in staat is om bestuurlijke issues te doorzien. Vooral het gedurende enkele jaren vervullen van een bestuursfunctie op het allerhoogste niveau wordt als zeer relevant gezien. Om vervolgens een stevige en legitieme raad te creëren, wordt sterk aanbevolen om een voorzitter te hebben met uitgebreide en recente ervaring in een soortgelijke, of liefst zwaardere, bestuursfunctie. Zeker voor de grootste rechtspersonen zijn deze schaars. Dit wordt verder versterkt doordat niet iedereen met bestuurlijke ervaring ook een goede toezichthouder is. Het liefst worden dus personen geselecteerd met bewezen ervaring in toezichtfuncties. Iemand als voorzitter aanstellen op basis van een inschatting van het potentieel wordt zeker bij (hele) grote entiteiten als onverstandig gezien. Tot slot onderhoudt de voorzitter een intensieve relatie met het bestuur en moet hij beschikbaar zijn indien dit noodzakelijk is. Ook qua tijdsbesteding zijn de eisen hoger dan bij gewone leden van een RvC/RcT.

Met dit eisenlijstje wordt vooral bij de grootste entiteiten de spoeling dun en dit lijkt verder gestimuleerd te worden door de limiteringsregeling. Er worden diverse consequenties gesuggereerd door de geïnterviewden. Zo worden de selectie-eisen langzaam aangescherpt maar zijn deze enigszins tegenstrijdig. Men ziet graag actuele, zwaardere bestuurservaring, bewezen ervaring als toezichthouder, en potentieel als

voorzitter. Dit lijstje maakt de poule van geschikte kandidaten erg klein en dwingt soms tot het maken van keuzes die niet altijd optimaal zijn. Doordat de poule zo klein wordt, wordt er planmatiger gedacht en gewerkt in de bemensing van RvC's/RvT's. Omdat de opties enigszins beperkt zijn door de limiteringsregeling, worden mogelijke kandidaten verder van te voren vastgelegd. Een enkeling schuift ook voor zijn formele aanstelling al aan bij een RvC/RvT. Maar dit geldt slechts voor de allergrootste entiteiten. Daaronder lijkt veel meer flexibiliteit te bestaan door het grotere aanbod.
Tot slot komen ervaren internationale kandidaten in beeld bij grote, internationaal georiënteerde NV's en BV's en wordt de poule zo vergroot. In de semipublieke sector lijkt dit anders te liggen. Maar ook hier maakt het toenemende belang van sectorkennis de zoektocht naar een geschikte voorzitter langer en intensiever. Internationaal wordt er niet gezocht.

De geïnterviewden verschillen enigszins van mening of de geschetste ontwikkelingen direct op de limiteringsregeling zijn terug te voeren. Het stellen van hele hoge eisen verkleint de potentiële groep kandidaten per definitie. Er zijn ook andere ontwikkelingen in de markt die het aanbod verkleinen. Zo wordt door een geïnterviewde opgemerkt dat het moeilijk is bestuurders te vinden die door hun eigen RvC/RvT in staat worden gesteld om elders een voorzittersfunctie in een RvC/RvT te aanvaarden. De gedachte daarachter is dat bestuursfuncties op het hoogste niveau al zoveel tijd en energie vergen dat dit niet gecombineerd kan worden met een voorzittersfunctie van een RvC/RvT. Aldus ontstaat een belemmering in het aanbod van mogelijke kandidaten.
Daarnaast duiken verschillende interpretaties van de limiteringsregeling op als een mogelijk probleem (waarover later meer). Het betreft dan de combinatie van een bestuursfunctie met het voorzitterschap van een RvC/RvT. Afhankelijk van de strengheid van de interpretatie wordt de poule van kandidaten kunstmatig vergroot of verkleind. Hoe dan ook, het blijkt dat voorzittersfuncties het lastigst te vervullen zijn, vooral bij de allergrootste entiteiten. Er zijn dus wellicht effecten van de limiteringsregeling, maar deze concentreren zich op een relatief kleine, maar wel belangrijke groep toezichtfuncties.

- Tijdsbesteding

De professionalisering van de toezichthouder gaat hand in hand met een toenemende tijdsbesteding. De eisen zijn formeel en informeel aangescherpt wat de toezichthoudende taak heeft verzwaard. Het Nederlandse two-tier model beweegt steeds meer richting het one-tier model waarbij de toezichthouders dichter betrokken zijn bij de taken van de bestuurders. Gelijktijdig werd duidelijker dat er grenzen zitten aan het aantal functies dat individuele toezichthouders aankunnen. Deze zich ontwikkelende norm is met de limiteringsregeling geformaliseerd doordat daarmee het aantal posities is gemaximeerd.

De geïnterviewden zijn het er over eens dat het tijdsbeslag van een toezichtfunctie in de loop der tijd is toegenomen. Gelijktijdig wordt er geworsteld met de wijze waarop de norm is geformuleerd in de wettelijke bepalingen. De vrij strikte maximering van het aantal posities lijkt niet altijd aan te sluiten bij de dagelijkse werkelijkheid. Hiervoor worden vier redenen aangevoerd.

Ten eerste is de ene toezichtfunctie de andere niet. Het tijdsbeslag lijkt sterk te variëren. Zo wordt er getwijfeld aan het nut van de grootte-criteria. Grote entiteiten zijn vaak veel professioneler ingericht, waardoor het werk van de toezichthouder minder tijdrovend is. Juist bij kleinere, minder professionele, entiteiten worden de toezichthouders eerder geconfronteerd met onvolledige informatie of minder heldere procedures. De mogelijke problemen bij kleine entiteiten zijn ook niet kleiner dan bij grote entiteiten. Ook de semipublieke sector wordt genoemd als een andere en moeizamere omgeving om toezicht te houden. Door de grote aantallen belanghebbenden en de ingewikkelde regelgeving is de complexiteit groter.

Ten tweede kan de tijdsbesteding binnen toezichtfuncties in de loop der tijd sterk wisselen. Uitgangspunt is vrijwel altijd een normale situatie waarin fundamentele veranderingen niet aan de orde zijn. Maar bij grote, complexe gebeurtenissen zoals IPO's, fusies, fraudes en vijandige overnames, kan de tijdsbesteding van een toezichthouder snel oplopen.

Ten derde kent de limiteringsregeling harde en absolute criteria, maar dekken deze de dagelijkse praktijk niet volledig. Veel toezichtfuncties vallen niet onder de gestelde criteria, zoals functies bij kleinere of buitenlandse entiteiten, bij charitatieve en culturele instellingen en bij verenigingen. Dat geeft personen die dat willen nog steeds de mogelijkheid grote portefeuilles aan toezichtfuncties op te bouwen en zo hun tijd te versnipperen. De limiteringsregeling dekt deze mogelijkheden niet af, terwijl het een groot effect kan hebben op het tijdsbeslag van de individuele toezichthouder.

Ten vierde zijn er allerlei persoonlijke variaties tussen toezichthouders. Zo is er de rol van het privéleven waarin personen intensieve hobby's, zorgtaken, familieverantwoordelijkheden etc. kunnen hebben. Ook gaat de regeling voorbij aan het feit dat sommige toezichthouders veel meer draagkracht hebben dan anderen. Door verschillen in stressbestendigheid, conceptueel vermogen en ervaring, is een toezichtfunctie voor de één een dagtaak, en voor de ander één van de vele toezichtactiviteiten zonder dat hierdoor de kwaliteit van toezicht wordt aangetast. Zo kan het in de dagelijkse praktijk interessant zijn om een zeer ervaren toezichthouder in een raad te hebben die wellicht minder vaak aanwezig is, maar op het cruciale moment - als het er echt om spant - snel een goede interventie weet te plegen. Zolang het om één toezichthouder gaat vervult deze een cruciale en complementaire rol binnen de raad als

geheel. De kwaliteit van een raad wordt dus meer bepaald door een goede samenstelling, dan door de precieze individuele omstandigheden van elke toezichthouder.

De geïnterviewden zien het absolute element in de limiteringsregeling om voorgaande redenen als vrij willekeurig. Het idee dat er een limiet zit aan wat personen aankunnen wordt door de geïnterviewden gedeeld en de signaalwerking van de limiteringsregeling wordt onderschreven. De stringente formulering van de regeling wekt soms echter bevreemding op. De maximumaantallen aan toezichtfuncties worden als arbitrair gezien en sluiten voor specifieke RvC's/RvT's en personen maatwerkoplossingen uit. De limitering van het aantal toezichtfuncties schiet in die zin het doel enigszins voorbij.

Deze conclusie wordt versterkt doordat de tijdsbesteding van de kandidaat-toezichthouder een steeds grotere rol speelt in de rest van het rekruteringsproces. Los van de limiteringsregeling zijn rekruterende raden zich terdege bewust van het risico van toezichthouders met te weinig tijd. In het rekruteringsproces wordt daarom formeel wel gekeken naar de limiteringsregeling, maar de discussie over de motivatie en hoeveelheid beschikbare tijd van een kandidaat is veel belangrijker. Raden zitten niet te wachten op toezichthouders die hun taken niet aankunnen doordat ze te weinig tijd hebben. Bij de rekrutering speelt dit aspect een grote rol. In toenemende mate spelen eventuele tijd gerelateerde problemen ook een rol in de zelfevaluaties van de raden. Niet (goed) functionerende leden krijgen in toenemende mate te horen dat er meer van hen wordt verwacht.
Feitelijk is de limiteringsregeling op het punt van de tijdsbesteding slechts marginaal effectief. Uit de kwantitatieve analyse bleek dat slechts een klein aantal commissarissen en toezichthouders het wettelijk toegestane maximumaantal van vijf toezichtfuncties haalt. Daarnaast laat de limiteringsregel toe dat personen grote portefeuilles met toezichtfuncties ontwikkelen door dergelijke functies te vervullen bij niet onder de limiteringsregeling vallende entiteiten, waardoor in zekere zin de limiteringsregeling wordt ontweken. Om deze redenen komt het maximumaantal toezichtfuncties bij de geïnterviewden betrekkelijk willekeurig over. De limiteringsregeling kijkt enkel naar het aantal toezichtfuncties zonder andere relevante zaken in ogenschouw te nemen (zoals verschillen in gewicht van functies, persoonlijke omstandigheden en vaardigheden van kandidaten). Hierdoor komt het voor dat personen vanwege de limiteringsregeling bepaalde toezichtfuncties niet kunnen vervullen, terwijl hun unieke bijdrage aan een raad substantieel kan zijn. De limiteringsregeling werkt incidenteel dus averechts. Maar uiteindelijk lijkt het probleem van de tijdsbesteding zich door de voortschrijdende professionalisering vanzelf op te lossen. Het is lastig voor toezichthouders grote portefeuilles op te bouwen gezien het feit dat hun collega-toezichthouders hier informeel toezicht op lijken houden. De limiteringsregeling wordt onderschreven vanwege de signaalfunctie, maar de gestelde doelen van de regeling lijken zich via een zelfcorrigerend mechanisme al grotendeels te hebben gerealiseerd.

Kritische opmerkingen over de limiteringsregeling
De respondenten zijn kritisch over bepaalde aspecten van de limiteringsregeling. In de eerste plaats lijkt er ondanks de vrij heldere en precieze formulering van de limiteringsregeling toch enige verwarring en kritiek onder de respondenten te bestaan over de precieze toepassing ervan. Dit spitst zich toe op twee punten.

In de eerste plaats werden voorbeelden genoemd waarbij bedrijven niet precies aan de criteria voldoen en de vraag opduikt of zij wel of niet onder de limiteringsregeling vallen, vooral als het gaat om onderdelen van in het buitenland gevestigde entiteiten. Ook de beperking tot NV's, BV's en stichtingen kwam op de geïnterviewden willekeurig over, net als het feit dat privaatrechtelijke rechtspersonen wel en publiekrechtelijke rechtspersonen (zoals ziekenhuizen en universiteiten) niet onder de limiteringsregeling vallen. Verder kwam uit de interviews naar voren dat financiële ondernemingen (gedoeld wordt op banken) niet onder de limiteringsregeling van Boek 2 BW vallen maar te maken hebben met Europese regelgeving (zie hoofdstuk 5). De respondenten gaven aan dat de toezichtfuncties inhoudelijk vrijwel niet verschillen, maar dat sommige wel en andere niet worden meegerekend.

In de tweede plaats duiken verschillende interpretaties op over de mogelijkheden van het combineren van een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon. Diverse interpretaties komen voor. Het wordt gezien als (a) een mogelijkheid, (b) een onmogelijkheid, of (c) een kwestie van volgtijdelijkheid. Het is volgens deze laatste interpretatie wel mogelijk om als bestuurder een voorzitterschap van een RvC/RvT te accepteren, maar vice versa is dit niet het geval. Indien een persoon eenmaal is benoemd tot voorzitter van een RvC/RvT kan hij geen bestuursfunctie accepteren. Mocht deze laatste interpretatie de juiste zijn dan werd dit als relatief beperkend ervaren. Zie overigens par. 3.2 voor de juiste interpretatie (= c). De verwarring over de juiste interpretatie van dit onderdeel van de limiteringsregeling maakt echter dat deze in de praktijk soms ruimer en soms strenger wordt geïnterpreteerd.

Versoepeling van de limiteringsregeling?
Dat er een maximum aan het aantal toezichtfuncties per persoon zit, is duidelijk voor de geïnterviewden. Dit is een beperking die expliciet wordt meegenomen bij de rekrutering van nieuwe toezichthouders. De limiteringsregeling heeft hier een signaalfunctie vervuld en heeft het onderwerp van de voldoende tijdsbesteding verder naar de voorgrond geduwd. Maar het belang van een voldoende tijdsbesteding van personen staat reeds hoog op de agenda en wordt breder bekeken dan enkel het precieze aantal toezichtfuncties. Kandidaten lijken zich terdege te beseffen dat het tijdsbeslag substantieel is geworden en de vrijblijvendheid is afgenomen. Rekruterende raden kijken er ook naar en het is onderwerp van gesprek. Eigenlijk schetsen de geïnterviewden een beeld waarin de markt momenteel een stevig zelfcorrigerend vermogen heeft

opgebouwd. Bij de rekrutering is het een belangrijke vraag, gedurende de zittingstermijnen kunnen voorzitters personen aanspreken als ze er weinig zijn, en het onderwerp wordt bij zelfevaluaties van toezichtsorganen besproken. Of dit laatste altijd tot resultaten leidt wordt hier en daar betwijfeld. Daarom wordt er diverse malen gewezen op het belang van externe begeleiding bij dit evaluatieproces.

Daarnaast is er de vraag of de maximering van vijf toezichtfuncties of twee toezichtfuncties voor personen met een bestuursfunctie zinnig is. De geïnterviewden zien dit vrij algemeen als een arbitraire specificatie. Gewezen wordt op vier relevante omstandigheden.

(i) In de eerste plaats gaat het om de tijd die een toezichthouder ter beschikking heeft. Er zijn heel veel andere redenen te bedenken waarom een toezichthouder weinig tijd heeft, waaronder allerlei privéomstandigheden. De tijdsbesteding van een toezichthouder staat dan nog steeds onder druk. De wettelijke limiteringsregeling is dus geenszins waterdicht.
(ii) In de tweede plaats beperkt de limiteringsregeling zich tot een specifieke subset van toezichtfuncties waardoor diverse andere relevante toezichtfuncties er niet onder vallen (waaronder bij buitenlandse en kleine entiteiten alsmede charitatieve instellingen).
(iii) In de derde plaats zijn er personen die gegeven hun ervaring en kwaliteiten meer willen en meer aankunnen. Gelijktijdig wordt breed onderkend dat niet iedereen hiertoe in staat is. Dit kan zijn vanwege individuele capaciteiten, maar ook vanwege individuele omstandigheden die niet door de limiteringsregeling worden gedekt.
(iv) Tot slot hangt het samen met de portefeuille van toezichtfuncties. Een grote geografische spreiding van toezichtfuncties dwingt tot langere reistijden en maakt de betrokkenheid niet groter. Ook de intensiteit van een toezichtfunctie kan sterk verschillen en dit hangt niet enkel en alleen van de grootte van de entiteit af.

De limiteringsregeling zelf kent een heldere en absolute formulering, maar in de dagelijkse praktijk is de complexiteit aanzienlijk groter en wordt deze door de limiteringsregeling niet sluitend gereguleerd. Sommige geïnterviewden hebben daarom een voorkeur om de markt haar werk te laten doen. Anderen onderschrijven de signaalwerking van de limiteringsregeling en zien het belang daarvan. De precieze maximumaantallen toezichtfuncties in de regeling worden als relatief arbitrair gezien en op detail als te restrictief. Hoewel heroverweging op enkele punten interessant zou kunnen zijn om de markt beter te laten functioneren, zullen de effecten niet erg groot zijn. De respondenten hebben geen eensluidende mening over betere oplossingen.

Samenvatting van de trends op microniveau
Opnieuw wordt duidelijk dat de limiteringsregeling onderdeel is van een bredere professionaliseringstrend. De interviews laten zien dat de rekrutering van nieuwe toezichthouders een geïnstitutionaliseerde en geformaliseerde wervingsactiviteit is

geworden. Search bureaus organiseren met raden rekruteringsprocedures waarin met behulp van een aantal stappen een nieuw raadslid wordt benoemd. Tijdens het rekruteringsproces komen gesprekken op gang tussen de search bureaus en de potentiële kandidaten waarin de grenzen van de toezichtportefeuilles voor beide partijen van belang zijn. Search bureaus willen geen kandidaten presenteren die niet aan de limiteringsregeling voldoen. Kandidaten willen geen portefeuille waarmee zij later problemen kunnen krijgen. Zo speelt de limiteringsregeling volgens de geïnterviewden een duidelijke rol gedurende het proces. Geheel in lijn met de kwantitatieve analyses lijkt het onwaarschijnlijk dat toezichthouders de gestelde maxima overschrijden.
De limiteringsregeling lijkt dus in de praktijk goed nageleefd te worden en weinig knelpunten op te leveren.
De enige uitzondering is wellicht de positie van de voorzitter. Diverse malen komt het vervullen van de voorzittersvacature van de grote ondernemingen als een lastig traject naar voren. Het is onduidelijk of dit een directe consequentie is van de limiteringsregeling of enkel een effect is van de hogere eisen die worden gesteld (zoals de benodigde bestuurservaring). Wel lijken de verschillende interpretaties van de regeling op detailniveau een verschil te kunnen maken.
De geïnterviewden betwijfelen het nut van beperking in de grootte van de portefeuilles niet. Wel verschilt men van mening of dit een wettelijke regeling moet zijn of dat de markt haar werk moet doen. De specifieke maxima in de limiteringsregeling ziet men vrij breed als arbitrair. Toezichtfuncties verschillen in complexiteit, ze variëren in zwaarte in de loop der tijd, niet alle toezichtfuncties vallen onder de limiteringsregeling, andere activiteiten van toezichthouders zijn niet genormeerd (waaronder bestuursfuncties, maar ook privézaken), en toezichthouders verschillen in hun persoonlijke draagkracht. De regeling werkt vooral als een signaal in de markt dat er een maximum zit aan wat als betamelijk wordt beschouwd. Het lijkt echter vooral een bevestiging van een norm die zich reeds ontwikkelde en ook door andere partijen wordt gehanteerd (denk aan de ‘proxy advisors’ voor beleggers in beursvennootschappen). Met de professionaliseringstrend is de tijdsbesteding van de individuele toezichthouder een belangrijk gespreksonderwerp bij niet alleen de rekrutering van nieuwe leden, maar ook bij de zelfevaluaties van de raden. Het lijkt dat de raden en kandidaten in grote lijnen de norm onderschrijven en dat de betrokkenen elkaar corrigeren. Wel wordt aangetekend dat de norm in incidentele gevallen averechts uitwerkt, vooral in de top van de markt. Er zijn voorbeelden waarin toezichthouders wel meer aan kunnen en nu gedwongen worden minder functies op zich te nemen. Maar uit zowel de interviews als ook de resultaten van de kwantitatieve analyse komt naar voren dat dit een hele kleine groep van personen betreft.

7.5 Belangrijkste conclusies

In deze paragraaf zetten de onderzoekers de belangrijkste conclusies die uit de voorgaande analyses kunnen worden getrokken op een rijtje.

Wordt de wettelijke limiteringsregeling nageleefd?

Zowel de kwantitatieve als de kwalitatieve analyses laten zien dat de praktijk netjes binnen de wettelijke kaders blijft. Of dit een direct gevolg is van de wettelijke limiteringsregeling valt te betwijfelen, omdat het professionaliseringsproces al langer gaande was binnen de toezichtsector, waarbij de te besteden tijd van een toezichthouder een belangrijke rol speelt. Er zijn geen aanwijzingen dat er overtredingen plaatsvinden. Enkele personen hebben portefeuilles die de limieten overschrijden, maar deze lijken onder een uitzonderingsregeling van de wettelijke regeling te vallen: de toezichtfuncties worden vervuld bij rechtspersonen die tot een groep behoren.
Er zijn geen betrouwbare data over het voorzitterschap van het toezichthoudende orgaan waardoor hierover geen uitspraken te doen zijn.

Heeft de wettelijke limiteringsregeling het 'old-boys netwerk' doorbroken?

Een belangrijke reden voor het opnemen van de limiteringsregeling was het doorbreken van het 'old-boys-network'. De kwantitatieve data laten zien dat het aantal toezichthouders met veel functies al erg klein was bij het invoeren van de wettelijke limiteringsregeling en dat dit verder is gedaald in de periode 2012-2017. De onderzoekers kunnen hooguit zeggen dat de wettelijke limiteringsregeling een bestaande trend die al jaren gaande was enigszins gestimuleerd lijkt te hebben. Ook uit de interviews blijkt dat de rekrutering geprofessionaliseerd is waardoor zeker voor de grote NV's, BV's en stichtingen het proces geformaliseerd en aanzienlijk verzwaard is. De vroegere situatie waarin bestaande toezichthouders/bestuurders via coöptatie eenvoudig hun persoonlijke relaties konden bevoordelen lijkt niet meer te bestaan.

Heeft de wettelijke limiteringsregeling een effect gehad op de tijdsbesteding van toezichthouders?

Het onderzoek laat zien dat de toenemende tijdsbesteding van toezichthouders past in de bredere professionalisering van de toezichtfunctie. De limiteringsregeling heeft een signaalfunctie gehad en meer nadruk gelegd op de grenzen van de mogelijkheden van de individuele toezichthouder. De hoeveelheid beschikbare tijd voor een toezichtfunctie is een integraal onderdeel geworden in zowel de rekrutering van nieuwe raadsleden, als ook het evalueren van raden. Daarnaast blijkt slechts een zeer klein aantal toezichthouders daadwerkelijk aan het wettelijke maximumaantal toezichtfuncties te komen. Of de limiteringsregeling daadwerkelijk de tijdsbesteding van personen heeft veranderd is niet te achterhalen, maar lijkt onwaarschijnlijk. De mogelijkheden om (toezichts-) functies buiten de wettelijke gestelde kaders aan te nemen zijn aanzienlijk (bij kleinere, internationale, charitatieve instellingen, etc.) en worden niet beperkt. Daarnaast

zijn er allerlei verschillen in persoonlijke omstandigheden, keuzes en draagkracht te onderscheiden waardoor de hoeveelheid beschikbare tijd wordt bepaald. Tot slot is de beschikbare tijd niet de enige indicator voor de geleverde kwaliteit. De complementaire samenstelling van een raad is waarschijnlijk belangrijker voor de kwaliteit dan de precieze tijdsbesteding van elke afzonderlijke toezichthouder.

Moet de wet worden aangepast/afgeschaft?
De resultaten van de kwantitatieve en de kwalitatieve analyses geven de onderzoekers geen aanleiding tot zorg over de uitwerking van de wettelijke limiteringsregeling op de dagelijkse praktijk van de markt voor toezichthouders. Door de professionalisering van het toezicht lijkt een deel van de veronderstelde problemen al opgelost. De wettelijke limiteringsregeling heeft wel een belangrijk signaal gehad, dus het proces verder gestimuleerd. Op twee ondergeschikte punten zijn aanpassingen te overwegen:

(i) De eerste heeft betrekking op de combinatie van een bestuursfunctie bij de ene rechtspersoon met het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan bij een andere rechtspersoon. Uit de kwalitatieve analyse komt naar voren dat er onduidelijkheid bestaat of deze combinatie geoorloofd is. Deze onduidelijkheid moet worden opgehelderd. Verder werd de mogelijke interpretatie dat personen met een voorzittersfunctie niet als bestuurder benoemd mogen worden, maar dat dit vice versa wel is toegestaan als relatief beperkend (en onzinnig) ervaren. Een verruiming, of tenminste een verduidelijking van de wettelijke bepaling op dit punt, zou een stap voorwaarts zijn. Bij een eventuele verruiming lijken de mogelijke effecten op de kwaliteit van het toezicht verwaarloosbaar te zijn. Enerzijds zullen bestuurders het eventueel aanvaarden van een mogelijk voorzitterschap elders normaal gesproken aan hun RvC/RvT voorleggen en anderzijds zal een rekruterende raad normaal gesproken de tijdsbesteding van een kandidaat meenemen in het selectie-besluit.

(ii) Ten tweede lijkt het vinden van voorzitters bij de allergrootste rechtspersonen relatief lastig te zijn. Het betreft echter een klein deel van de totale markt; acute rekruteringsproblemen lijken zich (nog) niet voor te doen. Ook moet vermeld worden dat de hoeveelheid beschikbare tijd een onderdeel van het rekruteringsproces blijft. Of er veel gebruik zal worden gemaakt van een eventuele verruiming is dan ook de vraag. Dit geldt in het bijzonder als andere partijen voor een deel van de markt, gedoeld wordt op ‘proxy advisors’ voor wat betreft beursvennootschappen, de norm van maximaal vijf toezichtfuncties waarbij het voorzitterschap dubbel telt, blijven hanteren.

Voor beide punten verwijzen de onderzoekers naar de aanbevelingen die in par. 6.4.2 zijn opgenomen.

Hoofdstuk 8. Deelonderzoek II: conclusies en aanbevelingen

8.1 Inleiding

In deelonderzoek II staat de limiteringsregeling centraal. Deze limiteringsregeling behelst een maximering van het aantal toezichtfuncties dat mag worden gehouden door (uitvoerende en niet-uitvoerende) bestuurders, commissarissen en toezichthouders. Het toepassingsgebied van de limiteringsregeling is beperkt tot bestuurs- en toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. De relevante wetsartikelen zijn: art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW. Genoemde bepalingen zijn ingevoegd bij de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Stb. 2011, 275) en de Wet ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440), beide in werking getreden op 1 januari 2013 (zie par. 2.2).

De centrale vraag van dit deelonderzoek betreft de achtergrond, doeleinden, effectiviteit en eventuele neveneffecten van de voorgeschreven limitering van het aantal door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties. Uiteindelijk dient de vraag te worden beantwoord in welke mate met de wettelijke limiteringsregeling de beoogde doeleinden zijn bereikt.

In het navolgende beantwoorden de onderzoekers de door het WODC gestelde onderzoeksvragen, waarbij bepaalde onderzoeksvragen zijn geclusterd en waarbij de volgorde enigszins afwijkend is van die van het WODC. De onderzoekers trekken niet alleen conclusies voor wat betreft het al dan niet behalen van de met de limiteringsregeling nagestreefde doeleinden, ook doen zij aanbevelingen om op onderdelen de werking van de limiteringsregeling te optimaliseren.

8.2 Beoogde doeleinden van de limiteringsregeling (onderzoeksvraag 1)

8.2.1 Beleidstheorie ten aanzien van de maximering van het aantal toezichtfuncties

De limiteringsregeling berust op een amendement van het Kamerlid Irrgang. Uit de toelichting bij dit amendement (zie par. 2.3.2) kunnen drie beoogde doeleinden van de limiteringsregeling worden opgemaakt:
(i) Het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote entiteiten;
(ii) Het voorkomen van belangenverstrengeling;
(iii) Het leveren van een bijdrage aan het doorbreken van het zogenoemde 'old boys network'.

Ad (i) De achtergrond van het kwaliteitsargument is dat wanneer personen grote portefeuilles van toezichtfuncties opbouwen, zij niet in staat zijn daadwerkelijk toezicht

te houden als gevolg van een gebrek aan tijd en aandacht voor elke entiteit. Door gebrekkig toezicht kunnen bedrijfsschandalen ontstaan met grote maatschappelijke gevolgen. Anders gezegd, toezichthouders moeten voldoende tijd voor hun functie kunnen vrijmaken. Kwaliteit staat daarbij gelijk aan een voldoende tijdsbesteding.

Ad (ii) en (iii). Al decennia lang bestaat het idee dat een zeer kleine elite een veelheid aan belangrijke (economische) posities inneemt. Dit zogenoemde 'old-boys-network', te weten het fenomeen dat gerekruteerd wordt uit een vrij kleine poule en dat telkens dezelfde personen worden benoemd tot bestuurder of toezichthouder bij een groot aantal entiteiten, wordt maatschappelijk vaak gezien als een ongewenste concentratie van economische macht in handen van een kleine groep personen. Daarnaast kent dit netwerk een relatief gesloten karakter doordat het netwerk zichzelf via coöptatie in stand houdt waardoor andere maatschappelijke groepen geen toegang tot de bezette posities krijgen. Verder wordt in geval van een 'old-boys-network' de kans op belangenverstrengeling groter geacht. Door het maximeren van het aantal toezichtfuncties per persoon, krijgen personen buiten dit netwerk een (grotere) kans op het bekleden van dergelijke functies, waardoor tegelijkertijd het risico op belangenverstrengeling wordt verminderd.

8.2.2 Beleidstheorie ten aanzien van de keuze voor bepaalde rechtsvormen

Voor wat betreft het toepassingsgebied van de limiteringsregeling kan een onderscheid worden gemaakt tussen
(i) de rechtsvormen waarop de limiteringsregeling van toepassing is en
(ii) de grootte-criteria.
In deze paragraaf komt de beleidstheorie ten aanzien van de keuze voor bepaalde rechtsvormen aan de orde. In par. 8.2.3 wordt ingegaan op de beleidstheorie ten aanzien van de grootte-criteria.

De limiteringsregeling voor bestuurs- en toezichtfuncties is van toepassing op de rechtsvormen NV, BV en stichting. De toepasselijkheid op kapitaalvennootschappen heeft als achtergrond dat de regeling is geïnspireerd door een soortgelijke regeling in de op beursvennootschappen toepasselijke Nederlandse Corporate Governance Code (zie par. 2.3.1). Gelet op het belang van goed bestuur en toezicht werd het wenselijk geacht een limitering van het aantal toezichthoudende functies en de combinatie van een bestuurlijke functie met toezichtfuncties voor alle kapitaalvennootschappen in te voeren. Verder werd er op gewezen dat de problemen betreffende de kwaliteit van bestuur en toezicht zich niet beperken tot de private sector, maar ook voorkomen in de semipublieke sector. Vandaar dat de limiteringsregeling ook van toepassing is op stichtingen (zie par. 2.5.1).
Voor de toepasselijkheid van de limiteringsregeling op stichtingen geldt als aanvullende voorwaarde dat deze bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording

op te stellen, die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 van Boek 2 BW; art. 2:297a lid 1 BW. Indien een stichting verplicht is een titel 9-jaarrekening op te stellen kan deze worden gekwalificeerd als een commerciële stichting; zij kan tot het bedrijfsleven worden gerekend. Indien op een stichting een verplichting rust tot het opstellen van een aan titel 9 gelijkwaardige jaarrekening, is sprake van een semipublieke stichting. Een dergelijke stichting dient mede een publiek belang en zij wordt in veel gevallen gefinancierd – geheel of gedeeltelijk – uit publieke middelen. Gedacht kan worden aan woningbouwcorporaties, pensioenfondsen en zorg- en onderwijsinstellingen (zie par. 4.2.3).

Overigens is het van belang op te merken dat voor zowel pensioenfondsen als significante banken en beleggingsondernemingen een van Boek 2 BW afwijkende limiteringsregeling geldt. Voor NV's, BV's en stichtingen die als zodanig actief zijn, is de in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling niet van toepassing (zie hoofdstuk 5).

De limiteringsregeling is niet van toepassing op de overige rechtspersonen, te weten de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatieve vereniging, de formele vereniging en de niet-commerciële stichting (zie par. 2.5.2). Dit aspect van de limiteringsregeling is niet uitgebreid aan de orde geweest in de wetsgeschiedenis. De limiteringregeling berust op het door de Tweede Kamer aangenomen amendement-Irrgang dat een beperkte reikwijdte kent. In de Eerste Kamer en bij de behandeling van het voorstel voor een Reparatiewet in beide Kamers, is de beperkte reikwijdte aan de orde gekomen. In laatstgenoemde fase van het wetgevingsproces werd een amendement tot uitbreiding van de limiteringsregeling naar verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen verworpen vooral vanwege het reparatie-karakter van het wetsvoorstel. Met andere woorden, het amendement werd niet zozeer op inhoudelijke dan wel op technische gronden verworpen.

8.2.3 Beleidstheorie ten aanzien van de criteria voor de bedrijfsgrootte

Voor de toepasselijkheid van de limiteringsregeling is naast de rechtsvorm van de entiteit ook de grootte ervan van belang. Met de limiteringsregeling werd het maken van een kwaliteitsslag – waarbij een voldoende tijdsbesteding wordt gezien als kwaliteit – bij grote entiteiten beoogd. Alleen toezichthouders bij grote entiteiten worden via de limiteringsregeling aangespoord voldoende tijd voor hun functies vrij te maken (zie par. 4.2.1). Vandaar dat de limiteringsregeling slechts geldt voor grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Een reden voor het beperken van de kwaliteitsslag tot grote entiteiten wordt in de wetsgeschiedenis niet of nauwelijks gegeven (zie par 2.5.3.1). Mogelijk heeft de reden te maken met de grotere maatschappelijke impact van deze entiteiten of een veronderstelde grotere tijdsbesteding van functionarissen bij grote entiteiten.

8.3 Voor- en/of nadelen van het hanteren van de grootte-criteria (onderzoeksvraag 7)

De limiteringsregeling voor bestuurs- en toezichtfuncties is van toepassing op grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Voor de kwalificatie groot is aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria zoals neergelegd in art. 2:397 lid 1 en 2 BW (zie par. 4.1). Er is niet voor de criteria van de structuurregeling gekozen, omdat deze regeling uitsluitend geldt voor grote NV's, BV's en coöperaties. Een overeenkomstige toepassing van de structuurcriteria op de stichting – denk aan vervanging van de kapitaaleis door een eigen vermogen-eis – is niet overwogen (zie par. 2.5.3.3).

Voordeel van aansluiting bij de jaarrekeningcriteria zoals neergelegd in art. 2:397 lid 1 en 2 BW, is dat deze op zowel de NV, BV als de stichting kunnen worden toegepast.
Een ander voordeel is dat deze jaarrekeningcriteria niet nieuw waren, zodat de uitwerking ervan grotendeels bekend was (zie par. 4.4). Zo moet voor de toepassing van de grootte-criteria de rechtspersoon niet op zelfstandige basis maar op geconsolideerde basis worden beoordeeld (zie par. 4.4.1).
Verder geldt dat slechts op één moment: per de balansdatum, de kwalificatie groot of niet plaatsvindt. De limiteringsregeling is van toepassing, wanneer de rechtspersoon op twee opeenvolgende balansdata als 'groot' kwalificeert. Pas wanneer deze rechtspersoon daarna op twee opeenvolgende balansdata niet langer als groot kwalificeert, is de limiteringsregeling niet meer van toepassing. Deze regeling, met een ingroei- en een uitgroeiperiode van twee jaar, leidt tot een zekere mate van stabiliteit; het heen en weer slingeren van een rechtspersoon tussen twee regimes wordt beperkt (zie par. 4.4.2).

Schematisch kan het voorgaande als volgt worden weergegeven, waarbij M staat voor middelgroot, G voor groot en R voor regime.[299]

Tabel 1: Ingroei- en uitgroeiperiode						
Jaar	1	2	3	4	5	6
Grootte	G	G	M	G	M	M
Regime	GR	GR	GR	GR	GR	MR

Ten slotte geldt de limiteringsregeling niet voor een recent opgerichte NV, BV of stichting die op de balansdatum van het eerste en tweede boekjaar aan de vereisten voor een grote rechtspersoon voldoet. Het gevolg hiervan is dat deze rechtspersoon voor het jaarrekeningenrecht wel als groot kwalificeert, maar dat desondanks de limiteringsregeling niet op hem van toepassing is.

[299] In tabel 1 wordt uitgegaan van een bestaande rechtspersoon waarbij de ingroeiperiode in jaar 1 voorbij is.

8.3.1 Aanbeveling

De onderzoekers doen de aanbeveling het bepaalde in art. 2:398 BW in de limiteringsbepalingen van overeenkomstige toepassing te verklaren. Genoemde bepaling regelt dat art. 2:397 BW voor het eerste en tweede boekjaar ook geldt voor een rechtspersoon die op de balansdatum van het eerste boekjaar aan de desbetreffende vereisten heeft voldaan. Dit betekent dat wanneer een recent opgerichte NV, BV of stichting op de balansdatum van het eerste boekjaar aan de vereisten voor een grote rechtspersoon voldoet, deze direct de kwalificatie groot krijgt en er geen sprake is van een ingroeiperiode van twee jaar. Doordat art. 2:398 BW in de limiteringsregeling niet van overeenkomstige toepassing is verklaard, leidt dit tot de inconsistentie dat voor het jaarrekeningenrecht een recent opgerichte rechtspersoon als groot kwalificeert, maar dat de limiteringsregeling gedurende de eerste twee jaar van zijn bestaan niet op deze rechtspersoon van toepassing is. De onderzoekers zien geen goede reden deze categorie recent opgerichte grote rechtspersonen uit te zonderen van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling.

8.4 Algemene versus sectorale limiteringsregelingen (onderzoeksvragen 10 en 11)

8.4.1 Inleiding

De onderzoekers hebben de regelgeving in de financiële sector (pensioenfondsen, banken en beleggingsondernemingen) en de sectoren volkshuisvesting, gezondheidszorg, cultuur en onderwijs geïnventariseerd. Uit deze inventarisatie is gebleken dat er voor pensioenfondsen enerzijds en voor significante banken en beleggingsondernemingen anderzijds sectorale limiteringsregelingen gelden.

8.4.2 Limiteringsregeling voor pensioenfondsen

Voor pensioenfondsen is een limiteringsregeling neergelegd in art. 106a Pensioenwet en art. 110ca Wet verplichte beroepspensioenregeling. Deze regeling is op 1 juli 2014 in werking getreden. De doeleinden die met de limiteringsregeling van Boek 2 BW worden nagestreefd: waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht, voorkomen van belangenverstrengeling en voorkomen van een ‘old boys network’, worden ook voor pensioenfondsen onderschreven.

De eigen regeling voor pensioenfondsen kwam voort uit het signaleren van een tweetal knelpunten. Het eerste knelpunt is dat de limiteringsregeling van Boek 2 BW onnodig belastend is voor pensioenfondsen, omdat zij geen rekening houdt met de diversiteit in grootte van deze fondsen. Het tweede knelpunt is dat de limiteringsregeling van Boek 2 BW geen limiet stelt aan het aantal te combineren bestuursfuncties, terwijl het juist in de

pensioensector gebruikelijk is dat één persoon verschillende bestuursfuncties combineert (zie par. 5.2.1.1).

Het uitgangspunt van de limiteringsregeling voor pensioenfondsen is dat een bestuurder of lid van de raad van toezicht maximaal één fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtfuncties kan vervullen. Verder is van belang dat een onderscheid wordt gemaakt tussen grote pensioenfondsen met meer dan € 10 miljard beheerd vermogen en kleine pensioenfondsen met een beheerd vermogen van niet meer dan € 10 miljard. Voor de toepassing van het uitgangspunt wordt vervolgens aan elke bestuurs- en toezichtfunctie bij een groot of klein pensioenfonds een bepaald gewicht toegekend (bijvoorbeeld 0,4 of 0,2 fte). Er is hiermee sprake van een eigen weging van het tijdsbeslag dat gemoeid is met het uitoefenen van bestuurs- en toezichtfuncties per categorie pensioenfonds. Wanneer de door een persoon vervulde bestuurs- en toezichtfuncties gezamenlijk één fte overstijgen, mag deze persoon geen nieuwe bestuurs- en toezichtfuncties aannemen. Zie par. 5.2.1.2 voor de uitwerking van dit wegingssysteem.

8.4.3 Limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen

De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen is gebaseerd op Europese regelgeving, in het bijzonder art. 91 lid 2-6 CRD IV. De uitvoeringswetgeving is op 1 augustus 2014 in werking getreden (zie par 5.2.2.1). Er zijn zeven significante banken in Nederland: ABN Amro, SNS bank, Rabobank, ING Bank, Bank Nederlandse Gemeenten (BNG), Nederlandse Waterschapsbank (NWB) en RBS NV.
Uit navraag bij de AFM bleek dat er (nog) geen beleggingsondernemingen als significant zijn aangewezen (zie par 5.2.2.2).

De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen kent als hoofdregel dat alle leden van het leidinggevende orgaan (zie voor de betekenis van dit begrip par. 5.2.2.3) genoeg tijd aan de vervulling van hun taken in de instelling besteden. De CRD IV-limiteringsregeling bepaalt dat personen tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties mogen vervullen:
a) één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties; of
b) vier niet-uitvoerende bestuursfuncties.
Een bestuurder van een significante bank of beleggingsonderneming mag daarom niet nog een andere bestuursfunctie vervullen, maar wel twee toezichtfuncties. Zie voor de verdere uitwerking par. 5.2.2.4.

8.4.4 Overeenkomsten en verschillen tussen de algemene en de sectorale limiteringsregelingen

Tussen de limiteringsregeling van Boek 2 BW en die voor de pensioenfondsen respectievelijk significante banken en beleggingsondernemingen bestaan

overeenkomsten en verschillen (zie par. 5.3). Onderstaande tabel geeft hiervan een kort overzicht (zie par. 5.3.9).

Tabel 2: Overeenkomsten en verschillen tussen de drie limiteringsregelingen			
	Limiteringsregeling Boek 2 BW	Limiteringsregeling pensioenfondsen	Limiteringsregeling significante banken en beleggingsondernemingen
Toepassingsgebied	Grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen	Kleine en grote pensioenfondsen	Significante banken en beleggingsondernemingen
Moment van toepassing	Moment van benoeming	Moment van benoeming	Doorlopend
Criterium	Maximumaantal functies	Weging tijdsbeslag per functie; maximaal 1 fte	Maximumaantal functies
Maximering toezichtfuncties	Maximaal vijf toezichtfuncties	Maximaal 1 fte aan toezichtfuncties[300]	Maximaal 4 niet-uitvoerende bestuursfuncties[301]
Onderscheid lid orgaan - voorzitter	Ja, dubbeltelling van voorzittersfunctie	Ja, grotere weging voorzittersfunctie	Nee
Maximering bestuursfuncties	Geen maximering	Maximaal 1 fte aan bestuursfuncties	Maximaal 1 uitvoerende bestuursfunctie
Maximering combinatie bestuurs- en toezichtfuncties	Maximaal 1 bestuursfunctie en maximaal 2 toezichtfuncties	Maximaal 1 fte aan bestuurs- en toezichtfuncties	Maximaal 1 uitvoerende bestuursfunctie en maximaal 2 niet-uitvoerende bestuursfuncties
Functies die meetellen	Bestuurs- en toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen	Bestuurs- en toezichtfuncties bij grote rechtspersonen en grote en kleine pensioenfondsen	Bestuurs- en toezichtfuncties bij alle Nederlandse en buitenlandse rechtspersonen
Uitzonderingen	- Benoemingen bij in een groep verbonden rechtspersonen - Tijdelijke aanstellingen door OK	- Benoemingen bij in een groep verbonden rechtspersonen - Tijdelijke aanstellingen door OK	- Benoemingen bij in een groep verbonden rechtspersonen - Benoemingen bij organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven
Sanctie	Civielrechtelijke handhaving: nietigheid benoeming	Civielrechtelijke handhaving: nietigheid benoeming	Bestuursrechtelijke handhaving: geschiktheidstoetsing

[300] Met deze kanttekening dat de functie van een niet-uitvoerende bestuurder (one-tier board) wordt aangemerkt als een bestuursfunctie. Zie par. 5.2.1.2.
[301] Onduidelijk is of het lidmaatschap van een raad van toezicht meetelt. Zie par. 5.2.2.3.

8.4.5 Voor- en nadelen algemene limiteringsregeling naast sectorale limiteringsregelingen

Het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen kent voor- en nadelen. Een voor de hand liggend voordeel van een sectorale limiteringsregeling is dat deze is toegesneden op de tot deze sector behorende entiteiten. Bij de limiteringsregeling voor pensioenfondsen is dit manifest. Anders dan in de algemene limiteringsregeling kan rekening worden gehouden met de diversiteit in grootte van de pensioenfondsen en met het feit dat het in de pensioensector gebruikelijk is dat een persoon verschillende bestuursfuncties bekleedt. Het voor de pensioenfondsen gekozen wegingssysteem van bestuurs- en toezichtfuncties is bovendien fijnmaziger dan het in Boek 2 BW gekozen puntensysteem waarbij elke functie een even groot tijdsbeslag kent, met als enige uitzondering het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dat dubbel telt.

De verscheidenheid aan limiteringsregelingen heeft ook een nadeel. Voor personen die bestuurs- of toezichtfuncties ambiëren in verschillende sectoren waarvoor afwijkende limiteringsregelingen gelden, kan de samenloop van de diverse limiteringsregelingen een complexe puzzel zijn (zie par. 5.4). Het is een kwalijke zaak indien het voor een persoon niet duidelijk is of hij gelet op de toepasselijke limiteringsregelingen een bepaalde bestuurs- of toezichtfunctie kan aanvaarden. Bij een verkeerde inschatting lopen deze persoon en de benoemende entiteit het risico te worden geconfronteerd met een nietige benoeming (of een bestuursrechtelijke sanctie bij de CRD IV-limiteringsregeling).

Overigens is een algemeen geldende, uniforme limiteringsregeling niet realistisch. De algemene in Boek 2 BW neergelegde limiteringsregeling is een initiatief van de Nederlandse wetgever. De sectorale limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsinstellingen heeft echter een EU-oorsprong. Dat de nationale sectorale limiteringsregeling voor genoemde entiteiten op onderdelen van de algemene limiteringsregeling afwijkt, is niet te vermijden, nu de EU-regeling van een hogere orde is en de Nederlandse (uitvoerings-)wetgeving hiermee in overeenstemming dient te zijn.

8.4.6 Aanbeveling

De CRD IV-limiteringsregeling kent enkele onduidelijkheden die zouden kunnen worden weggenomen. Deze lijken voor een deel te worden veroorzaakt doordat de Nederlandse regelgever heeft nagelaten de EU-limiteringsregeling uit te schrijven in de Nederlandse wet- en regelgeving, en heeft volstaan met een verwijzing naar deze regeling. De onderzoekers doen de aanbeveling deze omissie te herstellen door de CRD IV-limiteringsregeling alsnog uit te schrijven, waarbij de Nederlandse regelgever enkele duidelijke, door de richtlijn toegestane keuzes maakt. Bijvoorbeeld dat voor de toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling de functie van een lid van een raad van

toezicht meetelt[302] en dat een nadere definitie wordt gegeven van een organisatie die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreeft.[303]

8.5 Wettelijke regeling versus 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling (onderzoeksvragen 9, 12 en 13)

8.5.1 Voor- en nadelen normering maximering toezichtfuncties via formele wetgeving dan wel via een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling (onderzoeksvraag 9)

De wetgever heeft de keuze gemaakt de limiteringsregeling voor grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen neer te leggen in dwingende wettelijke bepalingen (formele wetgeving). Dit brengt mee dat de regeling strikt dient te worden nageleefd door de onder deze regeling vallende rechtspersonen. Op de limiteringsregeling zijn geen uitzonderingen mogelijk anders dan die door de wet worden toegestaan. Het betreft de volgende twee uitzonderingen:
(i) Benoemingen bij verschillende grote NV's, BV's of commerciële/semipublieke stichtingen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW, tellen als één functie.
(ii) De tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK in het kader van de enquêteprocedure op basis van art. 2:349a lid 2 of art. 2:356 sub c BW geldt niet als een benoeming.

De sanctie op het niet naleven van de wettelijke limiteringsregeling is de nietigheid van de benoeming. Dit betekent dat indien een persoon het maximumaantal (twee respectievelijk vijf) commissariaten of toezichthoudende functies bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting heeft bereikt, het gevolg daarvan is dat de volgende benoeming van die persoon tot bestuurder respectievelijk commissaris/niet-uitvoerende bestuurder/toezichthouder bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting nietig is. De functie van voorzitter van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan telt hierbij dubbel. Overigens heeft de nietigheid van de benoeming vanwege het bereiken van het maximumaantal commissariaten of toezichthoudende functies geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming (zie par. 3.8 en par. 6.3.2)

De onderzoekers zijn nagegaan of de limiteringsregeling anders vorm kan worden gegeven door geheel of gedeeltelijk over te stappen op een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling.

[302] Art. 3 lid 1 sub 7 CRD IV, waarin een definitie van leidinggevend orgaan is opgenomen, laat de aanwijzing van deze organen over aan het nationale recht (zie par. 5.2.2.3).
[303] De in art. 91 lid 5 CRD IV opgenomen uitzondering voor bestuursfuncties in een 'organisatie die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreeft' ontbeert een Europeesrechtelijke definitie, waardoor er ruimte is voor een nadere invulling door de nationale wetgevers, waarbij vanzelfsprekend het HvJEU het laatste woord heeft (zie par. 5.2.2.4).

Van origine maken 'pas-toe-of-leg-uit' bepalingen onderdeel uit van instrumenten van zelfregulering. Sinds per 1 januari 2013 de streefcijferregeling voor grote NV's en BV's in Boek 2 BW werd opgenomen (art. 2:166/2:276 BW; zie deelonderzoek III) is duidelijk dat de Nederlandse wetgever van opvatting is dat een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling ook onderdeel van formele wetgeving kan uitmaken.
Belangrijk verschil tussen een dwingende wettelijke bepaling en een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling is dat bij de laatste sprake is van naleving, indien een entiteit deze toepast, of deze niet toepast en de afwijking deugdelijk motiveert (zie par. 6.3.1). Daarnaast is er ook een verschil in handhaving (zie par. 6.3.2 en par. 6.2.5). Een directe sanctie, zoals nietigheid van de benoeming, ontbreekt bij een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Het is de AV die een oordeel geeft over de materiële naleving en eventueel consequenties verbindt aan een niet-correcte naleving van een dergelijke bepaling. Bij deze rol van de AV doen zich enkele aandachtspunten voor. Deze variëren van mogelijke passiviteit en desinteresse van aandeelhouders voor (bepaalde) onderwerpen van corporate governance tot het slechts kunnen inzetten van paardenmiddelen om het bestuur en de RvC te bewegen de op het terrein van corporate governance gemaakte keuzes te wijzigen. Deze paardenmiddelen zet de AV niet of slechts in uitzonderlijke situaties in (zie par. 6.2.4). Indien bij afwijking van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling een (deugdelijke) motivering ontbreekt, kan dit in principe ook via de accountant en de AFM leiden tot een jaarrekeningprocedure. Echter, het betreft hier een formele en geen materiële toetsing. De rechtspersoon kan slechts worden verplicht tot het openbaar maken van corrigerende mededelingen (zie par. 6.3.2).

Na het aangeven van de belangrijkste verschillen tussen een dwingende wettelijke bepaling en een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling komen de onderzoekers toe aan beantwoording van de vraag of de limiteringsregeling anders vorm moet worden gegeven door geheel of gedeeltelijk over te stappen van een dwingende wettelijke bepaling op een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Bij een volledige overstap wordt de gehele limiteringsregeling vorm gegeven als een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling; bij een gedeeltelijke overstap wordt voor enkele situaties via een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling een uitzondering toegestaan op de hoofdregels. Een reden die hiervoor wordt aangevoerd is dat de wettelijke limiteringsregeling te rigide zou zijn en dat hierop verdere uitzonderingen zouden moeten worden aangebracht. Dit zou in het bijzonder gelden voor de dubbeltelling van de voorzittersfunctie en/of de positie van de beroepscommissaris. De onderzoekers hebben hiertoe verschillende opties onderzocht (zie hierna par. 8.5.2).

De onderzoekers zijn, gelet op de resultaten van de kwantitatieve en de kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling zoals neergelegd in hoofdstuk 7, tot de conclusie gekomen dat de limiteringsregeling algemeen geaccepteerd lijkt te zijn. Er is sprake van een ontwikkeling die past binnen de bredere professionalisering van het

toezicht die al langer gaande is. Dat er een limiet wordt gesteld aan het aantal door een persoon te vervullen toezichtfuncties wordt algemeen erkend in 'corporate governance-land'. Met de professionalisering van de functie is de tijdsbesteding van de individuele toezichthouder een integraal onderdeel geworden van het rekruteringsproces. Voor toezichthouders met verschillende posities vergt het samenstellen van hun portefeuille een zorgvuldige afweging. Het aantal personen met grote portefeuilles is overigens gering. Voor rekruterende RvC's/RvT's is de mogelijke tijdsbesteding van kandidaten van groot belang en onderdeel van de selectieprocedure.
Er is wel sprake van enige kritiek op de limiteringsregeling. Dit betreft vooral de vrij arbitraire grens van vijf toezichtfuncties, zonder dat rekening wordt gehouden met verschillen in zwaarte tussen toezichtfuncties. Daarnaast wordt geen rekening gehouden met individuele verschillen tussen personen (ervaring, kwaliteiten). De praktijk laat echter zien dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd, zodat het aangewezen lijkt de wettelijke regeling te handhaven en indien daarvoor aanleiding bestaat op onderdelen te wijzigen.

8.5.2 Voor- en nadelen normering positie voorzitter en beroepscommissaris via 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling (onderzoeksvraag 12)

De onderzoekers zijn nagegaan welke voor- en nadelen verbonden zijn aan de normering van de positie van de voorzitter van het toezichthoudende orgaan en de beroepscommissaris via een dwingende wettelijke bepaling of via een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Voor de belangrijkste verschillen tussen beide vormen van normering verwijzen de onderzoekers naar het hiervoor in par. 8.5.1 opgemerkte. Deze verschillen gelden evenzeer voor de normering van beide hiervoor genoemde posities.

De onderzoekers hebben onderzoeksvraag 12 aldus opgevat dat wordt onderzocht in hoeverre een uitzondering in de limiteringsbepalingen moet worden opgenomen voor de voorzitter respectievelijk de beroepscommissaris. En zo ja, of dit in de vorm van een wettelijke uitzondering moet geschieden of van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling.
Vanwege het ontbreken van (een) instrument(en) van zelfregulering voor alle grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen en een inperking van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling tot entiteiten waarvoor wel een instrument van zelfregulering voorhanden is niet wordt beoogd (zie par. 6.4.1) is onderzocht of voor (een van) beide posities een wettelijke uitzondering 'pur sang' moet worden opgenomen of een wettelijke uitzondering in de vorm van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling.

8.5.2.1 De beroepscommissaris

Allereerst wordt ingegaan op de positie van de beroepscommissaris. In het essay van het Nationaal Register wordt de beroepscommissaris gedefinieerd als iemand zonder hoofdfunctie die zijn/haar beroep maakt van commissariaten of toezichthouderschappen.

Voor de beroepscommissaris, van wie gezegd wordt dat hij/zij meer tijd heeft om aan toezichtfuncties te besteden, wordt onder de huidige limiteringsregeling geen uitzondering gemaakt. Dit betekent dat ook voor een beroepscommissaris geldt dat indien hij/zij het maximumaantal van twee respectievelijk vijf toezichthoudende functies bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting heeft bereikt, de daarop volgende benoeming tot bestuurder respectievelijk commissaris, niet-uitvoerende bestuurder of toezichthouder bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting nietig is.

Indien het aangewezen zou zijn op deze algemene regel voor beroepscommissarissen een uitzondering te maken kan dit plaatshebben via een wettelijke uitzondering 'pur sang' of via een wettelijke uitzondering in de vorm van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Indien voor een wettelijke uitzondering 'pur sang' wordt gekozen, dient in de wettelijke bepalingen een maximumaantal toezichtfuncties te worden opgenomen dat door een beroepscommissaris mag worden vervuld. Dit maximumaantal moet aansluiten bij de beschikbare tijdsbesteding van een beroepscommissaris. Het is de vraag of dit gedekt wordt met het stellen van een maximumaantal van zes, zeven of acht toezichthoudende functies (zie par. 6.4.1).
Indien voor een wettelijke uitzondering in de vorm van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling wordt gekozen, kan een rechtspersoon bij het benoemen van een commissaris, een niet-uitvoerende bestuurder of toezichthouder kiezen voor een beroepscommissaris die al vijf toezichtfuncties vervult. Deze afwijking van de limiteringsregeling moet de desbetreffende rechtspersoon verantwoorden in het bestuursverslag. Inzichtelijk moet worden gemaakt dat het een beroepscommissaris betreft die aantoonbaar voldoende tijd beschikbaar heeft voor een zesde (of wellicht zevende of achtste) toezichtfunctie. Hiervoor geldt dat er, zoals hiervoor al is opgemerkt, aandachtspunten bestaan voor wat betreft de naleving en handhaving van een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling.

De hamvraag is of er aanleiding is voor het maken van een uitzondering voor beroepscommissarissen. Alleen uit de enquête gehouden onder bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders volgt dat er mogelijk enige behoefte bestaat voor versoepeling van de norm van maximaal vijf toezichtfuncties voor beroepscommissarissen (zie par. 7.2.3.2 ad punt (xi)). Van de 465 respondenten – allen toezichthouder/commissaris – vindt iets minder dan de helft dat voor beroepscommissarissen meer dan vijf toezichtfuncties mogelijk moeten zijn. De onderzoekers achten dit een vrij smalle basis voor een uitzonderingsbepaling. Deze conclusie wordt versterkt doordat volgens de beschikbare gegevens van de Kamer van Koophandel slechts twaalf personen op de peildatum in 2017 het maximumaantal van vijf toezichtfuncties bekleden en van overschrijdingen geen sprake is (zie par. 7.3.2.1). Als laatste argument voor het niet uitzonderen van beroepscommissarissen kan worden

aangevoerd dat zij hun werkterrein eenvoudig kunnen uitbreiden tot het bekleden van toezichtfuncties bij niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen.
Gelet op het voorgaande zien de onderzoekers geen aanleiding voor het maken van een uitzondering op de limiteringsregeling voor beroepscommissarissen.

8.5.2.2 De voorzitter van het toezichthoudende orgaan (onderzoeksvragen 12 en 13)

Vervolgens komt de positie van de voorzitter van het toezichthoudende orgaan aan de orde en daarmee de vraag of er aanleiding is voor een versoepeling van de limiteringsregeling voor de voorzittersfunctie en zo mogelijk voor schrapping van de dubbeltelling van voorzitterschappen.

Bij de beoordeling of het aantal toezichthoudende functies al dan niet gecombineerd met een bestuurlijke functie de gestelde limieten overschrijdt, telt het voorzitterschap van de raad van commissarissen, de one-tier board of het toezichthoudende orgaan dubbel. Indien een persoon slechts toezichtfuncties uitoefent, brengt dit mee dat hij/zij maximaal twee voorzitterschappen van toezichthoudende organen kan combineren met één 'gewone' toezichthoudende functie.

Bij de combinatie van een bestuursfunctie met toezichtfuncties is echter van meer dan een dubbeltelling sprake. Gelet op de bewoordingen van art. 2:132a/2:242a lid 1 onder b en art. 2:297a lid 2 onder b BW kan een persoon die voorzitter is van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot bestuurder van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting worden benoemd, terwijl een persoon die twee toezichthoudende functies bij genoemde grote rechtspersonen vervult wel tot bestuurder kan worden benoemd. Vanuit het perspectief van een 'echte' dubbeltelling oefent de voorzitter twee toezichthoudende functies uit en zou hij tot bestuurder moeten kunnen worden benoemd. Dit staat de wettekst echter niet toe. Met de term dubbeltelling wordt daarom de wettekst op dit punt niet geheel correct weergegeven (zie par. 3.4). De wettekst is hier strenger dan de term dubbeltelling doet vermoeden.

Voor een eventuele versoepeling van de limiteringsregeling voor de voorzittersfunctie staan enkele opties open.
(i) Schrappen van de dubbeltelling: bij schrapping van de dubbeltelling van het voorzitterschap van het toezichthoudende geldt ook voor voorzitters de hoofdregel dat zij maximaal vijf toezichtfuncties mogen vervullen bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Bovendien mag iemand die (maximaal) twee van dergelijke voorzitterschappen vervult worden benoemd tot bestuurder van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting.

(ii) Pas-toe-of-leg-uit bepaling: de positie van de voorzitter van het toezichthoudende orgaan kan als uitzondering op de hoofdregel in de vorm van een wettelijke 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling worden gereguleerd. Dit betekent dat een rechtspersoon bij het benoemen van een persoon tot voorzitter van het toezichthoudende orgaan kan kiezen voor iemand die al twee van dergelijke voorzitterschappen vervult. Ook kan een rechtspersoon iemand die al fungeert als voorzitter van een toezichthoudend orgaan tot bestuurder benoemen. De desbetreffende rechtspersoon moet een dergelijke afwijking van de limiteringsregeling verantwoorden in het bestuursverslag op een zodanige wijze dat inzichtelijk wordt dat het gaat om een persoon die uitermate geschikt is om voorzitter te zijn van een toezichthoudend orgaan en die aantoonbaar voldoende tijd beschikbaar heeft voor een derde (of wellicht vierde) voorzitterschap.

(iii) Wettelijke uitzondering: de hoofdregel dat het voorzitterschap van het toezichthoudende orgaan dubbel telt, blijft de wettelijke hoofdregel. Echter in uitzonderlijke gevallen voorziet de wettelijke bepaling in een uitzondering.

(iv) Aanpassing wegingsfactor: een vierde en laatste optie wordt voorgesteld door Minderman. Hij pleit voor een versoepeling van de wettelijke norm voor voorzitters door de wegingsfactor van 2 naar 1.5 terug te brengen, wat feitelijk neerkomt op een maximum van drie voorzitterschappen (zie par. 6.4.2).

Alvorens deze opties aan de orde komen, moet de hamvraag worden beantwoord of er aanleiding is voor versoepeling van de limiteringsregeling voor de voorzittersfunctie.

Er is brede overeenstemming over de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie. Dit was ook een van de redenen dat een amendement dat ertoe strekte de dubbeltelling te schrappen door de Tweede Kamer niet werd aangenomen (zie par. 2.4.4). Ook kan deze conclusie – zij het met enige aarzeling – worden getrokken uit de enquête gehouden onder bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders (zie par. 7.2.3.2 ad punt (x)). Het voorgaande pleit voor een zwaardere weging van de functie van voorzitter in vergelijking met die van een gewoon lid.

De constatering dat de dubbeltelling ertoe leidt dat vacatures voor voorzittersfuncties wat moeilijker zijn op te vullen, lijkt alleen op te gaan voor de allergrootste entiteiten, zo volgt uit de interviews met de experts uit de executive search branche. De limiteringsregeling blijkt daarvoor echter maar één van de relevante aspecten te zijn. Genoemde experts noemden daarnaast de volgende factoren:
(i) Relevant is dat er hoge eisen worden gesteld aan de persoon die een voorzittersfunctie gaat vervullen (zie par. 7.4.5). Vooral de eis dat deze persoon een uitgebreide en recente ervaring heeft op een hoog bestuursniveau, gecombineerd met

de eis van bewezen ervaring in toezichtfuncties, maakt dat weinig personen geschikt zijn deze functie te vervullen.
(ii) Een andere ontwikkeling die het aanbod verkleint is dat het moeilijk is bestuurders te vinden die door hun eigen RvC/RvT in staat worden gesteld om elders een voorzittersfunctie in een RvC/RvT te aanvaarden. De gedachte daarachter is dat bestuursfuncties op het hoogste niveau al zoveel tijd en energie vergen dat dit niet gecombineerd kan worden met een voorzittersfunctie van een RvC/RvT.
(iii) Ten slotte komt naar voren dat er tegenstrijdige interpretaties bestaan over de mogelijkheden van het combineren van een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon. De interpretaties variëren: (a) het is een mogelijkheid, (b) het is een onmogelijkheid, en (c) het is een kwestie van volgtijdelijkheid. Volgens deze laatste (en juiste; zie par. 3.2) interpretatie is het wel mogelijk om als bestuurder een voorzitterschap van een RvC/RvT te accepteren, maar is dit vice versa niet het geval. Indien een persoon eenmaal is benoemd tot voorzitter van een RvC/RvT kan hij geen bestuursfunctie accepteren. Afhankelijk van de interpretatie is de poule van kandidaten voor het voorzitterschap kleiner of groter.

De onderzoekers trekken de conclusie dat alleen bij een klein deel van de markt, te weten de allergrootste entiteiten, de dubbeltelling van de voorzittersfunctie mogelijk voor enige, maar geen acute, rekruteringsproblemen zorgt (zie par. 7.4.4 en 7.4.5). Gelet op het feit dat er algemene overeenstemming bestaat over de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie, zien de onderzoekers in deze rekruteringsproblemen geen aanleiding voor een gelijkschakeling van de wegingsfactor van de functie van gewoon lid en die van voorzitter van een toezichthoudend orgaan.

Voor het bieden van enige ruimte tot oplossing van de geconstateerde rekruteringsproblemen kan worden gedacht aan een versoepeling van de regeling voor voorzitters. Het terugbrengen van de wegingsfactor van 2 naar 1.5, waardoor een combinatie van drie voorzitterschappen mogelijk wordt, achten de onderzoekers daarvoor een optie. Hiertegen pleit dat (een deel van) de rekruteringsproblemen zich concentreren op een segment van de markt, te weten de grootste beursvennootschappen, waar de dubbeltelling van de voorzittersfunctie al langere tijd de norm is. Niet alleen was de dubbeltelling al in de Nederlandse Corporate Governance Code uit 2003 opgenomen (zie par. 2.1), maar ook hanteren de zogenoemde 'proxy advisors' bij beursvennootschappen deze norm bij de voordracht van kandidaten voor een voorzittersfunctie (zie par. 7.4.3). Deze argumenten boeten echter aan kracht in vanwege de volgende twee omstandigheden. Ten eerste liet de Codebepaling uitzonderingen op de dubbeltelling toe, mits deze deugdelijk werden gemotiveerd in het bestuursverslag ('pas-toe-of-leg-uit'). Ten tweede gold deze Codebepaling niet voor de

allergrootste entiteiten in de semipublieke sector; in deze sector spelen de adviezen van 'proxy advisors' evenmin een rol.

Alle argumenten afwegend menen de onderzoekers dat er aanleiding is voor een versoepeling van de regeling voor voorzitters in die zin dat de wegingsfactor van 2 naar 1.5 wordt teruggebracht, zodat een persoon drie voorzittersfuncties kan vervullen. Voor deze persoon vervalt de mogelijkheid daarnaast een toezichtfunctie te vervullen bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting (immers drie voorzittersfuncties staan gelijk aan 4.5 toezichtfuncties). In specifieke situaties kan deze lagere wegingsfactor meer ruimte bieden bij de benoeming van een voorzitter. De versoepeling zal naar verwachting over het geheel bezien nauwelijks tot grote verschuivingen leiden gelet op het feit dat als gevolg van de professionalisering van het toezicht de tijdsbesteding van toezichthouders bij zowel de rekrutering als de zelfevaluaties een belangrijke rol speelt.

Verder doen de onderzoekers de aanbeveling de tekst van art. 2:132a/2:242a lid 1 onder b en art. 2:297a lid 2 onder b BW zodanig te wijzigen dat de volgtijdelijkheid van de benoeming tot voorzitter respectievelijk tot bestuurder niet beslissend is voor de vraag of een dergelijke benoeming al dan niet nietig is vanwege schending van de limiteringsregeling. Op grond van het bepaalde in de genoemde wetsartikelen kan iemand die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan, niet tot bestuurder worden benoemd, terwijl de omgekeerde situatie: een bestuurder wordt benoemd tot voorzitter van een toezichthoudend orgaan, niet door de wettekst wordt geraakt. Het betreft hoogstwaarschijnlijk een onbedoeld gevolg van de gekozen wettelijke formulering. In beide situaties is de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert immers gelijk. Beide situaties zouden daarom onder de limiteringsregeling ook gelijk moeten worden behandeld. De aanpassing wordt door de onderzoekers mede aanbevolen doordat de wettelijke formulering in de praktijk tot een ongewenst geachte verwarring over de mogelijkheid een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon te combineren heeft geleid (zie par. 7.4.5).

Overigens geldt het voorgaande evenzeer voor een persoon die toezichtfuncties bij meer dan twee grote rechtspersonen vervult en dit wenst te combineren met een bestuursfunctie. In genoemde volgorde van benoemingen is deze combinatie niet mogelijk, terwijl een bestuurder wel een derde, vierde of vijfde toezichtfunctie mag accepteren. De onderzoekers bevelen aan ook deze situaties gelijk te trekken, zodat een (uitvoerende) bestuursfunctie met maximaal twee 'gewone' toezichtfuncties (als commissaris, toezichthouder of nub) kan worden gecombineerd.

8.5.3 Aanbevelingen

De onderzoekers zijn van opvatting dat er aanleiding is voor een versoepeling van de regeling voor voorzitters in die zin dat de wegingsfactor van 2 naar 1.5 wordt teruggebracht, zodat een persoon drie voorzittersfuncties kan vervullen. Voor deze persoon vervalt de mogelijkheid daarnaast een toezichtfunctie te vervullen bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting (immers drie voorzittersfuncties staan gelijk aan 4.5 'gewone' toezichtfuncties).

Verder bevelen de onderzoekers aan in de wettekst duidelijk tot uitdrukking te doen komen dat de combinatie van het vervullen van een (uitvoerende) bestuursfunctie met die van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan – beide functies worden bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting vervuld – geoorloofd is. Een (uitvoerende) bestuursfunctie kan echter niet met meer dan één voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan worden gecombineerd. Ook bevelen de onderzoekers een aanpassing aan in die zin dat een (uitvoerende) bestuursfunctie met maximaal twee 'gewone' toezichtfuncties (als commissaris, toezichthouder of nub) kan worden gecombineerd.

Door de voorgestelde aanpassingen hebben RvC's/RvT's in voorkomende gevallen meer bewegingsruimte eventuele rekruteringsproblemen het hoofd te bieden. Gelet op de professionalisering in het toezicht is het waarschijnlijk dat slechts in uitzonderingsgevallen en in goed overleg van de geboden opties gebruik wordt gemaakt.

8.6. Effecten limiteringsregeling in de praktijk (onderzoeksvragen 2-6)

Onderzoek is gedaan naar de effecten van de limiteringsregeling in de praktijk. Gegeven de onderzoeksvragen komen in de volgende paragrafen eerst kort de bevindingen uit het essay van het Nationaal Register aan de orde. Vervolgens gaan de onderzoekers in op het effect van de limiteringsregeling op het doorbreken van het 'old boys network' en daarmee het voorkomen van belangenverstrengeling. Daarna beantwoorden de onderzoekers de vraag naar het effect van de limiteringsregeling op het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote rechtspersonen. Ten slotte volgen de eventuele effecten op de niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen.

8.6.1 Bevindingen essay Nationaal Register (onderzoeksvragen 2-4)

In september 2015 is een essay van het Nationaal Register verschenen: "WBT: meer maatwerk is noodzakelijk". In dit essay wordt verslag gedaan van een onderzoek dat is gehouden onder bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders naar "de ervaringen en beelden bij de beperking van het aantal toezichthouderschappen en commissariaten bij grotere rechtspersonen". De auteurs beschrijven het essay als "een

beknopte beschrijving van een zoektocht waarin met enige vrijheid verslag van het onderzoek is gedaan." Over de representativiteit wordt in het essay het volgende opgemerkt: "Representativiteit was overigens niet beoogd: het ging om het inventariseren van die beelden en meningen, van problemen waar men tegenaan is gelopen en van mogelijke oplossingen daarvoor." (zie par. 7.2.3.1).

De kern van het essay bestaat uit een verslag van twee vertrouwelijke rondetafel-bijeenkomsten – één met toezichthouders uit de private sector en één met toezichthouders uit de (semi)publieke sector - met een twintigtal vrijwillige gesprekspartners uit het netwerk van het Nationaal Register. Er wordt in het essay geen verantwoording afgelegd van de personen die hebben deelgenomen aan deze rondetafelbijeenkomsten (zie par. 7.2.2.1).
De kritiekpunten die tijdens de rondetafelbijeenkomsten naar voren kwamen vormden de basis voor de in de enquête gestelde vragen aan bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders. Er was sprake van een respons van meer dan 30% resulterend in 514 respondenten. Van de respondenten is in het essay verantwoording afgelegd (M/V, private/semipublieke sector, aantal toezichtfuncties etc.) (zie par. 7.2.3.1).

Enkele resultaten van de enquête zijn de volgende:
(i) Er is onder de respondenten steun voor een normering van het aantal toezichtfuncties. Door deze normering is de bewustwording onder commissarissen en toezichthouders toegenomen.
(ii) De respondenten hebben vertrouwen in het zelf corrigerende vermogen van een toezichthoudend orgaan; zij zijn overwegend opvatting zijn dat de normering voor het cumuleren van toezichthoudende functies bij de toezichthoudende organen moet worden gelegd.
(iii) De respondenten hebben bij zichzelf en bij anderen weinig effect gezien van de limiteringsregeling, dat wil zeggen dat zij niet zijn uitgeweken naar toezichtfuncties bij niet onder de limiteringsregeling vallende entiteiten.
(iv) De respondenten voelen de toegenomen zwaarte van de toezichtfunctie voor wat betreft aansprakelijkheid, transparantie, benodigde kennis/inzicht, afbreukrisico, verantwoordelijkheid en tijdsbesteding.
(v) 69% van de respondenten vindt het terecht dat de voorzittersrol dubbel telt. Daarentegen meent 43% dat er ruimte moet komen voor goede voorzitters om meer dan twee toezichthoudende organen voor te zitten; 38% van de respondenten is daar tegen.
(vi) Ongeveer 54% van de respondenten vindt dat voor een beroepscommissaris een aantal van vijf toezichtfuncties redelijk is; 46% meent dat meer dan vijf toezichtfuncties mogelijk moet zijn.

8.6.2 Effecten limiteringsregeling op onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen (onderzoeksvraag 5)

Voor het beantwoorden van onderzoeksvraag 5 is gebruik gemaakt van een door de Kamer van Koophandel aangeleverd databestand van alle grote entiteiten die onder de wettelijke limiteringsregeling vallen. De onderzoekers kregen hierdoor de gelegenheid het effect van de limiteringsregeling op het doorbreken van het 'old boys network' en daarmee het voorkomen van belangenverstrengeling grootschalig en in detail te bekijken. Vervolgens wordt het effect van de limiteringsregeling op het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote rechtspersonen besproken.

8.6.2.1 Effect van de limiteringsregeling op het doorbreken van het 'old boys network'

De onderzoekers zijn nagegaan in welke mate de limiteringsregeling heeft geleid tot een afname van concentratie in toezichtfuncties bij een kleine groep toezichthouders (zie par. 7.3). Voor het krijgen van zicht op deze kwantitatieve effecten van de limiteringsregeling heeft de Kamer van Koophandel longitudinale gegevens van alle toezichthouders van de rechtspersonen die onder de limiteringsregeling vallen aan de onderzoekers ter beschikking gesteld. Het betreft gegevens op een peildatum in 2012 (vóór de inwerkingtreding van de limiteringsregeling per 1 januari 2013) en een peildatum in 2017, zodat het effect van de limiteringsregeling kon worden gemeten.

- **Algemene gegevens**

De onderzoekers presenteren eerst enkele algemene gegevens over de rechtspersonen die onder de limiteringsregeling vallen en de bestuurs- en toezichtfuncties bij deze rechtspersonen.

Tabel 3 in combinatie met tabel 4 geeft inzicht in het aantal rechtspersonen dat onder de limiteringsregeling valt mede gelet op het totale aantal rechtspersonen, in zowel 2012 (fictief) als 2017.

Tabel 3: Aantal rechtspersonen	2012	2017
NV	3.611	3.998
SE	33	31
BV	773.991	896.613
Stichting	187.994	215.146
Vereniging	98.319	99.750
Coöperatie	5.838	8.033
SCE	0	0
OWM	373	260
Totaal	1.070.159	1.223.831

Tabel 4 maakt inzichtelijk welk percentage grote NV's, BV's en stichtingen deel uitmaken van het totale aantal NV's, BV's en stichtingen in zowel 2012 als 2017. Uit de tabel blijkt dat het aantal grote NV's, BV's en stichtingen in de genoemde periode stijgt van 3.541 naar 4.261; een groei van 20.3%. Uitgesplitst naar type rechtspersoon betekent dit een stijging voor grote NV's van 6%, voor grote BV's van 18% en voor grote stichtingen van 83%.

Tabel 4: Aantal en percentage grote rechtspersonen	2012		2017	
	Aantal	%	Aantal	%
Grote NV's	454	12.57%	479	11.98%
Grote BV's	2861	0.37%	3368	0.38%
Grote commerciële/semi-publieke stichtingen	226	0.12%	414	0.19%
Totaal	3.541		4.261	

Voor 2012 betreft het 13.750 bestuurs- en toezichtfuncties van de bij de onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen, waarvan 5.228 toezichtfuncties. In 2017 is het aantal bestuurs- en toezichtfuncties gestegen tot 16.466, waarvan 6.174 toezichtfuncties.

- **Toezichtfuncties**

In tabellen 5 en 6 wordt een overzicht gepresenteerd van de totale aantallen toezichtfuncties per persoon in 2012 en 2017. Daarbij vallen twee ontwikkelingen op.

(1) Ten eerste zijn er in 2012 27 personen (0.66%) met meer dan vijf toezichtfuncties. Bij een nadere visuele inspectie blijkt dat veertien van de 27 personen toezichtfuncties vervullen bij in een groep verbonden rechtspersonen, waarvoor de limiteringsregeling een uitzondering kent. Dit brengt mee dat bij dertien personen sprake is van een overschrijding van het maximumaantal toezichtfuncties.

In 2017 is het aantal personen met meer dan vijf toezichtfuncties gedaald tot dertien personen (0.26%). De portefeuilles van deze personen bestaan uit toezichtfuncties binnen een groep van rechtspersonen en vallen dus binnen de door de limiteringsregeling gestelde grenzen.

De onderzoekers concluderen dat de door de Kamer van Koophandel aangeleverde gegevens geen aanwijzing geven dat op de peildatum in 2017 personen meer toezichtfuncties combineren dan het wettelijk toegestane maximumaantal van vijf. Hierbij past een kanttekening. Doordat niet bekend is wie een voorzittersfunctie vervult – dit wordt door de Kamer van Koophandel niet geregistreerd – is het mogelijk dat op dat punt wel sprake is van afwijkingen van de limiteringsregeling.

(ii) Een tweede ontwikkeling is dat het overgrote deel van de toezichthouders in 2012 slechts één functie bekleedt (n=3458, 84.3 %). Het aantal personen met één positie neemt vervolgens toe tot 85.3 % in 2017. Het aantal personen met twee of drie toezichtfuncties in portefeuille neemt heel licht toe. Het aantal personen met vier toezichtfuncties neemt licht af. Dertig toezichthouders (0.7 %) hebben vijf posities en zitten dus aan de wettelijke limiet. Deze categorie neemt in 2017 af tot twaalf personen (0.2%).

Tabel 5: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2012

Aantal	Frequentie	%	% (Cum.)
1	3.458	84,3	84,3
2	395	9,6	93,9
3	133	3,2	97,1
4	61	1,5	98,6
5	30	0,7	99,3
6	14	0,3	99,7
7	7	0,2	99,9
8	3	0,1	99,9
9	1	0,0	100,0
10	1	0,0	100,0
11	1	0,0	100,0
Totaal	4.104	100	

Tabel 6: Aantal toezichtfuncties per persoon in 2017

Aantal	Frequentie	%	% (Cum.)
1	4.313	85,3	85,3
2	502	9,9	95,2
3	165	3,3	98,5
4	52	1,0	99,5
5	12	0,2	99,7
6	5	0,1	99,8
7	3	0,1	99,9
8	3	0,1	100,0
9	1	0,0	100,0
10	1	0,0	100,0
Totaal	5.057	100,0	

Deze gegevens laten zien dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd. Verder blijkt dat het aantal personen met grote portefeuilles aan toezichtfuncties, dat wil zeggen meer dan vijf – zij waren vaak de aanleiding voor de discussies – in de praktijk slechts zeer klein is. In 2012 betrof het dertien personen; in 2017 is van overtreding van de limiteringsregeling geen sprake.

- **Combinatie bestuurs- en toezichtfuncties**

Tabellen 7 en 8 geven een beeld van de situatie in 2012 en 2017 voor wat betreft de combinatie van bestuurs- en toezichtfuncties. Op grond van de limiteringsregeling kan een persoon die meer dan twee toezichthoudende functies vervult of die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan niet tot bestuurder worden benoemd.

In de tabellen geven de rode vlakken aan welke combinaties volgens de limiteringsregeling niet toegestaan zijn. De oranje vlakken geven aan welke personen de gestelde limieten van de limiteringsregeling lijken te overschrijden maar onder een uitzondering vallen: het betreft toezichtfuncties binnen een groep van rechtspersonen.

Uit de tabellen blijkt dat vóór de invoering van de limiteringsregeling 38 bestuurders niet aan de eisen van de toekomstige limiteringsregeling voldeden (=0.0034% van het totaal). In 2017 zijn dit 40 bestuurders (=0.0030% van het totaal). De aantallen naderen dus nul.

Tabel 7: Aantallen gecombineerde toezicht- en bestuursfuncties in 2012

Aantal bestuursfuncties per persoon	Aantal toezichtfuncties per persoon												
	0	**1**	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**	**11**	**Totaal**
0	0	3.171	338	113	54	25	14	5	2	0	0	0	3.722
1	6.105	239	50	17	6	5	0	2	0	1	1	0	6.426
2	703	32	3	1	0	0	0	0	0	0	0	0	739
3	100	11	0	1	1	0	0	0	1	0	0	1	115
4	38	3	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	43
5	8	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	10
6	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
7	5	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	8
11	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
20	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Totaal	6.962	3.458	395	133	61	30	14	7	3	1	1	1	11.066

Tabel 8: Aantallen gecombineerde toezicht- en bestuursfuncties in 2017

Aantal bestuursfuncties per persoon	Aantal toezichtfuncties per persoon											
	0	**1**	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**	**Totaal**
0	0	3.984	440	139	44	10	3	2	3	1	0	4.626
1	7.247	276	56	21	6	2	1	1	0	0	1	7.611
2	830	43	5	5	2	0	1	0	0	0	0	886
3	168	5	1	0	0	0	0	0	0	0	0	174
4	38	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	40
5	15	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	16
6	7	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	9
7	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
8	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
11	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
12	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
17	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
21	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
24	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Totaal	8.313	4.313	502	165	52	12	5	3	3	1	1	13.370

Het is overigens goed mogelijk dat er een plausibele verklaring bestaat waarom deze personen niet aan de limiteringsregeling lijken te voldoen. Zo kan het bijvoorbeeld een tijdelijk administratief probleem zijn doordat een persoon voor een nieuwe functie wel is ingeschreven bij de Kamer van Koophandel, terwijl hij voor een reeds prijsgegeven functie nog niet is uitgeschreven. Iemand staat dan twee maal in de bestanden, maar per saldo is er niets aan de hand.

Conclusies

Op basis van de resultaten van de kwantitatieve analyse concluderen de onderzoekers dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd.

Verder trekken de onderzoekers de conclusie dat op het moment dat de wettelijke limiteringsregeling werd ingevoerd deze een al bestaande ontwikkeling bevestigde. De resultaten van de kwantitatieve analyse laten zien dat er op de peildatum in 2012 nauwelijks sprake was van een concentratie van grote aantallen toezichtfuncties; bij dertien personen deed zich een (fictieve) overschrijding van het maximumaantal toezichtfuncties van vijf voor. In de bijna vijf jaar na de invoering van de limiteringsregeling is deze kleine groep van personen nog verder gekrompen. Met andere woorden, de dichtheid van het ‘old-boys-network’ was na een reeds lang dalende trend in 2012 al niet groot meer, en in de periode van 2012-2017 is deze alleen maar verder afgenomen.

8.6.2.2 Effect van de limiteringsregeling op de kwaliteit van bestuur en toezicht

De volgende te onderzoeken vraag was of de limiteringsregeling effect heeft gehad op de kwaliteit van bestuur en toezicht. De kwaliteit hiervan kan worden aangetast, doordat personen te grote portefeuilles aan toezichtfuncties opbouwen en zo te weinig tijd en aandacht per toezichtfunctie overhouden (zogenoemde 'busy' of 'overboarded directors'). Een limitering van toezichtfuncties maakt dit onmogelijk, dwingt op individueel niveau een beperking af en creëert zo ruimte in de agenda van houders van grote portefeuilles aan toezichtfuncties. Deze extra ruimte komt vervolgens ten goede aan de kwaliteit van het toezicht, zo is de achterliggende gedachte.
Het stellen van een limiet aan toezichtfuncties kan echter rekruteringproblemen opleveren, wanneer er vanuit wordt gegaan dat de poule van personen met 'buitengewone kwaliteiten/profielen' beperkt is. Met andere woorden, het terugdringen van het aantal 'overboarded' personen zou gelijktijdig kunnen leiden tot kwaliteitsproblemen.
Teneinde na te gaan of zich eventuele veranderingen in de rekruteringsprocessen ten gevolge van de invoering van de limiteringsregeling hebben voorgedaan, heeft een serie open interviews met experts uit de executive search branche plaatsgevonden. Gezien het feit dat zij tientallen rekruteringstrajecten per jaar doorlopen en de invoering van de limiteringsregeling hebben meegemaakt, kunnen zij een goed beeld geven van de recente trends (zie par. 7.4).

- **Trends op macroniveau**

Indien wordt gekeken naar de trends op macroniveau dan geven de geïnterviewden een vrij consistent beeld van de ontwikkelingen. Ze refereren aan een voortschrijdend professionaliseringsproces dat zich de afgelopen vijftien jaar heeft voltrokken. Qua inhoud en gewicht zijn toezichtfuncties aanzienlijk zwaarder geworden. Ook zijn de verwachtingen zowel binnen de raden als van externe belanghebbenden gestegen. De gevraagde tijdsbesteding is daarmee aanzienlijk toegenomen, de beloningen zijn gestegen, de opleidingseisen zijn hoger geworden, de rekrutering is geformaliseerd, enz. In de loop der jaren is een volwassen arbeidsmarktsegment voor commissarissen en toezichthouders ontstaan.
In deze context zien de geïnterviewden het nut van een vorm van limitering van het aantal toezichtfuncties. Het levert een extra signaal op dat er grenzen zitten aan de voor een persoon mogelijke belasting. Uit de interviews blijkt niet dat de limiteringsregeling tot grote rekruteringsproblemen heeft geleid. Bij de allergrootste entiteiten is er wel meer druk gekomen en wordt verder vooruit gedacht bij het plannen van de samenstelling van de RvC/RvT. De spoeling is dun op dat niveau, waardoor er planmatiger wordt gewerkt. Van grote tekorten als gevolg van de limiteringsregeling lijkt echter geen sprake te zijn.
Daarnaast wordt er breder geworven, mede als gevolg van de roep om meer diversiteit in toezichthoudende organen. De vraag naar meer vrouwen is substantieel; er wordt

internationaal geworven. Ook wordt er breder gezocht, ook naar hele specifieke kennis en ervaring (bijvoorbeeld digitalisering). Een consequentie daarvan is dat er vaker toezichthouders op basis van hun ingeschatte 'potentieel' worden aangesteld, wat enerzijds successen en anderzijds teleurstellingen oplevert. Maar ook hier lijkt de limiteringsregeling nauwelijks een drijvende kracht achter de veranderende selectie-eisen.
Tot slot blijkt de limiteringsregeling niet of nauwelijks ontdoken te worden. De geïnterviewden konden slechts een sporadisch voorbeeld noemen, waardoor ook op basis van deze onderzoeksmethode de vrees voor ontduiking ongegrond lijkt.

- **Trends op microniveau**

Indien wordt gekeken naar de trends op microniveau dan wordt opnieuw duidelijk dat de limiteringsregeling onderdeel is van een bredere professionaliseringstrend. Uit de interviews blijkt dat de rekrutering van nieuwe commissarissen en toezichthouders een geïnstitutionaliseerde en geformaliseerde wervingsactiviteit is geworden. Search bureaus organiseren met RvC's/RvT's rekruteringsprocedures waarin met behulp van een aantal stappen een nieuw lid wordt benoemd. Tijdens het rekruteringsproces worden gesprekken gevoerd tussen de search bureaus en de potentiële kandidaten waarin de grenzen van de toezichtportefeuilles voor beide partijen van belang zijn. Search bureaus willen geen kandidaten presenteren die niet aan de limiteringsregeling voldoen. Kandidaten willen geen portefeuille waarmee zij later problemen kunnen krijgen. Zo speelt de limiteringsregeling volgens de geïnterviewden een duidelijke rol gedurende het rekruteringsproces. Geheel in lijn met de kwantitatieve analyses lijkt het onwaarschijnlijk dat toezichthouders de gestelde maxima overschrijden.

Diverse malen komt in de interviews een mogelijk knelpunt van de limiteringsregeling naar voren. Het vervullen van een vacature voor een voorzitter van het toezichthoudende orgaan bij de allergrootste entiteiten is een vrij lastig traject. Zie hierover par. 8.5.2.2 van deze conclusies en aanbevelingen.

De geïnterviewden twijfelen niet aan het nut van het aanbrengen van een beperking in het aantal toezichtfuncties. Wel verschilt men van mening of dit een wettelijke regeling moet zijn of dat de markt haar werk moet doen. Verder ziet men de specifieke maxima van vijf toezichtfuncties of twee toezichtfuncties voor personen met een bestuursfunctie als arbitrair. Hierbij wordt gewezen op vier relevante omstandigheden:

(i) Individuele omstandigheden: in de eerste plaats gaat het om de tijd die een toezichthouder ter beschikking heeft. Individuele omstandigheden kunnen maken dat een toezichthouder weinig tijd heeft voor het vervullen van zijn toezichtfuncties.

(ii) Individuele kenmerken: in de tweede plaats zijn er personen die gegeven hun ervaring en kwaliteiten (denk aan stressbestendigheid, conceptueel vermogen) meer willen en meer aankunnen. Voor anderen is het vervullen van enkele functies al voldoende.

(iii) Variaties in toezichtfuncties: in de derde plaats is de samenstelling van de portefeuille van toezichtfuncties van belang. Een grote geografische spreiding van toezichtfuncties dwingt tot langere reistijden en maakt de betrokkenheid niet groter. Ook de intensiteit van een toezichtfunctie en daarmee het benodigde tijdsbeslag kan sterk verschillen en dit hangt niet enkel en alleen van de grootte van de entiteit af.

(iv) Beperkt toepassingsgebied van de limiteringsregeling: tot slot beperkt de limiteringsregeling zich tot een specifieke subset van toezichtfuncties waardoor diverse andere relevante toezichtfuncties er niet onder vallen (zoals toezichtfuncties bij kleinere of buitenlandse entiteiten of bij charitatieve en culturele instellingen).

- **Conclusies**

Duidelijk is dat de limiteringsregeling vooral werkt als een signaal in de markt dat er een maximum zit aan wat als betamelijk wordt beschouwd. Het lijkt echter vooral een bevestiging van een norm die zich reeds voordien ontwikkelde en ook door andere partijen wordt gehanteerd (denk aan de 'proxy advisors' voor beleggers in beursvennootschappen). Met de professionaliseringstrend is de tijdsbesteding van de individuele toezichthouder een belangrijk gespreksonderwerp bij niet alleen de rekrutering van nieuwe leden, maar ook bij de zelfevaluaties van de raden. Het lijkt dat de raden en kandidaten in grote lijnen de norm onderschrijven en dat de betrokkenen elkaar corrigeren. Wel wordt aangetekend dat de norm in incidentele gevallen averechts uitwerkt, vooral in de top van de markt. Er zijn voorbeelden waarin toezichthouders wel meer aan kunnen en nu gedwongen worden minder functies op zich te nemen. Maar uit zowel de interviews als ook de resultaten van de kwantitatieve analyse komt naar voren dat dit een hele kleine groep van personen betreft.

8.6.3 Effecten limiteringsregeling op niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen (onderzoeksvraag 6)

De limiteringsregeling richt zich alleen op grote BV's, NV's en commerciële/semipublieke stichtingen en daarmee op een selectie van alle rechtspersonen. De vraag rijst welke gevolgen een eventuele uitbreiding van de regeling naar andere grote rechtspersonen: coöperaties, formele verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen (OWM) zou hebben.

Gelet op het geringe aantal grote coöperaties, formele verenigingen en OWM's (in 2017: 156 ten opzichte van 4.261 grote NV's/BV's en commerciële/semipublieke stichtingen) en het daarmee gepaard gaande geringe aantal toezichtfuncties (in 2017: 287 ten opzichte

van 6.169 bij grote NV's/BV's en commerciële/semipublieke stichtingen), alsmede het feit dat er nauwelijks sprake is van een cumulatie van toezichtfuncties (maximaal twee toezichtfuncties) lijken de volgende twee conclusies gerechtvaardigd (zie par. 7.3.2.4):

(i) Een concentratie van toezichtfuncties bij een kleine groep toezichthouders, en daarmee het fenomeen van het 'old boys netwerk' is afwezig bij grote coöperaties, formele verenigingen en OWM's.

(ii) Een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling met genoemde overige rechtspersonen zal geen effect sorteren op de arbeidsmarkt voor toezichthouders en bestuurders.

Voor het overige is onderzoeksvraag 6 niet goed te beantwoorden, omdat het veranderingen in de loop der tijd betreft van een wijziging in regelgeving die zich bij andere rechtspersonen heeft voorgedaan. Vooropgesteld zij immers dat de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv geen wijzigingen heeft gebracht voor bestuurders en toezichthouders van enerzijds (grote of kleine) coöperaties, formele verenigingen en OWM's en anderzijds stichtingen die niet aan de grootte-criteria voldoen en/of niet aan de aanvullende voorwaarde dat zij wettelijk verplicht zijn tot het opstellen van een jaarrekening of een daaraan gelijkwaardige financiële verantwoording (bijvoorbeeld charitatieve, culturele en kerkelijke instellingen). Systematisch en longitudinaal empirisch onderzoek zou hier te tijdrovend en kostbaar zijn geweest.

8.7 Beantwoordt de werking van de limiteringsregeling aan de ermee beoogde doeleinden? (onderzoeksvraag 8)

De limiteringsregeling beperkt het aantal toezichtfuncties en de combinatie van een bestuursfunctie met toezichtfuncties per persoon. De argumentatie voor het invoeren van deze regeling is drieledig.
(i) In de eerste plaats bestaat al (heel) lange tijd het idee dat een zeer kleine elite een veelheid aan belangrijke (economische) posities inneemt. Dit zogenoemde 'old-boys-network' wordt vaak gezien als een ongewenste concentratie van economische macht in handen van een kleine groep personen. Daarnaast kent dit netwerk een gesloten karakter doordat het netwerk zichzelf via coöptatie in stand houdt waardoor andere maatschappelijke groepen geen toegang tot deze posities krijgen.
(ii) In de tweede plaats brengt de concentratie (de schijn van) belangenverstrengeling met zich. Doordat een kleine groep personen een groot aantal functies combineert, wordt de kans op belangenverstrengeling groter geacht. Deze redenering is een afgeleide van het 'old-boys-network' argument.

(iii) In de derde plaats is er een kwaliteitsargument. Doordat personen grote portefeuilles van toezichtfuncties opbouwen, zijn zij niet in staat daadwerkelijk toezicht te houden als gevolg van een gebrek aan tijd en aandacht voor elke entiteit. Door gebrekkig toezicht kunnen bedrijfsschandalen ontstaan met grote maatschappelijke gevolgen.

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag of de werking van de limiteringsregeling beantwoordt aan de ermee beoogde doeleinden, hebben de onderzoekers onderzocht in welke mate de limiteringsregeling het 'old-boys-network' en de daarvan afgeleide belangenverstrengeling heeft beperkt, en de mate waarin dit effect heeft gehad op de kwaliteit van het toezicht. Voor dit onderzoek hebben de onderzoekers twee benaderingen gekozen.

(i) In de eerste plaats is gekeken naar de concentratie van functies bij personen als gevolg van de limiteringsregeling. Hiertoe zijn kwantitatieve gegevens over de bezetting van bestuurs- en toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen verzameld. De onderzoekers hebben zich hierbij gericht op de veranderingen in de bemensing van RvC's/RvT's ten gevolge van de limiteringsregeling (par. 7.3).
(ii) In de tweede plaats hebben de onderzoekers onderzoek gedaan naar eventuele veranderingen in de rekruteringsprocessen ten gevolge van de invoering van de limiteringsregeling. Hiervoor hebben de onderzoekers een serie open interviews met experts uit de executive search branche afgenomen. Gezien het feit dat deze experts tientallen rekruteringstrajecten per jaar doorlopen en de invoering van de limiteringsregeling hebben meegemaakt, kunnen zij een goed beeld geven van de recente trends (par. 7.4).

Ad (i). Uit de kwantitatieve analyses van de effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties komt naar voren dat op het moment dat de wettelijke limiteringsregeling werd ingevoerd deze een al bestaande ontwikkeling bevestigde. Op de peildatum in 2012 was nauwelijks meer sprake van een concentratie van grote aantallen toezichtfuncties; bij slechts dertien personen deed zich een overschrijding van het (fictieve) maximumaantal toezichtfuncties van vijf voor. In de bijna vijf jaar na de invoering van de limiteringsregeling is de kleine groep van personen met veel toezichtfuncties nog verder gekrompen. Met andere woorden, de dichtheid van het 'old-boys-network' was in 2012 al niet groot meer, en is in de periode van 2012-2017 verder afgenomen. De onderzoekers concluderen dat de wettelijke limiteringsregeling een bestaande trend die al jaren gaande was enigszins gestimuleerd lijkt te hebben. De kans op belangenverstrengeling vanwege de concentratie van toezichtfuncties is logischerwijs ook afgenomen.

De kwantitatieve analyses kennen enkele beperkingen.
(i) Data van het voorzitterschap van toezichthoudende organen zijn niet beschikbaar en daarom niet meegenomen in de analyses. Als bijvoorbeeld een persoon vier of vijf toezichtfuncties vervult en twee daarvan zijn voorzittersfuncties, dan wordt in strijd met de limiteringsregeling gehandeld, omdat het voorzitterschap dubbel telt.

(ii) Verder bleek het onmogelijk toezichtfuncties binnen groepen van rechtspersonen te analyseren. Niet alle toezichtfuncties die personen in hun portefeuilles combineren tellen als separate functies; er kan door de uitzondering voor groepsmaatschappijen sprake zijn van dubbeltellingen. De gepresenteerde cijfers kunnen daarom een lichte overschatting van de daadwerkelijke aantallen toezichtfuncties per persoon te zien geven.

(iii) Ten slotte is het mogelijk dat personen toezichtfuncties vervullen bij rechtspersonen die niet onder de limiteringsregeling vallen en dat zij ten gevolge daarvan nog steeds veel toezichtfuncties combineren. Binnen Nederland betreft het toezichtfuncties bij middelgrote, kleine en micro NV's, BV's en stichtingen, bij niet-commerciële stichtingen en bij coöperaties, formele verenigingen en OWM's. Verder heeft de limiteringsregeling geen betrekking op toezichtfuncties bij buitenlandse entiteiten.

Ad (ii). Uit de kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties wordt duidelijk dat er sprake is van een professionaliseringstrend van de functie van toezichthouder. Met deze professionaliseringstrend is de tijdsbesteding van de individuele toezichthouder een integraal onderdeel geworden van niet alleen de rekrutering van nieuwe leden van RvC's/RvT's, maar ook van de zelfevaluaties van deze raden. De limiteringsregeling heeft hierbij een signaalfunctie vervuld en meer nadruk gelegd op de grenzen van de mogelijkheden van de individuele toezichthouder.
Het lijkt er op dat de RvC's/RvT's en de kandidaten voor een lidmaatschap van deze raden in grote lijnen de normen van de limiteringsregeling onderschrijven en dat de betrokkenen elkaar op dat punt corrigeren. Hierbij wordt aangetekend dat de norm in incidentele gevallen averechts uitwerkt, vooral in de top van de markt. Er zijn voorbeelden waarin toezichthouders meer functies aankunnen en door de limiteringsregeling gedwongen worden minder functies op zich te nemen. Dit betreft echter een hele kleine groep van personen.

Niet te achterhalen is of de limiteringsregeling daadwerkelijk de tijdsbesteding van personen heeft veranderd. Dit lijkt echter onwaarschijnlijk. Er zijn allerlei verschillen in persoonlijke omstandigheden, ervaring, kwaliteiten en draagkracht te onderscheiden waardoor de hoeveelheid beschikbare tijd van een toezichthouder wordt bepaald. De mogelijkheden om (toezicht-)functies bij andere dan onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen aan te nemen zijn aanzienlijk. Tot slot is de beschikbare tijd niet

de enige indicator voor de geleverde kwaliteit door een RvC/RvT als geheel. De complementaire samenstelling van het toezichthoudende orgaan als geheel is waarschijnlijk belangrijker voor de kwaliteit van het toezicht dan de precieze tijdsbesteding van elke afzonderlijke toezichthouder.

Bijlage 1: Vragenlijst voor de expertinterviews

Cumulatieregeling en de veranderende arbeidsmarkt voor toezichthouders: semi-gestructureerde vragenlijst voor expertinterviews

Doel: evaluatie cumulatieregeling voor grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen

Inleiding gesprek

1. Wat, waarom en hoe van het interview.
2. Geheimhouding: de data worden anoniem binnen de RUG geanalyseerd en verwerkt. Zij worden niet gedeeld met buitenstaanders.
3. Het verzoek is het interview te tapen i.v.m. een nauwkeurige verwerking. In principe worden geen quotes gebruikt. Als deze wel in het rapport worden geïntroduceerd, dan gebeurt dit volstrekt anoniem. Indien het vermoeden rijst dat de quote op enigerlei wijze herleidbaar is, wordt dit gedeelte van de tekst van het rapport vooraf voorgelegd aan de betrokken geïnterviewde.

Vragen

1. **Achtergrond geïnterviewde**
   a. Werkzaam voor welk bedrijf? Geef korte omschrijving bedrijf (achtergrond informatie).
   b. Beschrijf kort uw loopbaan.
   c. Hoe zou u uw huidige positie omschrijven?
      i. Taken
      ii. Expertise
      iii. Specialisatie
   d. Sinds welk jaar heeft u ervaring in de branche?

2. **Consequenties van de invoering van de WBT: cumulatieregeling en streefcijfer**
   a. Korte omschrijving van de wettelijke regeling.
   b. Kunt u aangeven hoeveel rekruteringsprojecten voor bestuurs- en toezichtfuncties bij onder de cumulatieregeling vallende rechtspersonen u sinds de invoering van de WBT per 1 januari 2013 in behandeling heeft gehad?
   c. Kunt u beschrijven hoe deze procedure gewoonlijk in zijn werk gaat?

   Met betrekking tot de cumulatieregeling is het de vraag of u veranderingen heeft zien optreden als gevolg van de wettelijke beperking van het aantal toezichthoudende posities. En zo ja, in welke mate dit kwalitatieve effecten op de samenstelling van RvC's/toezichthoudende organen heeft gehad. Het kwaliteitsaspect wordt bekeken vanuit twee perspectieven: (a) het ontstaan van andere rekruteringspatronen, en (b) de mate waarin de regeling een rol speelt gedurende de rekruteringsdiscussies.

3. **Rekruteringspatronen**
   (a) In het algemeen, heeft u de indruk dat de cumulatieregeling invloed heeft op de rekrutering van geschikte kandidaten?
   (b) Meer specifiek, heeft u de indruk dat het aanbod van goed gekwalificeerde kandidaten voor toezichthoudende functies in de periode vanaf 1 januari 2013 is afgenomen, gelijk gebleven dan wel is toegenomen? Is dit volgens u te relateren aan de cumulatieregeling? Zo ja, waarom? Zo nee, waarom niet? Ziet u verschillen per sector?
   (c) Heeft u de indruk dat het moeilijker is geworden kandidaten te vinden die goed bij de functieprofielen passen? Hoe vaak komt dat voor? Wat is de consequentie?
   (d) Heeft u de indruk dat de toezichthoudende organen kleiner zijn geworden sinds de invoering van de WBT? Is dit volgens u aan de cumulatieregeling te relateren?
   (e) Heeft u de indruk dat er ten gevolge van de invoering van de cumulatieregeling een nieuw potentieel aan kandidaten aangeboord wordt? Zo ja, kan een reden hiervoor zijn dat het zoekbeleid bij executive search branche is veranderd?
   (f) Heeft u de indruk dat het moeilijker is geworden om geschikte voorzitters voor RvC's/RvT's te vinden (externe/interne rekrutering) of is hiervan geen sprake?

(g) Heeft u de indruk dat het moeilijker is om niet-uitvoerende leden van het bestuur te vinden in vergelijking met commissarissen, of dat het juist andersom is of dat het niet uitmaakt?
(h) Heeft u de indruk dat uw zoekbeleid is veranderd in deze periode? Zo ja, in welke zin? Is dit te relateren aan de wettelijke regeling? Welke andere oorzaken ziet u?

4. Rekruteringsdiscussies

Naast veranderende patronen in het aanbod van kandidaten bij rekruterings-processen, kan de regeling ook op een andere manier doorwerken.

(a) Heeft u in de periode 2013-2017 meegemaakt dat er binnen de selectiecommissie voor wat betreft mogelijke kandidaten over de cumulatieregeling werd gesproken?
(b) Heeft u in de periode 2013-2017 meegemaakt dat er in een selectiecommissie direct met kandidaten over de cumulatieregeling is gesproken en over het aantal door hun gehouden posities?
(c) Heeft u in de periode 2013-2017 meegemaakt dat kandidaten posities op moesten geven om andere posities aan te kunnen nemen als gevolg van de cumulatieregeling?
(d) Denkt u dat er een vorm van zelfselectie optreedt doordat mogelijke geïnteresseerden zich NIET melden omdat ze al vijf punten hebben?
(e) Heeft u bij het voordragen van kandidaten wel eens een discussie met een potentiële kandidaat gehad waarin de cumulatieregeling ter sprake kwam?
(f) Gezien de toename van de tijdsbesteding van toezichthouders wordt wel opgemerkt dat vijf toezichthoudende functies al eigenlijk te veel is. Komt dit punt wel eens aan de orde in gesprekken met opdrachtgevers?
(g) Gedurende de discussie in de Tweede Kamer kwamen nog enkele andere mogelijke neveneffecten van de cumulatieregeling aan de orde.
    a. Heeft de cumulatieregeling geleid tot andersoortige discussies over de (financiële) vergoedingen?
    b. Kent u voorbeelden waarin de cumulatieregeling omzeild werd door omzetting van toezichtfuncties in adviseurschappen?
    c. Heeft u de indruk dat de cumulatieregeling heeft geleid tot meer toezichthouders met een buitenlandse nationaliteit? En andersom, dat meer personen met een Nederlandse nationaliteit toezichthoudende posities ambiëren bij buitenlandse rechtspersonen?

5. Persoonlijke mening over cumulatieregeling

Wat is uw persoonlijke mening over de wettelijke cumulatieregeling?

a. Heeft u de indruk dat het teveel aan posities van sommige toezichthouders voor de invoering van de regeling heeft geleid tot kwaliteitsproblemen in het toezicht?
b. Welke voordelen van de wettelijke cumulatieregeling ziet u?
c. Welke nadelen van de wettelijke cumulatieregeling ziet u?
d. Acht u een versoepeling van de cumulatieregeling aangewezen? Bijvoorbeeld dat een beroepscommissaris meer dan vijf toezichthoudende functies mag hebben.
e. Heeft u het idee dat de wettelijke cumulatieregeling aan de gestelde doelen voldoet?
f. Kent u betere alternatieven?

Bijlage 2: Literatuurlijst bij deelonderzoek II

R. Abma en M. Olaerts, 'De effectiviteit van de comply or explain-regel in Nederland', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-5, par. 2.

*Asser/Maeijer& Kroeze 2-I** 2015/575 en 576.

B.F. Assink, W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

B. Bier, '(De)coderen of legaliseren?', *Nieuwsbrief Nyenrode Corporate Governance Instituut*, november 2012.

A.A. Bootsma, 'Vierde rapport over de naleving van de Nederlandse Corporate Governance Code: waarheen leidt de weg?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2013/29, par. 2.4.

H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De tanden van het vennootschapsrecht; een eerste verkenning van het sanctiearsenaal', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2012, aflevering 2, p. 51-73.

J. Dinant, 'Comply or explain; Publiekrechtelijk toezicht op de naleving van de Code Tabaksblat', *Tijdschrift voor Jaarrekeningrecht* 2007/4, p. 66-71.

J.G.C.M. Galle, 'Het comply or explain-principe door Europa opgelegd', *Tijdschrift voor Compliance* 2007, p. 60.

C.J.A. van Geffen, *Rechtspersonen, commentaar* bij art. 2:397 BW.

E.M. Heemskerk and M. Fennema, 'Network dynamics of the Dutch Business Elite.' *International Sociology* 2009, Volume 24, Number 6, p. 807-832.

E.J.J. van der Heijden en W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, dertiende druk bewerkt door P.J. Dortmond, Deventer: Kluwer 2013.

Charles Honée, 'Corporate governance, een vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2016/67, par. 3.4.

D.V. de Jong, A. de Jong, G.M.H. Mertens & Ch. Wasley, 'Corporate governance in Nederland: de invloed van de Commissie Peters', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2001, jaargang 75, editie 4, p. 150-161.

M.W. Josephus Jitta, '(G)Een Code voor niet-beursgenoteerde ondernemingen', *Ondernemingsrecht* 2007/135.

E.D.G. Kiersch, *T&C Ondernemingsrecht* 2016, art. 2:398 BW, aant. 1.

Goos Minderman, 'Versoepel maximum voor aantal voorzitterschappen van raad van toezicht', *Financieele Dagblad* 12 september 2016.

M.S. Mizruchi, M.S., *The fracturing of the American corporate elite*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2013, p. 113-114.

M. van Olffen & S. Versteege, 'Wet bestuur & toezicht: Beperking aantal commissariaten, Nota van wijziging op de Reparatiewet', *Ondernemingsrecht* 2013/13, par. 2.1.

D.F.G.K. Overkleeft, 'De Code in de crisis: het derde nalevingsrapport van de Corporate Governance Code (2011)', *Vennootschap & Onderneming* 2012-2, p. 23/24.

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Zelfregulering van corporate governance van beursondernemingen', *WPNR* 2004 (6563), p. 67-81.

M.J.G.C. Raaijmakers en G. van der Sangen, 'Beleggersbescherming tussen Wft en NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2015/112, p. 568-578.

S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014-308, p. 31.

F.N. Stokman, R. Ziegler and J. Scott, *Networks of Corporate Power: A Comparative Analysis of Ten Countries,* Cambridge: Polity Press, B. Blackwell 1985.

K.H.M. de Roo, 'De Corporate Governance Code en het drijfzand van de open norm', *Ars Aequi* 2015/4, p. 259.

G.K. Westerhuis & T. David, *The power of corporate networks - a comparative and historical perspective,* London: Routledge 2014.

J.W. Winter, 'Corporate governance handhaving in de VS, EU en Nederland', in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006.

J.W. Winter, 'Geen regels maar best practices', in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *'Willems' wegen: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems,* Van der Heijden reeks nr. 102, Deventer: Kluwer 2010, p. 463.

Bijlage 3: Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek II

www.afm.nl/nl-nl/professionals/doelgroepen/effectenuitgevende-ondernemingen/financiele-verslaggeving/jur-kader-brieven

www.aobenoemingscheck.nl/nl/reference-crd-iv

www.commissiecodebanken.nl/index.php?p=1188639

www.commissiecorporategovernance.nl/download/?id=3364

www.commissiecorporategovernance.nl/download/?id=3364

www.compliance-instituut.nl/per-1-januari-2016-governance-principes-verzekeraars-vervallen/

www.dnb.nl/toezichtprofessioneel/bankenunie/het-europese-bankentoezicht/#

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/studies/comply-or-explain-090923_en.pdf

www.ecgi.org/codes/documents/cadbury.pdf

http://www.governancecodezorg.nl/wp-content/uploads/2016/11/Governancecode-Zorg-2017.pdf

www.mccg.nl

http://mcpf.nl/wp-content/uploads/2016/12/Code_Pensioenfondsen_2017.pdf

www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2016/06/03/tk-advies-commissie-vennootschapsrecht-19-okt-2015-wet-bestuur-en-toezicht-rechtspersonen

www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/corporate-governance/nieuws/2017/03/24/herziene-corporate-governance-code-wordt-wettelijk-verankerd

www.topinkomens.nl/voor-wnt-instellingen

www.vtw.nl/data/media/files/Governancecode_woningcorporaties_2015_web.pdf

Deelonderzoek III

Streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen

Projectleider: prof. mr. M.L. (Loes) Lennarts

Inhoudsopgave deelonderzoek III

Hoofdstuk 1. Inleiding 401

1.1 Onderzoeksthema's en probleemstelling 401

1.2 Onderzoeksvragen 401

1.3 Onderzoeksmethoden 403

1.4 Onderzoeksopzet 403

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis streefcijferregeling Boek 2 BW 407

2.1 Inleiding 407

2.2 Oorsprong streefcijferregeling 407

2.2.1 Amendement Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers 407

2.2.2 Gewijzigd amendement Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers 409

2.2.3 Beoogde doeleinden 409

2.3 Toepassingsgebied streefcijferregeling 410

2.3.1 Rechtsvormen: alleen grote NV's en BV's 410

2.3.2 Grootte-criterium 411

2.3.3 Doorgrijpbepaling 411

2.4 Verplichtingen op grond van de regeling 411

2.4.1 "Zo veel mogelijk rekening houden met evenwichtige verdeling" 411

2.4.2 'Pas-toe-of-leg-uit' 412

2.5 Horizonbepaling 414

2.5.1 Bedoeling horizonbepaling 414

2.5.2 Voortzetting streefcijferregeling met horizonbepaling 415

2.6 Conclusie 415

Hoofdstuk 3. Inhoud en betekenis streefcijferregeling Boek 2 BW 418

3.1 Inleiding 418

3.2 Reikwijdte 418

3.2.1. Rechtsvormen: alleen NV (SE) en BV 418

3.2.2 Grootte-criterium 418

3.2.3 Doorgrijpbepaling 418

3.2.4 Functies 419

3.3 Streefcijfer van 30% 420

3.4 "Zoveel mogelijk rekening houden met evenwichtige verdeling" 421

3.4.1 In hoeverre is voorkeursbeleid toegestaan bij het benoemen en voordragen van bestuurders en bij het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van commissarissen? 422
3.5 Handhaving: 'pas-toe-of-leg-uit' 426
3.5.1 Betekenis uitlegverplichting 426
3.5.2 Rol algemene vergadering 427
3.5.3 Rol accountant 428
3.6 Conclusie 429
Hoofdstuk 4. Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 432
4.1 Inleiding 432
4.2 Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid 432
4.3 De diversiteitsbepalingen in de Corporate Governance Code 2008 en de Code 2016 437
4.4 Conclusie: verhouding tussen de streefcijferregeling in Boek 2 BW, het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de Corporate Governance Code 2016 440
Hoofdstuk 5. Regelingen ter bevordering van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de top van bedrijven in België, Duitsland, Frankrijk en Italië en het voorstel voor een Europese streefcijferrichtlijn 441
5.1 Inleiding 441
5.2 Wettelijke regelingen ter bevordering van een 'evenwichtige verdeling' in België, Duitsland, Frankrijk en Italië 442
5.2.1 België 442
5.2.1.1 Reikwijdte 444
5.2.1.2 Quota en toepassing 446
5.2.1.3 Handhaving 446
5.2.1.4 Effectiviteit 450
5.2.2 Duitsland 451
5.2.2.1 Reikwijdte 453
5.2.2.2 Quota, streefcijfer en toepassing 454
5.2.2.3 Handhaving 455
5.2.2.4 Effectiviteit 456
5.2.3 Frankrijk 458
5.2.3.1 Reikwijdte 460
5.2.3.2 Quota en toepassing 461
5.2.3.3 Handhaving 462

5.2.3.4 Effectiviteit 463
5.2.4 Italië 465
5.2.4.1 Reikwijdte 467
5.2.4.2 Quota en toepassing 468
5.2.4.3 Handhaving 468
5.2.4.4 Effectiviteit 469
5.2.5 Het voorstel voor een streefcijferrichtlijn van de Europese Commissie 470
5.2.5.1 Reikwijdte 472
5.2.5.2 Streefcijfers en het te voeren voorkeursbeleid 474
5.2.5.3 Handhaving 478
5.3 Conclusie 479
Hoofdstuk 6. De streefcijferregeling van Boek 2 BW in de praktijk: kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen 487
6.1 Inleiding 487
6.2 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de mate waarin 'grote' NV's en BV's het wettelijke streefcijfer hebben behaald 490
6.2.1 De Bedrijvenmonitor 2012-2015 en de Bedrijvenmonitor 2016 490
6.2.1.1 De voornaamste kwantitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot de realisatie van het streefcijfer van 30% bij grote NV's en BV's. 491
6.2.2 De Female Board Index 2016 496
6.2.2.1 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de realisatie van het streefcijfer van 30% uit de Female Board Index 2016 (83 beursvennootschappen) 497
6.2.3 De voornaamste kwantitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot 'grote' organisaties in de publieke sector 499
6.2.4 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de realisatie van het streefcijfer van 30% gebaseerd op de KvK-dataset 2012-2017 501
6.2.5 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de verklaringen voor het wel of niet behalen van het streefcijfer en het gevoerde en te voeren beleid (Bedrijvenmonitor 2016) 503
6.2.6 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de verantwoording over de naleving van de streefcijferregeling in het jaarverslag en de rol van de accountant (Bedrijvenmonitor 2016) 505
6.2.7 Samenvatting kwantitatieve bevindingen Bedrijvenmonitor 2016, Female Board Index 2016 en eigen kwantitatief onderzoek 508
6.3 Werking van de streefcijferregeling in de praktijk: kwalitatieve bevindingen 509
6.3.1 Voornaamste kwalitatieve bevindingen Bedrijvenmonitor 2012-2015 en 2016 509

6.3.1.1. Reacties bedrijven 509

6.3.1.2 Stakeholdersonderzoek Bedrijvenmonitor 2012-2015 510

6.3.2 Kwalitatieve bevindingen interviews deelonderzoeken I, II en III met betrekking tot de streefcijferregeling 513

6.3.2.1. Interviews deelonderzoek I 513

6.3.2.2 Interviews deelonderzoek II 514

6.3.2.3. Stakeholder-interviews deelonderzoek III 515

6.3.3 Samenvatting kwalitatieve bevindingen 520

Hoofdstuk 7. Deelonderzoek III: conclusies en aanbevelingen 522

7.1 Inleiding 522

7.2. Wat was de beleidstheorie ten aanzien van de streefcijferregeling en waarom zijn daarin juist de grote naamloze en besloten vennootschappen daartoe aangewezen? (onderzoeksvraag 1) 522

7.2.1. Doel en ratio van de streefcijferregeling 522

7.2.2. Beleidstheorie met betrekking tot streefcijfer van 30%, beperking tot NV's en BV's en het grootte-criterium onduidelijk 523

7.2.3 Beleidstheorie met betrekking tot 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de regeling 523

7.2.4 Beleidstheorie met betrekking tot de wijze waarop het streefcijfer moet worden behaald onduidelijk 524

7.2.5 Bedoeling van de horizonbepaling niet helemaal duidelijk 524

7.3 Onduidelijkheden en aandachtspunten bij de toepassing van het streefcijfer (onderzoeksvragen 3, 4 en 5) 524

7.3.1 Wat zijn de voor- en nadelen van de toepassing van het streefcijfer op grote naamloze en besloten vennootschappen? Tegen welke – vermeende - problemen voor wat betreft organisatiestructuren en/of typen sectoren loopt men op? En welke oplossingen zijn daarvoor denkbaar? (onderzoeksvraag 3) 525

7.3.2 Zijn er verschillen in toepassing van de streefcijferregeling tussen vennootschappen met een one-tier board en vennootschappen met een raad van commissarissen? (onderzoeksvraag 4) 527

7.3.3 Hoe kunnen bedrijven met één bestuurder of commissaris aan het streefcijfer voldoen? (onderzoeksvraag 5) 527

7.3.4 Aanbevelingen 528

7.4. Welke sancties zijn verbonden aan het wettelijke streefcijfer op basis van 'pas-toe-of-leg-uit'? Welke rol speelt de AV respectievelijk de accountant? Hoe is de effectiviteit van die rollen te vergroten? (onderzoeksvraag 6) 529

7.4.1 Sancties 529

7.4.2 Rol van de accountant 529

7.4.3 Rol van de AV 530
7.4.4 Aanbeveling 531
7.5 De toepassing van de streefcijferregeling in de praktijk 531
7.5.1 Wat zijn de voornaamste kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen met betrekking tot de toepassing van de streefcijferregeling op grote NV's en BV's? (onderzoeksvraag 2) 531
7.5.2 Hoe groot is het aandeel van vrouwen in de besturen en raden van toezicht van grote publieke organisaties (Bedrijvenmonitor 2016) respectievelijk grote stichtingen (KvK-dataset 2012-2017)? (onderzoeksvraag 7) 533
7.5.3 Aanbevelingen 533
7.6 Wat kan er geleerd worden van regelingen in andere EU-lidstaten en van de concept-richtlijn van de EU? (onderzoeksvragen 8, 9, 10) 534
7.6.1 Aan de hand van welke criteria wordt bepaald of een entiteit onder de bindende quota/streefcijferregeling valt? (onderzoeksvraag 9) 536
7.6.2 Welke sancties worden gehanteerd als niet aan de regeling wordt voldaan? 536
7.6.3 Wat kan er verder worden geleerd van de regelingen in België, Frankrijk, Duitsland en Italië? 537
7.6.3.1 Reikwijdte qua functies 537
7.6.3.2 Voorkeursbeleid cf. EU-recht? 538
7.6.3.3 Flexibele invoering quota/streefcijfers en beperkte geldingsduur quotaregelingen 539
7.6.3.4 Effectiviteit van de buitenlandse regelingen? 539
7.7 Tot slot: hoe kan de naleving en de effectiviteit van het streefcijfer van 30% worden vergroot? (onderzoeksvraag 13) 541
7.7.1 Een meer flexibele regeling in plaats van 'one size fits all'? 541
7.7.2 Het verbinden van een sanctie aan niet-naleving van de transparantieverplichting? .. 541
7.7.3 Uitbreiding verplichting tot verschaffing transparantie met betrekking tot de actuele m/v-verdeling tot hogere managementlagen en het hele personeelsbestand 542
7.7.4 Een andere aanpak: bindende quota? 543
Bijlage 1: Literatuurlijst bij deelonderzoek III 546
Literatuur Hoofdstuk 3 546
Literatuur hoofdstuk 5 546
Literatuur hoofdstuk 6 548
Bijlage 2: Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek III 550

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1 Onderzoeksthema's en probleemstelling

Deelonderzoek III heeft betrekking op de streefcijferregeling die opgenomen is in art. 2:166/2:276 BW. Met deze regeling wordt beoogd om een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen te bereiken van de zetels in de raden van bestuur en commissarissen van 'grote' NV's en BV's.

Op grond van deze regeling dienen 'grote' NV's en BV's bij het opstellen van de profielschets, de voordracht en de benoeming van bestuurders en commissarissen zoveel mogelijk rekening te houden met een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen. Van een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen is sprake indien ten minste 30% van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen ('streefcijfer').

Zolang het streefcijfer niet is gehaald moeten de onder de regeling vallende vennootschappen aan bepaalde transparantieverplichtingen voldoen. Zij moeten in het bestuursverslag uiteen zetten waarom er geen evenwichtige verdeling is, welke stappen de vennootschap heeft gezet om in de toekomst tot een evenwichtige verdeling te komen en welke stappen de vennootschap gaat nemen om een evenwichtige verdeling te bereiken ('pas-toe-of-leg-uit').

Kort samengevat gaat het in dit onderzoek om de achtergrond, praktische toepassingsproblemen, effectiviteit en naleving van het wettelijke streefcijfer. Ook de beperking van het wettelijke streefcijfer tot grote NV's en BV's is onderdeel van dit deelonderzoek.

In par. 1.2 zijn de onderzoeksvragen betreffende deelonderzoek III opgenomen zoals deze door het WODC zijn geformuleerd, waarna in par. 1.3 de onderzoeksmethoden worden weergegeven. Vervolgens wordt in par. 1.4 uiteengezet welke onderzoeksopzet is gehanteerd om tot een beantwoording van de onderzoeksvragen te komen.

1.2 Onderzoeksvragen

1. Wat is de beleidstheorie t.a.v. het streefcijfer en waarom zijn daarin juist de grote naamloze en besloten vennootschappen daartoe aangewezen?

2. Wat zijn de belangrijkste kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015?[1]

3. Wat zijn de voor- en nadelen van de toepassing van het streefcijfer op grote naamloze en besloten vennootschappen? Tegen welke – vermeende - problemen voor wat betreft organisatiestructuren en/of typen sectoren loopt men op? En welke oplossingen zijn daarvoor denkbaar?

4. Zijn er daarbij nog verschillen tussen vennootschappen met een 'one-tier board' en met een raad van commissarissen?

5. Hoe kunnen bedrijven met één bestuurder of commissaris aan het streefcijfer voldoen?

6. Welke sancties zijn verbonden aan het wettelijke streefcijfer op basis van 'pas toe of leg uit'? Worden deze sancties in de praktijk toegepast? Welke rol speelt het interne toezicht en het externe toezicht door accountants, en de rol van de algemene vergadering, en hoe is de effectiviteit hiervan te vergroten?

7. Uit het onderzoek van het Nationaal Register blijkt dat de 75% van de deelnemende vrouwen uit (semi)publieke sectoren kwam. In de monitor zijn die sectoren niet meegenomen. Hoe groot is het aandeel van vrouwen in de RvC en RvB bij grote organisaties in (semi)publieke sectoren zorg, onderwijs en woningbouw en cultuur?[2]

8. Wat kan er geleerd worden van de voorbeelden uit het rapport 'Internationale voorbeelden beleid Topvrouwen' en van de internationale vergelijking in de Bedrijvenmonitor, t.a.v. streefcijfers, respectievelijk quota?[3]

9. Wat zijn de criteria voor deze buitenlandse bedrijven die daar aan dienen te voldoen?

10. Welke sancties hanteert men in deze buitenlandse voorbeelden bij niet voldoen, aan de streefcijfers en/of de 'comply or explain' regeling?

---

[1] Inmiddels is ook de Bedrijvenmonitor 2016 verschenen. Deze is tevens geanalyseerd ter beantwoording van de onderzoeksvraag evenals de Female Board Index 2016, die kwantitatieve gegevens bevat met betrekking tot beursvennootschappen.

[2] Het was niet mogelijk om betrouwbare data uitgesplitst voor al deze verschillende sectoren te verzamelen. Dat zou een te tijdrovend en kostbaar empirisch onderzoek hebben gevergd. Onderzoekers hebben zich beperkt tot een analyse van het aantal vrouwen in de raden van bestuur en toezicht van 'grote' stichtingen omdat een groot aantal semipublieke organisaties deze rechtsvorm gebruikt.

[3] Omdat het Atria-rapport geen gedetailleerde *rechts*vergelijkende studie bevat en de uitkomsten van dit rapport deels achterhaald zijn door recente ontwikkelingen (nieuwe wetgeving en recente buitenlandse monitoringonderzoeken) hebben de onderzoekers er voor gekozen een eigen rechtsvergelijkende studie uit te voeren.

11. Wat zouden de voor- en nadelen zijn van het uitbreiden van het wettelijke streefcijfer naar alle (grote) organisaties in de publieke en de semipublieke sector, dan wel naar alle grote stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen?[4]

12. Hoe zou deze uitbreiding kunnen plaatsvinden?[5]

13. Op basis van bovenstaande vragen, hoe kan de effectiviteit en de naleving van het streefcijfer van 30% worden vergroot?

1.3 Onderzoeksmethoden

Deelonderzoek III bevat een theoretisch en een empirisch gedeelte. De juridisch-theoretische methodologie bestaat uit een studie van wetsgeschiedenis, Nederlands en ander nationaal recht en Europees recht en Europese jurisprudentie. Voor het empirische gedeelte is deels gebruik gemaakt van de bevindingen van eerder uitgevoerd empirisch onderzoek (Bedrijvenmonitoren 2012-2015 en 2016 en de Female Board Index 2016), deels hebben de onderzoekers zelf data verzameld en geanalyseerd en interviews gehouden.

1.4 Onderzoeksopzet

Deelonderzoek III bestaat uit zeven hoofdstukken

Hoofdstuk 1 bevat een weergave van de onderzoeksthema's en probleemstelling, de onderzoeksvragen en de gehanteerde onderzoeksmethoden- en opzet.

In **hoofdstuk 2** wordt de parlementaire geschiedenis van de limiteringsregeling beschreven. Na een korte inleiding komen achtereenvolgens aan bod:

- de oorsprong van de streefcijferregeling (een tweetal amendementen);
- de beoogde doeleinden;
- het toepassingsgebied (rechtsvormen en functies);
- de verplichtingen die uit de regeling voortvloeien; en
- de beperkte geldingsduur van de streefcijferregeling.

Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie waarin **onderzoeksvraag 1** wordt beantwoord.

[4] In overleg met de opdrachtgever is besloten om geen onderzoek uit te voeren naar de voor- en nadelen van uitbreiding van het wettelijk streefcijfer naar alle (grote) organisaties in de publieke en semipublieke sector, maar het onderzoek te beperken tot de vraag naar uitbreiding van de streefcijferregeling naar andere 'grote' in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.
[5] Zie de opmerking in voetnoot 552.

Hoofdstuk 3 bevat een weergave van de inhoud en de betekenis van de in Boek 2 BW neergelegde streefcijferregeling. Aan de hand van de wettekst, wetsgeschiedenis, rechtsgeleerde literatuur en Europese jurisprudentie met betrekking tot voorkeursbeleid wordt nagegaan hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast en welke onduidelijkheden en knelpunten er (theoretisch) bestaan. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie waarin een basis wordt gelegd voor de beantwoording van **onderzoeksvragen 3, 4, 5 en 6**.

In **hoofdstuk 4** wordt aandacht besteed aan het recent in werking getreden Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid - dat 'grote' beursvennootschappen verplicht tot transparantie over hun diversiteitsbeleid - en de bepalingen met betrekking tot transparantie over het diversiteitsbeleid in de Corporate Governance Code 2016. Door middel van een onderzoek van de wetsgeschiedenis bij het Besluit diversiteitsbeleid en de consultatie die voorafging aan de nieuwe Codebepalingen wordt nagegaan hoe deze twee regelingen zich verhouden tot de wettelijke streefcijferregeling. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie waarin de vraag wordt beantwoord of de transparantieverplichtingen van het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de diversiteitsbepalingen in de Corporate Governance Code 2016 de effectiviteit van de streefcijferregeling ten aanzien van beursvennootschappen kunnen versterken.

Hoofdstuk 5 bevat de resultaten van een rechtsvergelijkend onderzoek naar regelingen ter bevordering van genderdiversiteit in de bestuurs- en toezichtorganen van vennootschappen in vier EU-lidstaten: België, Duitsland, Frankrijk en Italië. In dit hoofdstuk wordt ook de concept-richtlijn van de EU met betrekking tot genderdiversiteit in vennootschapsbesturen geanalyseerd. Voor elk van de vier lidstaten is de juridische vormgeving van de streefcijfer- c.q. quotumregeling op drie punten geanalyseerd:

- de reikwijdte van de regeling, wat betreft zowel de door de regeling bestreken rechtsvormen/bedrijven als de eronder vallende functies (zetels in raden van bestuur, raden van commissarissen, hogere managementlagen);
- het via een streefcijfer dan wel bindend quotum te bereiken percentage vrouwen (en mannen) en de wijze waarop wordt berekend of aan het streefcijfer/quotum is voldaan;
- de wijze waarop de handhaving van de regeling is geregeld (sanctie(s)).

De resultaten van deze analyse zijn in de conclusie van het hoofdstuk samengevat in een vergelijkende tabel. Aan de beschrijving van de vormgeving van iedere onderzochte buitenlandse regeling is steeds een korte paragraaf over de effectiviteit van de regelingen toegevoegd. Dit maakt het mogelijk om in de conclusie enige uitspraken te doen over wat wél en wat niet lijkt te werken. Op basis van de conclusie van dit

hoofdstuk kunnen **onderzoeksvragen 8, 9 en 10** worden beantwoord. Voorts draagt de rechtsvergelijkende analyse bij aan de beantwoording van **onderzoeksvraag 13**.

Hoofdstuk 6, dat de toepassing van de streefcijferregeling in de praktijk betreft, bestaat uit twee delen. In het eerste deel worden de *kwantitatieve* gegevens over de toepassing van de streefcijfer uit het officiële monitoringonderzoek (Bedrijvenmonitor 2012-2015 en Bedrijvenmonitor 2016) samengevat. Het gaat daarbij in de eerste plaats om gegevens over de progressie die is geboekt met de evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen over de raden van bestuur en raden van commissarissen van grote NV's en BV's. Om enig inzicht te krijgen in de voortgang bij beursvennootschappen zijn bovendien de voornaamste gegevens uit de Female Board Index 2016 in dit hoofdstuk opgenomen. De beide geanalyseerde edities van de Bedrijvenmonitor bevatten ook kwantitatieve bevindingen met betrekking tot het door 'grote' NV's en BV's gevoerde genderdiversiteitsbeleid, de mate waarin zij hierover transparantie verschaffen en de controle hierop door de accountant. De Bedrijvenmonitor 2016 bevat bovendien kwantitatieve gegevens met betrekking tot de m/v-verdeling in de top van grote semipublieke instellingen. Ook hiervan wordt in dit hoofdstuk verslag gedaan. Naast deze kwantitatieve gegevens uit eerder onderzoek worden eigen kwantitatieve bevindingen gepresenteerd. Deze hebben betrekking op de progressie die 'grote' NV's, BV's en stichtingen tussen 2012 en 2017 hebben geboekt met de evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen over hun raden van bestuur en raden van commissarissen/toezicht. Deze bevindingen zijn gebaseerd op de data die de onderzoekers hebben verkregen van de Kamer van Koophandel (de KvK-dataset 2012-2017). De toegevoegde waarde van het eigen onderzoek is met name dat - in aanvulling op het onderzoek dat in de Bedrijvenmonitor 2016 is verricht naar de m/v-verdeling in de top van 'grote' publieke organisaties - inzicht wordt verschaft in de voortgang met betrekking tot de evenwichtige m/v-verdeling in besturen en toezichthoudende organen van *alle* grote *stichtingen*.
Het tweede deel van hoofdstuk 6 bevat *kwalitatieve* bevindingen. Het betreft in de eerste plaats een samenvatting van de kwalitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015 en de Bedrijvenmonitor 2016. Daarnaast zijn kwalitatieve bevindingen met betrekking tot de streefcijferregeling opgenomen die zijn verkregen door interviews gehouden met 'grote' vennootschappen (zie deelonderzoek I), met executive search bureaus (zie deelonderzoek II) en met een aantal personen die vanwege hun specifieke betrokkenheid bij de streefcijferregeling (bijvoorbeeld als accountant of als belangenbehartiger van (institutionele) aandeelhouders) zijn geselecteerd voor een expert interview.
Elk van de beide delen van het hoofdstuk wordt afgesloten met een samenvatting. Met de kwantitatieve bevindingen die zien op de voortgang met betrekking tot het behalen

van het streefcijfer kan het eerste deel van **onderzoeksvraag 2 alsmede (voor een deel) onderzoeksvraag 7**[6] worden beantwoord.
Met de samenvatting van de kwalitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015 wordt het tweede deel van **onderzoeksvraag 2** beantwoord. Deze en de overige kwalitatieve bevindingen dragen bij aan de beantwoording van **onderzoeksvragen 3, 4, 5, 6 en 13**.

Hoofdstuk 7 bevat de belangrijkste conclusies en aanbevelingen inzake deelonderzoek III.

[6] Vraag 7 wordt beantwoord voor zover het de 'grote' stichtingen betreft.

Hoofdstuk 2. Parlementaire geschiedenis streefcijferregeling Boek 2 BW

2.1 Inleiding

De wettelijke streefcijferregeling is op 1 januari 2013 ingevoerd als onderdeel van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv. Zij berust op een amendement van de kamerleden Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers. De streefcijferregeling had een tijdelijk karakter. Op 1 januari 2016 is zij vervallen. Op 23 maart 2016 is een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat inhoudt dat de streefcijferregeling opnieuw wordt ingevoerd tot 1 januari 2020.[7] Dit wetsvoorstel is op 7 februari 2017 door de Eerste Kamer aangenomen. De wet is op 1 maart 2017 gepubliceerd in het Staatsblad[8] en is op 13 april 2017 in werking getreden.[9] Het streefcijfer heeft dus niet gegolden van 1 januari 2016 tot 13 april 2017. Het kabinet gaat er echter van uit dat ondernemingen in deze periode handelen in overeenstemming met het in de brief van 16 november 2015[10] uitgesproken voornemen om het wettelijke streefcijfer te verlengen.[11]

2.2 Oorsprong streefcijferregeling

2.2.1 Amendement Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers

In een vrij laat stadium van de behandeling van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv in de Tweede Kamer hebben de kamerleden Kalma, Vroonhoven-Kok en Weekers een amendement ingediend dat er toe strekt om enkele bepalingen in het BW op te nemen, die moeten leiden tot een evenwichtige verdeling van de zetels over mannen en vrouwen in de raden van bestuur en raden van commissarissen van 'grote' NV's en BV's.[12] Onder 'evenwichtig' wordt verstaan een verdeling van de zetels waarbij ten minste 30% van de zetels wordt bezet door mannen en ten minste 30% door vrouwen. Het amendement berust op de op 24 april 2008 breed aangenomen[13] motie Kalma c.s., waarin de regering is verzocht om "de binnen de Tweede Kamer levende wens om dergelijke streefcijfers (25-30% in 2015, onderzoekers) op te nemen in de Code Tabaksblat te geven over te brengen aan de monitoring commissie Corporate Governance Code".[14] De toenmalige Minister van Financiën ging er van uit dat, als de Kamer deze motie zou aannemen, zij daarmee twee uitspraken zou doen: er zouden streefcijfers in de nieuwe code moeten komen en de Minister zou dat moeten doorgeven aan de monitoringcommissie. De Minister heeft het oordeel daarover "graag" aan de Kamer

[7] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 435, nr. 2.
[8] *Stb.* 2017, 68.
[9] *Stb.* 2017, 118.
[10] *Kamerstukken II* 2015/16, 30 420, nr. 227.
[11] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 435, nr. 3.
[12] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 8.
[13] Voor deze motie hebben gestemd de leden van de fracties van de SP, de PvdA, GroenLinks, D66, de PvdD, de VVD, het CDA en het lid Verdonk.
[14] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 083, nr. 17.

gelaten.[15] Kort daarvoor had de Minister gereageerd op een motie die ertoe strekte dat hij er op zou moeten aandringen dat aanbevelingen met betrekking tot de beloning van bestuurders in de Code werden opgenomen[16]. Hierop antwoordde de Minister dat de code een zaak van zelfregulering is:

> "Als ons niet aanstaat wat daar tot stand komt kunnen we besluiten tot wetgeving. Druk uitoefenen op de partijen die de code maken zou afbreuk doen aan het karakter van zelfregulering."[17]

Omdat de regering de motie Kalma c.s. niet heeft overgenomen wordt in het amendement voorgesteld om een tijdelijke streefcijferregeling in de wet op te nemen. Hiertoe worden wijzigingen voorgesteld in een aantal bepalingen van Boek 2 BW die betrekking hebben op de benoeming en de voordracht van bestuurders en commissarissen van NV's en BV's en op het opstellen van een profielschets ten behoeve van dergelijke benoemingen en voordrachten. De kern van het amendement is dat bij het opstellen van de profielschets, de voordracht en de benoeming van bestuurders en commissarissen zoveel mogelijk rekening wordt gehouden met een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen (het streefcijfer van 30%). Verder wordt een wijziging van het tweede lid van art. 2:391 BW voorgesteld. Deze wijziging houdt in dat zolang het streefcijfer niet is gehaald, de onder de regeling vallende vennootschappen in het bestuursverslag uiteen moeten zetten waarom er geen evenwichtige verdeling is, welke stappen de vennootschap heeft gezet om in de toekomst tot een evenwichtige verdeling te komen en welke stappen de vennootschap gaat nemen om een evenwichtige verdeling te bereiken ('pas-toe-of-leg-uit'). In de beknopte toelichting op het amendement wordt er op gewezen dat Nederland in vergelijking tot andere landen een erg laag aantal vrouwen in bestuurlijke functies kent en dat dit aantal naar verwachting niet op natuurlijke wijze zal groeien. Verder wordt opgemerkt dat internationaal onderzoek heeft aangetoond dat een te eenzijdige samenstelling van raden van bestuur en commissarissen leidt tot slechtere financiële resultaten, maar ook tot een lagere economische groei. De in het amendement voorgestelde regeling is daarom volgens de indieners niet alleen vanuit emancipatoir oogpunt, maar ook om economische redenen wenselijk.
De reikwijdte van de in het amendement voorgestelde tijdelijke streefcijferregeling is beperkt tot 'grote' NV's en BV's. Onder de regeling vallen vennootschappen die *niet* aan ten minste twee van de volgende drie vereisten voldoen: de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van de verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan € 20.000.000; de netto omzet over het boekjaar

[15] *Handelingen II* 2007/08, 81, p. 5740.
[16] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 083, nr. 14.
[17] *Handelingen II* 2007/08, 81, p. 5739. Dit standpunt wordt herhaald in *Kamerstukken II* 2007/08, 31 083 en 28 998, nr. 21, p. 11.

bedraagt niet meer dan € 40.000.000; het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250 (zie art. 2:397 lid 1 BW).
Uit de toelichting op het amendement volgt dat de regeling een beperkte geldingsduur zal hebben door opname van een horizonbepaling, op grond waarvan de bepalingen met ingang van 1 januari 2016 komen te vervallen. De beperkte geldingsduur wordt niet nader toegelicht evenmin als de keuze voor opname van een 'pas-toe-of-leg-uit' regeling in de wet.

2.2.2 Gewijzigd amendement Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers

Op 1 december 2009 hebben de kamerleden Kalma, Vroonhoven-Kok en Weekers ter vervanging van het hiervoor besproken amendement een gewijzigd amendement ingediend.[18] In dit amendement is gekozen voor een andere wetstechnische aanpak. In plaats van een groot aantal wijzigingen in verschillende artikelen van Boek 2 BW is gekozen voor opname van de streefcijferregeling in een tweetal nieuwe bepalingen: art. 2:166 voor de NV en art. 2:276 voor de BV. De materiële en temporele reikwijdte van de voorgestelde regeling is niet gewijzigd. Ook het hiervoor besproken 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de regeling is gehandhaafd, maar verplaatst naar een nieuw in te voeren zevende lid van art. 2:391 BW. De voorgestelde regeling is uitgebreid met een bepaling voor het geval dat bestuurszetels worden bezet door een NV of BV. In dat geval moeten de besturen van de als bestuurder optredende NV of BV aan de streefcijferbepaling voldoen.
De toelichting op het gewijzigd amendement is even beknopt als de toelichting op het oorspronkelijke amendement. Zij biedt geen inzicht in de redenen voor:
- beperking van de streefcijferregeling tot grote NV's en BV's;
- het tijdelijke karakter van de regeling;
- het 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de regeling.

2.2.3 Beoogde doeleinden

Met het - voor een tijdelijke duur (nl. tot 1 januari 2016) - neerleggen van een streefcijfer van ten minste 30% voor beide geslachten werd een evenwichtige verdeling van de zetels in de raden van bestuur en de raden van commissarissen van grote NV's en BV's beoogd: "Dit amendement strekt ertoe om in het BW een aantal bepalingen op te nemen, die leiden tot een evenwichtige verdeling van de zetels over mannen en vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen. Hiertoe wordt een streefcijfer van tenminste 30% voor beide geslachten in de wet neergelegd."[19]
De indieners van het amendement lichten de keuze voor een streefcijfer van 30% niet toe. Bij de behandeling van de streefcijferregeling in de Eerste Kamer merkte de VVD-fractie op dat 30% te weinig is in sommige branches waar veel vrouwen werken. In andere

[18] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 14.
[19] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 8.

branches is het te veel. De VVD-fractie vroeg daarom aan de minister of er een verband was met het 'aanbod aan vrouwen'.[20] De Minister van V&J antwoordt dat in de opzet van de regeling ('pas-toe-of-leg-uit') rekening is gehouden met branches waarin vrouwen relatief slecht zijn vertegenwoordigd.[21]
De progressie van de evenwichtige verdeling van zetels in het bestuur en de raad van commissarissen van grote NV's en BV's is vanaf de invoering van het wettelijke streefcijfer in 2013 jaarlijks gemonitord.[22] Omdat uit deze monitoring naar voren kwam dat te weinig voortgang werd geboekt heeft de Minister van OCW in samenwerking met de voorzitter van VNO-NCW het programma Vrouwen naar de Top opgezet. Dit bestaat uit verschillende maatregelen die er op gericht zijn om aandacht te vragen bij bedrijven voor het streefcijfer en ervoor te zorgen dat zij er daadwerkelijk mee aan de slag gaan. Zo is bijvoorbeeld een database van inmiddels ruim 1200 board-ready vrouwen ingesteld. Deze is ondergebracht bij de onafhankelijke stichting Topvrouwen, die in februari 2016 is opgericht door VNO-NCW en Stichting Talent naar de Top.[23]

2.3 Toepassingsgebied streefcijferregeling

2.3.1 Rechtsvormen: alleen grote NV's en BV's

Zowel de op 1 januari 2016 vervallen streefcijferregeling als de regeling die in 2017 in werking is getreden zijn in reikwijdte beperkt tot grote NV's en BV's. In het kader van de behandeling in de Eerste Kamer van de in 2013 in werking getreden regeling is aan de Minister van V&J gevraagd of de regeling in de nabije toekomst zou worden uitgebreid tot stichtingen, verenigingen en coöperaties.[24] De Minister van V&J antwoordde dat hij op dat moment geen aanleiding zag voor uitbreiding van de regeling tot andere rechtsvormen.[25] Voordat daartoe zou worden overgegaan zou in elk geval moeten worden vastgesteld dat er een probleem is ter zake van de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen/toezicht bij grote stichtingen, verenigingen en coöperaties. De Minister van V&J merkt op dat hij daarover vooralsnog geen gegevens heeft. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot verlenging van de streefcijferregeling wordt opgemerkt dat de reikwijdte van de regeling betrokken zal worden bij de evaluatie van de wet.[26] Tijdens de parlementaire behandeling van de in 2017 in werking getreden regeling is de materiële reikwijdte van de regeling geen onderwerp van gesprek geweest.

---

[20] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 11.
[21] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, C, p. 25. Zie voor het volledige citaat par. 2.4.2.
[22] Deze monitoring wordt uitgevoerd onder begeleiding van de onafhankelijke Commissie Monitoring Talent naar de Top. De monitoringrapporten zijn te vinden op https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2016/11/01/Bedrijvenmonitor-topvrouwen-2016/Bedrijvenmonitor-topvrouwen-2016.pdf
[23] https://www.topvrouwen.nl
[24] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 11.
[25] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 25.
[26] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 435, 3, p. 2.

2.3.2 Grootte-criterium

De criteria ter vaststelling of een NV of BV kwalificeert als 'groot' en derhalve valt onder de reikwijdte van de streefcijferregeling zijn identiek aan de grootte-criteria die gelden voor de eveneens in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv opgenomen limiteringsregeling. Voor de passages uit de parlementaire geschiedenis die enig licht werpen op de toepassing van deze criteria wordt daarom verwezen naar par 3.5.3.2 (toepassing jaarrekeningcriteria), par. 2.5.3.4. (toetsingsmoment) en par. 2.5.3.5 (geconsolideerde basis) van deelonderzoek II. In de toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling wordt met betrekking tot de voorgestelde beperking tot grote NV's en BV's opgemerkt dat wordt aangesloten bij een onderscheid dat reeds in de wet is geregeld en dat dit onderscheid het mogelijk maakt voor een vennootschap om buiten het regime van een evenwichtige verdeling te vallen.[27] Tijdens de parlementaire behandeling van de streefcijferregeling is het grootte-criterium geen onderwerp van gesprek geweest.

2.3.3 Doorgrijpbepaling

De streefcijferregeling kent een bepaling voor het geval een of meer bestuurszetels worden bezet door een NV of BV. In dat geval moet het streefcijfer worden toegepast op het bestuur van de als bestuurder optredende NV of BV. Deze zogenoemde doorgrijpbepaling maakte geen deel uit van het oorspronkelijke amendement, maar is toegevoegd aan het gewijzigde amendement dat ten grondslag ligt aan de wettelijke regeling. De toelichting op het amendement biedt geen inzicht in de reden waarom deze bepaling aan de regeling is toegevoegd. In de parlementaire behandeling van de streefcijferregeling is deze bepaling niet aan de orde geweest.

2.4 Verplichtingen op grond van de regeling

2.4.1 "Zo veel mogelijk rekening houden met evenwichtige verdeling"

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv in de Eerste Kamer is gevraagd wat verwacht wordt van vennootschappen, nu zij "zoveel mogelijk" rekening moeten houden met een evenwichtige verdeling van de zetels in de raad van bestuur en de raad van commissarissen over mannen en vrouwen. Kamerleden van de ChristenUnie-fractie en de SGP-fractie vragen op welke wijze een vennootschap voldoende rekening houdt met de bedoelde verdeling en wanneer zij tekort schiet.[28] Hierop antwoordt de Minister van V&J dat de indieners van het amendement met de woorden "zoveel mogelijk" hebben willen aangeven dat zij een dwingende regeling voor

[27] *Kamerstukken II* 2009/10, 31 763, nr. 8.
[28] *Kamerstukken I* 2009/10, 31 763, B, p. 12.

ogen hebben, maar tegelijkertijd afwijkingen willen toestaan indien daarvoor een verklaring kan worden gegeven die de aandeelhouders overtuigt. De Minister van V&J wijst er op dat het gaat om een 'pas-toe-of-leg-uit' regeling (zie ook 2.4.2.). Dit betekent dat verslaglegging voor vennootschappen die niet aan het streefcijfer voldoen verplicht is, maar dat zij in die verslaglegging uitleg kunnen geven. Of de bestaande samenstelling van het bestuur en/of raad van commissarissen moet worden gewijzigd, hangt af van het oordeel van de algemene vergadering, aldus de Minister van V&J.[29]

2.4.2 'Pas-toe-of-leg-uit'

Over het bijzondere karakter van de streefcijferregeling ('pas-toe-of-leg-uit') merkt de Minister van V&J tijdens de behandeling van de op 1 januari 2013 in werking getreden streefcijferregeling het volgende op:

> "De regeling is geformuleerd als een pas toe of leg uit-regeling (art. 2:397 lid 7 BW). Wanneer een vennootschap die onder de reikwijdte van de regeling valt geen evenwichtige samenstelling heeft moet daarover uitleg worden gegeven in het jaarverslag. Ik meen dat met deze opzet rekening is gehouden met branches waarin vrouwen relatief slecht zijn vertegenwoordigd. Bedrijven die in dergelijke branches werkzaam zijn, kunnen daaraan een argument ontlenen indien hun bestuur of raad van commissarissen niet evenwichtig is samengesteld. Het is aan de aandeelhouders om te beoordelen of zij dat argument overtuigend achten."[30]

> "Indien een grote NV of BV niet voldoet aan artikel 2:166/276, moet zij daarover uitleg geven in het jaarverslag. Ik heb geen aanleiding om aan te nemen dat grote vennootschappen niet zullen voldoen aan deze plicht tot verslaglegging. De verslaglegging stelt de algemene vergadering in de gelegenheid om een standpunt te bepalen ten aanzien van de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Indien de algemene vergadering meent dat de samenstelling moet wijzigen (of indien verslaglegging ontbreekt) kan zij haar ongenoegen kenbaar maken. Al met al verwacht ik dat de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen sneller ter discussie zal worden gesteld wanneer het bestuur niet kan aangeven dat wordt voldaan aan de eis van evenwichtigheid. Of dat in de praktijk leidt tot een andere samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen moet worden afgewacht."[31]

Ook de streefcijferregeling die in 2017 in werking is getreden werkt op basis van het principe van 'pas-toe-of-leg-uit'. In de memorie van toelichting merkt de Minister van V&J op dat de Bedrijvenmonitor laat zien dat onvoldoende wordt gedaan aan de verplichting

[29] *Kamerstukken I* 2012/11, 31 763, C, p. 26.
[30] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 25.
[31] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 25.

om in het bestuursverslag uit te leggen waarom het streefcijfer niet is bereikt en op welke wijze men heeft getracht het streefcijfer te realiseren.[32] Tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer van de streefcijferregeling die in 2017 in werking is getreden is het 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de regeling dan ook door verschillende fracties ter discussie gesteld. In antwoord hierop benadrukt de Minister van V&J nogmaals dat het aan de bedrijven zelf is om te bepalen hoe zij een evenwichtige verdeling wensen te bereiken, maar dat zij zolang niet aan het streefcijfer is voldaan moeten voldoen aan de uitlegverplichting:

> "Het uitgangspunt is dat via stimulering van zelfregulering het gewenste doel kan worden bereikt. Het te bereiken doel is helder neergelegd in het streefcijfer van 30%. Wanneer de bedrijven dit streefcijfer niet kunnen bereiken, dienen zij dit uit te leggen in hun bestuursverslag. Bedrijven kunnen zelf de maatregelen kiezen die het beste aansluiten bij hun bedrijf om het streefcijfer te bereiken."[33]

> "De wettelijke regeling werkt op basis van 'pas toe of leg uit'. De zetels in het bestuur en de raad van commissarissen van grote NV's en BV's dienen in beginsel evenwichtig te zijn verdeeld waarbij ten minste 30% van de zetels door vrouwen en ten minste 30% door mannen wordt bezet. Wanneer de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, licht de onderneming dit in het bestuursverslag toe. De wettelijke regeling geeft bedrijven waarbij de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld de mogelijkheid uit te leggen waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld, op welke wijze zij hebben getracht tot een evenwichtige verdeling te komen en op welke wijze zij beogen in de toekomst een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren. Er is dus pas sprake van niet-naleving indien een vennootschap niet aan het wettelijke streefcijfer voldoet én een adequate uitleg in het bestuursverslag ontbreekt."[34]

> "De wettelijke regeling biedt ruimte aan een bedrijf om zelf beleid te ontwikkelen om aan het vereiste van een evenwichtige verdeling te voldoen. Verder gaat de regeling uit van "pas toe of leg uit". Daarmee wordt erkend dat het niet altijd mogelijk zal zijn voor een bedrijf om tot een evenwichtige verdeling te komen, maar wordt wel van een bedrijf verlangd dat er in een dergelijk geval uitleg wordt gegeven. Ook wordt van het bedrijf verlangd dat het naar een evenwichtige verdeling blijft streven."[35]

[32] *Kamerstukken I* 2015/16, 34 435, nr. 3, p. 2.
[33] *Kamerstukken I* 2015/16, 34 435, nr. 5, p. 2.
[34] *Kamerstukken I* 2015/16, 34 435, nr. 5, p. 4-5.
[35] *Kamerstukken I* 2015/16, 34 435, nr. 5, p. 5.

Voor het geval dat de naleving niet verbetert merkt de minister in de memorie van toelichting op dat in het kader van de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht zal worden onderzocht of sanctionering in geval van niet-naleving aangewezen is.[36]

2.5 Horizonbepaling

2.5.1 Bedoeling horizonbepaling

Uit de parlementaire geschiedenis wordt niet duidelijk waarom een horizonbepaling in de op 1 januari 2013 in werking getreden streefcijferregeling is opgenomen. Dit wordt niet toegelicht in het amendement dat ten grondslag ligt aan de regeling. Wel zijn er tijdens de parlementaire behandeling enkele opmerkingen gemaakt over de haalbaarheid van het streefcijfer binnen de periode gedurende welke het streefcijfer zou gaan gelden. De CDA-fractie - bij monde van kamerlid Franken - lijkt voorzichtig optimistisch:

> "Uit een heel recent onderzoek van Lückerath-Rovers en Paans in het tijdschrift voor Ondernemingsrecht van april van dit jaar blijkt, dat op basis van het aantal benoemingsmomenten in de periode 2011-2016 valt op te maken dat het merendeel van de beursgenoteerde ondernemingen het streefcijfer voor wat betreft commissarissen ruimschoots kan halen, maar alleen indien de reeds zittende commissarissen niet automatisch worden herbenoemd. Het zal lastiger zijn het streefgetal voor vrouwelijke bestuurders te halen. Dit wordt zowel veroorzaakt door het huidige lage percentage vrouwelijke bestuurders als door de onbepaalde termijn waarvoor veel bestuurders zijn benoemd. De slotconclusie van dat artikel over dat onderzoek is "dat het aantal benoemingsmomenten in ieder geval voldoende mogelijkheden biedt om binnen een aantal jaren het gewenste streefgetal te behalen". Het gaat dus om een eerste stap. We zien met belangstelling uit naar de resultaten."[37]

Kamerlid Kneppers-Heynert (VVD) is minder optimistisch naar aanleiding van het onderzoek van Lückerath-Rovers en Paans[38] waarnaar kamerlid Franken (CDA) verwijst:

> "Uit ander onderzoek, van Mijntje Lückerath, waarnaar de heer Franken ook al verwees, dat in opdracht van het ministerie van Economische Zaken is verricht, blijkt dat de doelstelling van 30% voor 2016 om praktische redenen niet haalbaar is. Er zijn zo weinig vrouwen in de top dat minstens de helft van de benoemingen van nu af naar vrouwen moeten gaan, wil de achterstand dan enigszins zijn ingehaald."[39]

---

[36] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 435, nr. 3, p. 2.
[37] *Handelingen I* 2010/11, 28, item 2, p. 5.
[38] Zie over dit onderzoek: M. Lückerath-Rovers en S. Paans, 'De haalbaarheid van het quota wetsvoorstel', *Ondernemingsrecht* 2011, 31.
[39] *Handelingen I* 2010/11, 28, item 2, p. 8.

2.5.2 Voortzetting streefcijferregeling met horizonbepaling

Op het moment van het vervallen van de streefcijferregeling op 1 januari 2016 was de 30%-doelstelling niet behaald.[40] Omdat uit de monitoring is gebleken dat de gecombineerde aanpak van een streefcijfer en flankerende maatregelen effect heeft, heeft het kabinet er in 2016 voor gekozen de combinatie van een wettelijk streefcijfer met een activerende aanpak voort te zetten en daarbij te blijven monitoren of de gewenste voortgang wordt bereikt. Het uitgangspunt is dat via stimulering van zelfregulering het gewenste doel kan worden bereikt.[41] Tijdens de parlementaire behandeling van de in 2017 in werking getreden streefcijferregeling vroeg kamerlid Klein aan de Minister van V&J waarom de regering, wanneer zij er van overtuigd is dat het instellen van een streefcijfer het juiste instrument is voor het behalen van de gewenste evenwichtige zetelverdeling, ervoor gekozen heeft om wederom een tijdelijke bepaling in te stellen in plaats van het voor onbepaalde tijd in de wet opnemen van deze bepaling. Hierop antwoordde de Minister van V&J als volgt:

> "Uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015 kwam naar voren dat het aandeel vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen is toegenomen, maar dat deze toename gering is. Er is daarom voor gekozen om de voor bedrijven stimulerende regeling van het streefcijfer te verlengen, samen met een intensivering van de aanpak Vrouwen naar de Top. Het vervallen van de wettelijke regeling in 2020 biedt een goede gelegenheid om de effecten van de wet te onderzoeken. Zoals aangekondigd zal in 2019 worden bezien of het aantal vrouwen in topposities voldoende is toegenomen."

2.6 Conclusie

Uit de hiervoor weergegeven analyse van de parlementaire geschiedenis lijkt[42] te volgen dat de beleidstheorie achter de wettelijke streefcijferregeling is dat met het - voor een tijdelijke duur (nl. initieel tot 1 januari 2016 en na verlenging van de streefcijferregeling tot 1 januari 2020) - neerleggen in de wet van de op het principe 'pas-toe-of leg-uit' gebaseerde streefcijferregeling een percentage van ten minste 30% voor beide geslachten vrouwen (en mannen) in raden van bestuur en de raden van commissarissen van grote NV's en BV's zou kunnen worden bereikt.

Volgens de toelichting bij het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling is de motivering voor invoering van een wettelijke streefcijferregeling dat Nederland in vergelijking tot andere landen een erg laag aantal vrouwen in

---

[40] Wilma Hendrikse en Babette Pouwels, Topvrouwen in de wachtkamer, *Bedrijvenmonitor* 2012-2015, www.rijksoverheid.nl, geraadpleegd op 22 juli 2017.
[41] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 435, nr. 5, p. 2.
[42] De onderzoekers drukken zich voorzichtig uit, gelet op de summiere toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling en de beperkte omvang van het debat dat in het parlement heeft plaatsgevonden over dit onderdeel van het wetsvoorstel bestuur en toezicht.

bestuurlijke functies kent en dat dit aantal naar verwachting niet op natuurlijke wijze zal groeien. Internationaal onderzoek heeft aangetoond dat een te eenzijdige samenstelling van raden van bestuur en commissarissen leidt tot slechtere financiële resultaten, maar ook tot een lagere economische groei. De indieners van het amendement achten de streefcijferregeling daarom niet alleen vanuit emancipatoir oogpunt, maar ook om economische redenen wenselijk.

Noch uit de toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling, noch uit de overige parlementaire stukken is te achterhalen welke beleidstheorie ten grondslag ligt aan:

1) de keuze voor een 'vast' streefcijfer van 30%;

2) de beperking van de reikwijdte van de regeling tot (grote) NV's en BV's (en het niet onder de regeling brengen van andere grote rechtspersonen);

3) de keuze voor beperking van de reikwijdte voor een grootte-criterium dat is ontleend aan het jaarrekeningenrecht.

Voor de keuze voor een streefcijfer van 30% is in het geheel geen motivering te vinden. Met betrekking tot het tweede punt lijkt het standpunt van de wetgever te zijn dat een streefcijfer voor grote stichtingen, verenigingen en coöperaties pas aangewezen is indien vaststaat dat ook bij deze rechtspersonen sprake is van een onevenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in het bestuur en het toezichthoudende orgaan. Met betrekking tot het laatste punt hebben de onderzoekers slechts kunnen achterhalen dat de bedoeling van het aan het jaarrekeningenrecht ontleende grootte-criterium is om een beperking aan te brengen in het aantal vennootschappen dat onder de streefcijferregeling valt. Waarom ter beperking van de reikwijdte voor dit specifieke grootte-criterium is gekozen is niet duidelijk. Vermoedelijk is voor dit criterium gekozen omdat het ook wordt gehanteerd ter afbakening van de limiteringsregeling, die bij dezelfde wet is ingevoerd.

Meer licht werpt de wetsgeschiedenis op de beleidstheorie met betrekking tot de verplichtingen die uit de regeling voortvloeien voor grote NV's en BV's. Er is gekozen voor een dwingende regeling, die gebaseerd is op het principe 'pas-toe-of-leg-uit'. Dit betekent dat verslaglegging voor vennootschappen die niet aan het streefcijfer voldoen verplicht is, maar dat zij in die verslaglegging uitleg kunnen geven. Of de bestaande samenstelling van het bestuur en/of raad van commissarissen moet worden gewijzigd, hangt af van het oordeel van de algemene vergadering. Er is pas sprake van niet-naleving van de streefcijferregeling indien een vennootschap niet aan het wettelijke streefcijfer voldoet én een adequate uitleg in het bestuursverslag ontbreekt.

Grote NV's en BV's moeten "zoveel mogelijk rekening houden" met een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen bij het benoemen en voordragen van bestuurders,

het opstellen van een profielschets voor de raad van commissarissen/niet-uitvoerende bestuurders en bij het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van commissarissen/niet-uitvoerende bestuurders. Uit de wetsgeschiedenis is niet duidelijk wat de wetgever precies voor ogen heeft met betrekking tot de wijze waarop c.q. de mate waarin grote NV's en BV's rekening kunnen en mogen houden met een evenwichtige verdeling. Zo is met name niet duidelijk in hoeverre een voorkeursbeleid is toegestaan om het streefcijfer van 30% te bereiken.

Ook de beleidstheorie die ten grondslag ligt aan het tijdelijke karakter van de regeling is niet helemaal duidelijk. Enerzijds lijkt de beleidstheorie te zijn dat het streefcijfer voor 1 januari 2020 kan worden behaald door middel van een combinatie van de wettelijke streefcijferregeling en flankerende (stimulerende) maatregelen zoals het programma Vrouwen naar de Top dat de Minister van OCW in samenwerking met de voorzitter van VNO-NCW heeft opgezet. Het door de regering verwoorde uitgangspunt is dat "via stimulering van zelfregulering het gewenste doel kan worden bereikt", maar anderzijds wordt er ook op gewezen dat in 2019 zal worden bezien of het aantal vrouwen in topposities voldoende is toegenomen. Het is niet geheel duidelijk wat wordt bedoeld met 'voldoende'. Als hiermee wordt bedoeld dat het streefcijfer van 30% moet worden gehaald lijkt het er op dat de mogelijkheid wordt opengehouden dat het streefcijfer niet wordt gehaald.

Hoofdstuk 3. Inhoud en betekenis streefcijferregeling Boek 2 BW

3.1 Inleiding

Nadat in hoofdstuk 1 de te beantwoorden onderzoeksvragen en de onderzoeksmethoden aan de orde zijn gekomen en in hoofdstuk 2 de parlementaire geschiedenis van de streefcijferregeling is beschreven, bevat dit hoofdstuk een weergave van de inhoud en betekenis van de in art. 2:166/2:276 Boek 2 BW neergelegde streefcijferregeling. Aan de hand van de wettekst, wetgeschiedenis en rechtswetenschappelijk literatuur wordt nagegaan wat de streefcijferregeling precies inhoudt en hoe zij moet worden toegepast.

3.2 Reikwijdte

Voor wat betreft de reikwijdte van de streefcijferregeling moet worden onderscheiden tussen 1) de rechtsvormen en 2) de functies waarop de regeling ziet. De door de regeling bestreken rechtsvormen komen aan bod in par. 3.2.1. In par. 3.2.2 wordt kort aandacht besteed aan het grootte-criterium, dat immers al uitvoerig is belicht in deelonderzoek II. In par. 3.2.3 wordt de 'doorgrijpbepaling' besproken. Par. 3.2.4 bevat een bespreking van de functies waarop de streefcijferregeling betrekking heeft.

3.2.1. Rechtsvormen: alleen NV (SE[43]) en BV

In de juridische literatuur over het streefcijfer is weinig te vinden over het beperkte aantal rechtsvormen waarvoor de regeling geldt. Van Geffen vindt de beperking van de streefcijferregeling tot grote NV's en BV's niet goed te begrijpen, "zeker omdat er in ons land diverse grote - economisch belangrijke - coöperaties en onderlingen zijn, ook in de financiële sector".[44]

3.2.2 Grootte-criterium

Voor de inhoud en betekenis van het grootte-criterium verwijzen de onderzoekers naar wat hierover wordt opgemerkt in par. 4.4 (uitwerking grootte-criterium) en 4.5 (eventuele knelpunten bij het hanteren van het grootte-criterium) van deelonderzoek II.

3.2.3 Doorgrijpbepaling

Omdat de positie van bestuurder van een NV/BV (anders dan die van commissaris van een NV/BV, zie art. 2:140/2:250 lid 1 BW) kan worden bekleed door een rechtspersoon is in de streefcijferregeling een 'doorgrijpbepaling' opgenomen. Deze houdt in dat de streefcijferregeling wordt toegepast op het bestuur van de als bestuurder optredende NV of BV. Van Geffen heeft in het verlengde van zijn kritiek op de beperking van de

[43] Voor de Europese Vennootschap, ook wel aangeduid als Societas Europaea of afgekort SE, geldt dat deze in iedere lidstaat wordt behandeld als een NV die is opgericht volgens het recht van de lidstaat waar de SE haar statutaire zetel heeft. Vgl. art. 10 Verordening (EG) Nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE), *PbEG* 2001 L 294/1.
[44] C.J.A. van Geffen, 'Wet Bestuur en toezicht: relatie met de groottecriteria jaarrekeningenrecht en uitbreiding voorschriften jaarverslag', *TvJ* 2013, p. 48.

streefcijferregeling tot grote NV's en BV's tevens kritiek op de beperking van de doorgrijpbepaling tot deze rechtspersonen.[45] Ook een (grote) stichting, coöperatie of onderlinge zou immers als rechtspersoon-bestuurder kunnen optreden. Verder merkt hij op dat de doorgrijpbepaling een dode letter is indien de rechtspersoon-bestuurder een NV of BV is die onder het 'kleine jaarrekeningregime' valt. Ingevolge art. 2:396 lid 7 BW hoeft een dergelijke 'kleine' NV of BV geen bestuursverslag op te maken, waarmee dus geen transparantie hoeft te worden verschaft over de bereikte/te bereiken evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen in de raad van bestuur en de raad van commissarissen. Van Geffen wijst er op dat de kans groot is dat een management-BV kwalificeert als 'kleine rechtspersoon'.[46] Via een dergelijke management-BV zou de streefcijferregeling ten aanzien van de bestuursfuncties kunnen worden ontdoken.

3.2.4 Functies

De streefcijferregeling heeft betrekking op de zetels in de raden van bestuur en raden van commissarissen. Buiten beschouwing blijven functies als lid van de executive committee (ExCo) of het management team. Hierover is in de literatuur opgemerkt dat dit de mogelijkheid opent tot omzeiling van de regeling, bijvoorbeeld door een louter uit mannen bestaand management team aan te stellen, waarbij maar één statutaire bestuurder wordt benoemd.[47] De onderzoekers merken op dat omzeiling zou kunnen worden tegengegaan door uitbreiding van de streefcijferregeling tot andere (management)functies dan formele bestuursfuncties. Het is echter de vraag of het omzeilingsprobleem zo groot is dat dit uitbreiding van de reikwijdte van de regeling rechtvaardigt. Ten aanzien van de ExCo merken de onderzoekers op dat met name beursvenootschappen deze steeds vaker instellen naast een bestuur en (in een dualistisch model) een raad van commissarissen.[48] In de ExCo zijn behalve enkele statutaire bestuurders een groter aantal personen met hoge managementfuncties opgenomen.[49] Het streefcijfer geldt niet voor de ExCo. Bij beursvennootschappen met een ExCo komt het nogal eens voor dat het bestuur uit twee personen bestaat, wat betekent dat om een evenwichtige m/v-verdeling in het bestuur te bereiken een 50-50 verhouding moet worden nagestreefd. Dit kan het streven naar een evenwichtige m/v-verdeling bemoeilijken. Uitbreiding van het streefcijfer tot de leden van het ExCo heeft

[45] Van Geffen, *t.a.p.*
[46] Van Geffen, *t.a.p.*
[47] P.A. van de Ende, 'Wetsvoorstel bestuur en toezicht: een drietal amendementen nader belicht', *V&O* 2010, p. 27.
[48] In 2015 gold dit voor bijna 60% van de AEX-, AMX- en AscX-fondsen. Zie Charles Honée, De executive committee, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Nederland, het Delaware van Europa*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 135, Deventer: Kluwer, 2016, p. 96.
[49] Uit onderzoek verricht door het Instituut voor Ondernemingsrecht in opdracht van de Monitoring Commissie Corporate Governance komt naar voren dat in 2012 de ExCo's bij Nederlandse AEX-, AMX en AscX-vennootschappen gemiddeld uit ruim 9 personen bestond, waarvan er gemiddeld ruim 6,5 geen statutair bestuurder waren. Zie Instituut voor Ondernemingsrecht, *De samenstelling en het functioneren van de raad van commissarissen in het boekjaar 2011 alsmede het verslag van de raad van commissarissen*, oktober 2012, te raadplegen op mccg.nl.

als bezwaar dat het ExCo geen officieel orgaan van de vennootschap is. Daarom zal het voor de wetgever lastig zijn om te definiëren wie ingeval van uitbreiding precies onder de streefcijferregeling vallen. Dit bezwaar geldt overigens ook in geval van uitbreiding tot andere senior managementfuncties (zoals bijvoorbeeld de leden van het management team).

3.3 Streefcijfer van 30%

Van een evenwichtige verdeling in de zin van art. 2:166/2:276 lid 1 BW is sprake indien ten minste 30% van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen, voor zover de zetels worden bezet door natuurlijke personen. Rechtspersoon-bestuurders tellen dus niet mee voor de berekening van de percentages. Wel kan voor hen gelden dat zij op grond van de doorgrijpbepaling de streefcijferregeling ten aanzien van hun bestuur moeten toepassen (zie par. 3.2.3).

Het streefcijfer van 30% geldt ook voor een monistisch bestuur, maar niet duidelijk is of het streefcijfer geldt voor het monistische bestuur als geheel of per groep van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders.[50] In de literatuur wordt deze onduidelijkheid slechts gesignaleerd, er wordt geen standpunt ingenomen. Het feit dat de wet uitdrukkelijk bepaalt dat het percentage van 30% afzonderlijk moet worden nagestreefd ten aanzien van de bestuurszetels interpreteren de onderzoekers zo dat de wetgever er belang aan hecht dat het percentage van 30% vrouwen niet alleen voor de toezichthoudende posities wordt nagestreefd. Aan de ratio van de streefcijferregeling lijkt daarom het meeste recht te worden gedaan door bij een one-tier board het streefcijfer per groep van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders toe te passen.

Omdat het streefcijfer van ten minste 30% neutraal is geformuleerd - het ziet op zowel vrouwen als mannen - kan het niet worden toegepast bij een bestuur of raad van commissarissen bestaand uit slechts één persoon.[51] Een vraag is voorts hoe het streefcijfer moet worden toegepast indien het tot een gebroken getal leidt. Personen laten zich immers niet in stukken breken. Het exacte streefgetal van 30% kan alleen bij een tienhoofdige raad van bestuur of raad van commissarissen worden gehaald.[52] Omdat de streefcijferregeling geen afrondingsregel bevat kan het zo zijn dat, om *ten minste* te voldoen aan het streefcijfer van 30%, een hoger percentage personen van het ondervertegenwoordigde geslacht moet worden benoemd. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het voorbeeld dat een raad van commissarissen bestaat uit vijf personen. De benoeming van één vrouw leidt ertoe dat slechts een percentage van 20%

[50] P.J. Dortmond, M.J. Kroeze, R.G.J. Nowak, 'De aangenomen amendementen bij de wetsvoorstellen bestuur en toezicht, flexibilisering bv-recht, spreekrecht OR, uitvoeringswet aandeelhoudersrichtlijn en invoeringswet titel 7.13 BW', *Ondernemingsrecht* 2010/9.
[51] Het is merkwaardig dat niet met zo veel woorden uit de wettekst of de memorie van toelichting blijkt dat het streefcijfer toepassing mist bij een eenhoofdig bestuur of eenhoofdige raad van commissarissen.
[52] M. Lückerath-Rovers en Simone Paans, 'De haalbaarheid van het quota wetsvoorstel', *Ondernemingsrecht* 2011/31.

wordt gehaald. Om aan het streefcijfer te voldoen zullen twee vrouwen moeten worden benoemd, wat betekent dat 40% wordt behaald. Bij een raad van commissarissen van vier personen zou zelfs gestreefd moeten worden naar 50% (twee vrouwen) omdat bij benoeming van één vrouw slechts 25% wordt gehaald. In sommige andere landen met wettelijke quota/streefcijfers is het te bereiken percentage op 40% gesteld. Als een 40%-regeling geen afrondingsregel kent - en dus ten minste 40% moet worden gehaald - pakt een dergelijk strikt quotum/streefcijfer van 40% alleen bij een raad van bestuur c.q. commissarissen van zes, negen en tien personen anders uit dan het strikte Nederlandse streefcijfer van 30%. Volgens de Nederlandse regeling kan dan namelijk worden volstaan met benoeming van respectievelijk twee, drie en drie personen van het ondervertegenwoordigde geslacht terwijl bij een quotum/streefcijfer van 40% respectievelijk drie, vier en vier personen van het ondervertegenwoordigde geslacht moeten worden benoemd.[53]

3.4 "Zoveel mogelijk rekening houden met evenwichtige verdeling"

Op grote NV's en BV's rust op grond van art. 2:166/2:276 lid 2 BW de verplichting om ten behoeve van een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen "zo veel mogelijk rekening te houden" met een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen bij:

- het benoemen en voordragen van (uitvoerende en niet-uitvoerende) bestuurders van gewone en structuurvennootschappen;
- het opstellen van een profielschets voor de omvang en de samenstelling van de raad van commissarissen en bij het aanwijzen, benoemen en aanbevelen en voordragen voor benoeming tot commissaris van gewone en structuurvennootschappen;
- bij het opstellen van een profielschets voor de niet-uitvoerende bestuurders en het voordragen, benoemen en aanbevelen voor benoeming van niet-uitvoerende bestuurders van structuurvennootschappen.

Bij structuurvennootschappen heeft de ondernemingsraad een algemeen aanbevelingsrecht ten aanzien van de benoeming van alle commissarissen c.q. niet-uitvoerende bestuurders en een versterkt aanbevelingsrecht ten aanzien van de benoeming van één derde van de commissarissen c.q. niet-uitvoerende bestuurders.[54] Onduidelijk is hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast ten aanzien van de aanbeveling van de ondernemingsraad. Bennaars en Zaal schrijven dat de raad van commissarissen in ieder geval een aanbeveling van de ondernemingsraad niet kan afwijzen met als reden dat het op grond van de streefcijferregeling een kandidaat van het

[53] Lückerath, 'Gender Quota in the Boardroom: The Dutch Approach', *Deakin Law Review* 2015, p. 86-87.
[54] Art. 2:158/2:268 lid 5 en 6 BW en art. 2:164a/2:274a lid 1 BW.

ondervertegenwoordigde geslacht had moeten zijn.[55] In de literatuur is voorts opgemerkt dat de Nederlandse streefcijferregeling niet voorschrijft dat een profielschets wordt opgesteld voor de omvang en samenstelling van het bestuur en dat geen eisen worden gesteld aan de profielschets die moet worden opgesteld voor de commissarissen en de niet-uitvoerende bestuurders. Daarbij is gewezen op de concept-richtlijn van de EU[56] op grond waarvan benoemingen gebaseerd moeten zijn op een vergelijkende analyse van kandidaten door de toepassing van vooraf vastgestelde, heldere, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria. Deze criteria zouden als uitgangspunt kunnen dienen bij het opstellen van een profielschets.[57] Voor een bespreking van de concept-richtlijn verwijzen onderzoekers naar hoofdstuk 5 van dit deelonderzoek.

3.4.1 In hoeverre is voorkeursbeleid toegestaan bij het benoemen en voordragen van bestuurders en bij het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van commissarissen?

Tijdens de parlementaire behandeling heeft geen debat plaatsgevonden over de vraag in hoeverre de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen een voorkeursbeleid kunnen voeren om een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in hun raden van bestuur c.q. commissarissen te bereiken. Meer concreet gaat het hier om de vraag in hoeverre de Nederlandse en Europese regels met betrekking tot het recht op gelijke behandeling[58] toelaten dat bij de vervulling van een vacature in de raden van bestuur c.q. commissarissen voorrang wordt gegeven aan een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht. Deze fundamentele kwestie is vrij uitvoerig aan bod gekomen in de (overigens schaarse) juridische literatuur over de streefcijferreling. Zo vraagt Van der Windt zich af:

> "Hoe moet een vennootschap die het aantal vrouwen (drastisch) moet verhogen om het vrouwenquotum te halen aan geschikte vrouwelijke kandidaten komen, als voor herbenoeming in aanmerking komende mannen niet om vrouwenquota-redenen geweigerd kunnen worden, een eventuele bestaande vacature niet uitsluitend mag worden opgesteld voor vrouwen en evenmin mag worden gekozen voor een op zichzelf voldoende geschikte vrouwelijke kandidaat, die minder geschikt is dan de mannelijke kandidaat?"[59]

---

[55] J.H. Bennaars en I. Zaal, 'Arbeidsrechtelijke consequenties van het wetsvoorstel bestuur en toezicht', *TAO* 2012, p. 23.
[56] Voorstel voor een richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012) 614 final.
[57] E. Cremers-Hartman en A. Eleveld, 'Meer vrouwen aan de top in de vennootschap', *TRA* 2014/4.
[58] Zie voor de Europese regels met betrekking tot voorkeursbeleid: art. 157 lid 4 VWEU juncto Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Zie voor de Nederlandse regels: art. 2 lid 3 AWGB, art. 5 WGB en art. 7:646 lid 4 BW.
[59] Th. van der Windt, 'Het onbehagen bij het quotumvereiste', *ArbeidsRecht* 2012/3.

In deze passage wordt gerefereerd aan een aantal eisen waaraan voorkeursbeleid volgens het Hof van Justitie EU (hierna: HvJEU) moet voldoen. Deze eisen kunnen als volgt worden samengevat:

- het voorkeursbeleid moet zien op een sector waarin vrouwen ondervertegenwoordigd zijn[60];
- aan vrouwelijke kandidaten mag alleen de voorkeur worden gegeven boven mannelijke kandidaten bij gelijke geschiktheid[61];
- het voorkeursbeleid mag er niet toe leiden dat automatisch en onvoorwaardelijk voorrang wordt gegeven aan even geschikte vrouwelijke kandidaten van het ondervertegenwoordigde geslacht: sollicitaties moeten in ieder individueel geval worden onderworpen aan een objectieve beoordeling die rekening houdt met alle criteria betreffende de persoon van de kandidaten en de aan vrouwelijke kandidaten toegekende voorrang buiten toepassing laat, wanneer één of meer van die criteria de balans in het voordeel van de mannelijke kandidaat doen doorslaan.[62]

Van der Windt komt tot de conclusie dat de jurisprudentie van het HvJEU niet toelaat dat een vacature in de raad van bestuur c.q. raad van commissarissen alleen wordt opengesteld voor een vrouw. Evenmin toegestaan is een selectiebeleid waarbij een vrouw met voldoende kwaliteiten voor benoeming in aanmerking komt in plaats van een man met betere kwaliteiten. Een vrouwelijke kandidaat zou alleen kunnen profiteren van een voorkeursbeleid gericht op het behalen van het streefcijfer van 30% in het geval dat zij wat betreft haar geschiktheid voor de functie op gelijke hoogte staat met de beste mannelijke kandidaat. Deze conclusie wordt gedeeld door Houwerzijl:

"Dat, op het Europese recht geënte, gelijke behandelingsrecht staat namelijk uitsluitend toe in geval van gelijke geschiktheid voorrang te geven aan leden van een bepaalde groep. Tevens mogen personen buiten deze groep niet op voorhand worden uitgesloten van de sollicitatieprocedure. Dat in de beoogde regeling voor beide geslachten 30% van de zetels zijn bestemd doet hieraan niets af."[63]

Houwerzijl verwacht dat vennootschappen na invoering van de regeling vooral jaarlijks zullen uitleggen dat ondanks hun inspanningen voldoende gekwalificeerde vrouwen helaas niet te vinden waren. Zij vreest dat het aannemen van de streefcijferregeling tot

[60] HvJ EG 17 oktober 1995, zaak C-450/93 (Kalanke).
[61] C-407/98 (Abrahamsson).
[62] C-409/95 (Marshall).
[63] M.S. Houwerzijl, 'Opzij?! Wettelijke streefcijfers voor vrouwelijke bestuurders en commissarissen', *TRA* 2010/34. Op de Europeesrechtelijke grenzen aan een op het bereiken van het streefcijfer gericht voorkeursbeleid wijzen ook: K.I.A. Middelkoop en M. van der Holst, 'Gender diversity: van zelfregulering naar regulering; was dit nu echt nodig?' *V&O* 2013, p. 98.

symboolwetgeving zal leiden, tenzij de beoordelingscriteria waaraan een topbestuurder moet voldoen onder de loep worden genomen.

Westerbeek maakt bij de bespreking van de vraag in hoeverre een voorkeursbeleid geoorloofd is een onderscheid tussen *zachte* quota, *flexibele* quota en *harde* quota.[64] In het eerste geval is slechts sprake "van streefcijfers (een inspanningsverplichting) waarbij er geen sancties staan op het niet behalen daarvan". Met flexibele quota bedoelt Westerbeek quota gericht op het behalen van een bepaald percentage vrouwen binnen een bepaalde tijd, die niet hoeven te worden gehaald als daar goede redenen voor zijn. Omdat een organisatie bij deze vorm van quotabeleid ook gekwalificeerde mannen kan aanstellen hoeft een dergelijk beleid niet in strijd te zijn met de gelijkebehandelingswetgeving. Bij *harde quota* en reserveringsregelingen (een resultaatsverplichting) zijn banen gereserveerd voor vrouwen en zijn mannen bij voorbaat uitgesloten. Dit is op basis van de rechtspraak van het HvJEU niet toegestaan. Westerbeek bespreekt ook de lijn die het College voor de Rechten van de Mens (CRM) volgt met betrekking tot voorkeursbeleid. Die komt er op neer dat voorkeursbeleid is toegestaan als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- er dient sprake te zijn van een achterstand die is gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod van de groep die onderwerp is van het voorkeursbeleid (*achterstandsvereiste*, ontleend aan AWGB);
- alleen bij gelijke geschiktheid mag de voorkeur worden gegeven aan de kandidaat die deel uitmaakt van de ondervertegenwoordigde groep (*zorgvuldigheidsvereiste*, ontleend aan het Kalanke-arrest van het HvJEU);
- het onderscheid moet in redelijke verhouding staan tot het doel, zodat de voorkeursmaatregel i) wordt gerechtvaardigd door de mate van achterstand; en ii) geschikt is om die achterstand daadwerkelijk te verminderen of op te heffen (*proportionaliteitsvereiste*, ontleend aan AWGB);
- bij aanbieding van de betrekking moet duidelijk worden gemaakt dat een voorkeursbeleid van toepassing is en dat de vacature voor iedereen open staat (*kenbaarheidsvereiste*, ontleend aan WGB).[65]

Het CRM heeft al een aantal keren overwogen dat in uitzonderlijke gevallen niet hoeft te worden voldaan aan het uit de Europese jurisprudentie voortvloeiende zorgvuldigheidvereiste. Uit twee zaken met betrekking tot voorkeursbeleid gericht op een betere vertegenwoordiging van vrouwen in hogere posities bij universiteiten (de RUG en de TU Delft) is af te leiden dat van de 'gelijke geschiktheids-eis' mag worden afgeweken als de achterstand van het ondervertegenwoordigde geslacht bijzonder ernstig en hardnekkig is en tevergeefs een groot aantal maatregelen ter verbetering van

[64] M. Westerbeek, 'Onze hersenen willen een man als baas', *ArbeidsRecht* 2014/41.
[65] Westerbeek, *a.w.*

de verhouding is genomen. Vanwege deze omstandigheden en het feit dat het slechts een klein aantal posities betrof kon het reserveren van tien posities voor vrouwen bij de TU Delft door de beugel.[66] Ten aanzien van het voorkeursbeleid bij de RUG oordeelde de Commissie Gelijke Behandeling (CGB) - de voorganger van het CRM - dat de achterstand van vrouwen niet hardnekkig genoeg was om een reserveringsbeleid te rechtvaardigen.[67]

In de 'Delftse' zaak baseert het CRM de afwijking van de lijn die het HvJEU heeft uitgezet mede op het feit dat de Europese regelgeving inmiddels een ruimere benadering van voorkeursbeleid zou toelaten. De arresten van het HvJEU zouden nog gebaseerd zijn op de tekst van richtlijn 76/207/EEG, die spreekt van "het bevorderen van gelijke kansen". Deze richtlijn is inmiddels opgegaan in Herschikkingsrichtlijn 2006/54/EG, die in art. 3 voor de geoorloofdheid van voorkeursbeleid verwijst naar art. 141 lid 4 EG, (thans art. 157 lid 4 VWEU) dat spreekt van "het verzekeren van volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in de praktijk". Cremers en Oden onderschrijven het standpunt van het CRM dat de verschuiving van de focus van 'bevordering van gelijke kansen 'naar verzekering van volledige gelijkheid' het mogelijk maakt om afstand te nemen van de jurisprudentie van het HvJEU.[68] Zij voeren aan dat ook het Vrouwenverdrag[69] Nederland verplicht om bij het formuleren van eisen aan voorkeursbeleid het streven naar materiële gelijkheid voorop te stellen. Ten slotte wijzen zij er op dat in de jurisprudentie van het HvJEU, die gericht is op het bereiken van formele gelijkheid tussen vrouwen en mannen, te weinig rekening wordt gehouden met uitsluitingsmechanismen waar vrouwen mee te maken hebben. Met de 'gelijke geschiktheids'-eis staat het HvJEU "uitsluitend een vorm van voorkeursbeleid toe waarvan uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat deze discriminatie bestendigt".[70] Cremers en Oden vinden dat de inzichten die zijn verworven over onbewuste discriminatie moeten worden betrokken bij de beoordeling van een juridisch toelaatbaar voorkeursbeleid. Zij komen tot de conclusie dat er goede argumenten zijn om de 'gelijke geschiktheids-eis' los te laten.

Westerbeek acht het riskant om bij de vormgeving van het voorkeursbeleid te varen op de koers die het CRM in de Delftse zaak heeft uitgezet. Volgens haar worden in de literatuur terecht vraagtekens gezet bij de onderbouwing die het CRM geeft voor het afwijken van de Europese jurisprudentie. Bovendien vindt zij de maatstaven die het CRM aanlegt voor het bepalen wanneer verdergaand voorkeursbeleid geoorloofd is

[66] CRM 18 december 2012, *JAR* 2013/41.
[67] CGB 15 december 2011, *JAR* 2012/78.
[68] Eva Cremers en Petra Oden, 'Voorkeursbeleid voor topvrouwen', *NJB* 2016/146.
[69] *Trb.* 1980, 146, geratificeerd bij Rijkswet van 3 juli 1991, *Stb.* 1991, 335.
[70] Cremers en Oden, *a.w.*

vooralsnog ondoorzichtig.[71] Zij wijst ten slotte op het gevaar van stigmatisering van de groep die op grond van een verdergaand voorkeursbeleid wordt benoemd.[72]

De uitkomst van de hierboven weergegeven discussie is dat het onzeker is hoeveel juridische ruimte vennootschappen hebben om een voorkeursbeleid te voeren dat is gericht op het bereiken van de wettelijke streefcijfers. Deze onzekerheid kan vennootschappen belemmeren in hun ambities om de streefcijfers te halen. Het is daarom wenselijk dat op dit punt duidelijkheid wordt verschaft.

3.5 Handhaving: 'pas-toe-of-leg-uit'

Zolang de op grond van art. 2:166/2:276 BW te bereiken streefcijfers niet zijn gehaald, moeten grote NV's en BV's op grond van art. 2:391 lid 7 BW in hun bestuursverslag uiteen zetten waarom er geen evenwichtige verdeling is, welke stappen de vennootschap heeft gezet om in de toekomst tot een evenwichtige verdeling te komen en welke stappen de vennootschap gaat nemen om een evenwichtige verdeling te bereiken ('pas-toe-of-leg-uit'). De accountant die belast is met de controle van de jaarrekening en het bestuursverslag moet controleren of deze uitleg aanwezig is. Is de uitleg niet aanwezig, dan moet dit worden gemeld in de accountantsverklaring. Het is aan de AV om te beoordelen of de gegeven uitleg adequaat is. Bij ontbreken van de uitleg voldoet het bestuursverslag niet aan de wettelijke voorschriften en kan iedere belanghebbende op grond van art. 2:447 juncto art. 2:448 BW aan de Ondernemingskamer verzoeken om te bevelen dat het bestuursverslag wordt ingericht overeenkomstig de door haar te geven aanwijzingen. Bij beursvennootschappen is bovendien de AFM bevoegd tot het indienen van een dergelijk verzoek.

3.5.1 Betekenis uitlegverplichting

De uitlegverplichting moet worden gezien tegen de achtergrond dat de Nederlandse streefcijferregeling weliswaar een vast streefcijfer van 30% kent (en geen zelf te kiezen streefcijfer, zoals geldt voor bepaalde Duitse vennootschappen, zie hoofdstuk 5 van dit deelonderzoek), maar nadrukkelijk de mogelijkheid openlaat dat dit streefcijfer niet wordt bereikt, in welk geval de vennootschap verplicht is daar een uitleg voor te geven. Op verschillende plaatsen in de parlementaire stukken wordt benadrukt dat aan de wet wordt voldaan indien een verklaring wordt gegeven voor het niet behalen van de streefcijfers. Zo merkt de Minister van V&J bijvoorbeeld op dat bedrijven waarin weinig vrouwen werkzaam zijn dit als argument kunnen aanvoeren voor een onevenwichtige samenstelling van hun bestuur of raad van commissarissen, waarbij het dan aan de aandeelhouders is te beoordelen of zij dat argument overtuigend achten.[73] Tijdens de behandeling van het 'verlengings'-wetsvoorstel merkte de Minister van V&J nog eens op

[71] Westerbeek, *a.w.*
[72] Vgl. Van der Windt, a.w.: "(...) de gelijkebehandelingswetgeving zorgt er immers voor dat de benoeming van een slecht gekwalificeerde excuus-Truus niet mogelijk is, zodat alle vrouwelijke bestuurders met recht kunnen zeggen dat zij op zijn minst zo gekwalificeerd zijn als de niet benoemde mannelijke kandidaten".
[73] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 25.

dat pas sprake is van niet-naleving indien een vennootschap niet aan het wettelijke streefcijfer ' voldoet én een adequate uitleg in het bestuursverslag ontbreekt.[74]

Het 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de streefcijferregeling is ontleend aan de best practice bepalingen van de Corporate Governance Code. Deze gelden alleen voor beursvennootschappen, anders dan de streefcijferregeling, die ook voor niet-beursvennootschappen geldt. In de literatuur over de streefcijferregeling wordt betwijfeld of het 'pas-toe-of-leg-uit' mechanisme bij niet aan de beurs genoteerde vennootschappen goed kan werken. Zo schrijft Van Geffen:

"Daar waar bij de gelijksoortige 'pas-toe-of-leg-uit' regels inzake de corporate governance code bij beursfondsen wel degelijk sterke mechanismen zijn - monitoring, rechtspraak, stakeholders - die een eventueel herstel van 'onvoldoende toepassing' dan wel 'inadequate uitleg' kunnen afdwingen, lijkt dit ten aanzien van de evenwichtige verdeling m/v zetelverdeling vooralsnog absoluut niet aan de orde. Indien de rechtspersoon in het jaarverslag simpelweg aangeeft niet aan deze evenwichtige m/v zetelverdeling te voldoen en evenmin voornemens te zijn om daar in de toekomst aan zullen te gaan voldoen, lijkt daarmee de kous al snel af te zijn, tenzij aandeelhouders op dit punt een beleidswijziging zouden afdwingen."[75]

3.5.2 Rol algemene vergadering

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat het de bedoeling is dat de AV uiteindelijk het laatste woord heeft over de vraag of een grote NV of BV aan de streefcijferregeling voldoet. Het is aan de AV om de uitleg te beoordelen die een grote NV of BV geeft voor het niet behalen van de streefcijfers. De Minister van V&J houdt overigens een slag om de arm met betrekking tot de rol van de AV als 'handhaver' van de streefcijferregeling.[76]

Tijdens de behandeling van het 'verlengings'-wetsvoorstel merkt de Minister van V&J op dat de uitleg die vennootschappen moeten geven als zij niet voldoen aan het streefcijfer vooral van belang is voor aandeelhouders van beursvennootschappen, die op enige afstand staan van het bestuur en voor wie het bestuursverslag een belangrijke bron van informatie is. Vervolgens wordt opgemerkt dat zich onder de niet-genoteerde vennootschappen die onder de streefcijferregeling vallen ook vennootschappen bevinden waarbij de aandeelhouders dichter op het vuur zitten en waarbij het bestuursverslag minder zal toevoegen aan hun informatiepositie. Opgemerkt wordt dat dit aspect bij de evaluatie van de wet zal worden betrokken.[77] De onderzoekers merken in dit verband op dat voorstelbaar is dat er 'grote' vennootschappen met een beperkte kring van betrokken aandeelhouders zijn die met instemming van hun betrokken (en dus

[74] *Kamerstukken I* 2015/16, 34 435, nr. 5, p. 4-5.
[75] Van Geffen, *a.w.*, p. 49.
[76] *Kamerstukken I* 2010/11, 31 763, C, p. 25.
[77] *Kamerstukken II* 2015/16, 34 435, nr. 5, p. 3.

volledig geïnformeerde) aandeelhouders de streefcijfers voor kennisgeving aannemen. Ook voor zulke vennootschappen geldt dat zij moeten uitleggen waarom ze niet aan de wet voldoen. Als die uitleg mager is heeft dat vervolgens echter geen consequenties. Dat is inherent aan het 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de streefcijferregeling, waarbij de AV het laatste woord heeft. Monitoringonderzoek ten aanzien van de naleving van de Corporate Governance Code laat zien dat zelfregulering niet goed werkt voor regels die aandeelhouders niet belangrijk vinden. Zie in dit verband par. 6.2.4 van deelonderzoek II waarin onder meer de volgende twee aandachtspunten worden genoemd bij het gebruik van het 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel van de Corporate Governance Code:

- focus van aandeelhouders op regels die zij van belang achten voor de verhoging van aandeelhouderswaarde;
- passiviteit en desinteresse van aandeelhouders.

Een derde aandachtspunt (zie wederom par. 6.2.4 van deelonderzoek II) is dat de AV over weinig middelen beschikt om naleving van best practices echt af te dwingen. Deze middelen kunnen bovendien worden beschouwd als paardenmiddelen: weigering verlening decharge; weigering vaststelling jaarrekening (met als consequentie geen dividend); ontslag leden van de raad van commissarissen en/of het bestuur of het entameren van een enquêteprocedure. De drie genoemde aandachtspunten kunnen in de weg staan aan een effectieve invulling van de rol die aan de AV is toebedeeld als 'handhaver' van de streefcijferregeling.

3.5.3 Rol accountant

Grote NV's en BV's die het streefcijfer niet halen en niet in hun bestuursverslag transparant maken waarom het streefcijfer niet is gehaald, wat zij hebben gedaan om het streefcijfer te halen en wat zij daartoe in de toekomst gaan doen, voldoen niet aan de wettelijke voorschriften voor de inrichting van het bestuursverslag. De accountant die belast is met de controle van het bestuursverslag is verplicht dit te melden in zijn accountantsverklaring. Het is dus de taak van de accountant te controleren of de vereiste uitleg in het bestuursverslag *aanwezig* is. Op grond van art. 2:393 lid 3 BW dient de accountant tevens te onderzoeken of het bestuursverslag *in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip* omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, *materiële onjuistheden* bevat. Het gaat bij de gecursiveerde zinsnede om kennis en begrip opgedaan bij het controleren van de jaarrekening. Niet goed voorstelbaar is dat de accountant *bij de controle van de jaarrekening* de beschikking krijgt over informatie die aanleiding geeft om aan te nemen dat passages in het bestuursverslag met betrekking tot het m/v-diversiteitsbeleid materieel onjuist zijn. Art. 2:393 lid 3 BW houdt geen van de controle van de jaarrekening los staande onderzoeksplicht voor de accountant in naar de materiële juistheid van de mededelingen die de vennootschap doet over het gevoerde en te voeren m/v-diversiteitsbeleid. Het

behoort dus niet tot de taak van de accountant om de juistheid van de inhoud van de uitleg te controleren.

3.6 Conclusie

Aan het slot van hoofdstuk 2 is geconstateerd dat de beleidstheorie met betrekking tot de streefcijferregeling op een aantal punten onduidelijk is. Dit beeld wordt bevestigd door de analyse van de rechtswetenschappelijke literatuur in dit hoofdstuk. Die analyse brengt ook enkele aandachtspunten aan het licht. De voornaamste onduidelijkheden en aandachtspunten worden hierna opgesomd.

Reikwijdte

In de literatuur zijn - evenals in het parlement - vraagtekens gesteld bij de beperking van de reikwijdte van de streefcijferregeling tot 'grote' NV's en BV's (in plaats van toepassing op alle 'grote' rechtspersonen). Verder is er op gewezen dat de beperking van de streefcijferregeling tot zetels in de raden van bestuur en commissarissen tot omzeiling van de regeling kan leiden, bijvoorbeeld door aanstelling van een louter uit mannen bestaand management team en benoeming van slechts één statutaire bestuurder. Het is de vraag of het omzeilingsprobleem zo groot is dat dit uitbreiding van de reikwijdte van de regeling rechtvaardigt. Beursvennootschappen hebben steeds vaker naast een executive committee (ExCo). In de ExCo zijn behalve enkele statutaire bestuurders een groter aantal personen met hoge managementfuncties opgenomen. Uitbreiding van het streefcijfer tot de leden van het ExCo heeft als bezwaar dat het ExCo geen officieel orgaan van de vennootschap is. Daarom zal het voor de wetgever lastig zijn om te definiëren wie ingeval van uitbreiding precies onder de streefcijferregeling vallen. Dit bezwaar geldt overigens ook in geval van uitbreiding tot andere senior managementfuncties (zoals bijvoorbeeld de leden van het management team).

Streefcijfer van 30%

Het is niet duidelijk hoe het streefcijfer moet worden toegepast op een monistisch bestuur; geldt het voor het bestuur als geheel of afzonderlijk voor uitvoerende respectievelijk niet-uitvoerende bestuurders? De onderzoekers zijn van mening dat het meeste recht wordt gedaan aan de ratio van de wet door zowel ten aanzien van de niet-uitvoerende als de uitvoerende bestuursfuncties het percentage van 30% na te streven.

De tekst van de streefcijferregeling sluit uit dat zij toepassing vindt in geval van een eenhoofdig bestuur; een *evenwichtige verdeling* is dan immers niet mogelijk. Dit verdient in zoverre aandacht dat omzeiling van de streefcijferregeling mogelijk is door - zoals hiervoor reeds opgemerkt - aanstelling van een louter uit mannen bestaand management team en benoeming van één (mannelijke) statutaire bestuurder.

Een aandachtspunt is voorts dat om te voldoen aan het streefcijfer van *ten minste* 30% in veel gevallen een hoger percentage van het ondervertegenwoordigde geslacht moet worden benoemd.

Zoveel mogelijk rekening houden met een evenwichtige verdeling

Art. 2:166/2:276 verplicht 'grote' structuur-NV's en structuur-BV's tot het nastreven van een evenwichtige verdeling bij het aanbevelen voor benoeming van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders. Het is echter niet duidelijk hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast ten aanzien van de aanbeveling van de ondernemingsraad. De onderzoekers gaan er van uit dat de raad van commissarissen in ieder geval een aanbeveling van de ondernemingsraad niet kan afwijzen met als reden dat het op grond van de streefcijferregeling een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht had moeten zijn.

Onduidelijk is voorts in hoeverre 'grote' NV's en BV's een voorkeursbeleid mogen voeren om het streefcijfer te voldoen. De vraag is met name of het slechts bij 'gelijke geschiktheid' is toegestaan om voorrang te geven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, zoals volgt uit vaste jurisprudentie van het HvJEU. In de literatuur houdt de meerderheid van de auteurs hier aan vast; er klinkt echter ook een tegengeluid. Onzekerheid op dit punt kan vennootschappen belemmeren in hun ambitie het streefcijfer te halen.

Een aandachtspunt is dat de streefcijferregeling niet voorschrijft dat een profielschets wordt opgesteld voor de samenstelling en omvang van het bestuur en dat geen eisen worden gesteld aan de profielschets die moet worden opgesteld voor de commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders. Dit bemoeilijkt een vergelijking van kandidaten op basis van vooraf vastgestelde, heldere en neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria.

Handhaving: 'pas-toe-of-leg-uit'

Het handhavingsmechanisme dat van toepassing is bij de streefcijferregeling is ontleend aan de voor Nederlandse beursvennootschappen geldende Corporate Governance Code: 'pas-toe-of-leg-uit'. Er is pas sprake van niet-naleving van de streefcijferregeling als het streefcijfer niet is gehaald én een adequate uitleg in het bestuursverslag ontbreekt. Over de deugdelijkheid van de gegeven uitleg beslist uiteindelijk de AV. Behalve de AV heeft ook de accountant die de jaarrekening controleert een rol bij de handhaving van de streefcijferregeling. Deze rol is echter beperkt: de accountant controleert of de vereiste uitleg aanwezig is.

Een punt van aandacht is dat kan worden betwijfeld of 'pas-toe-of-leg-uit' bij niet-beursvennootschappen wel goed werkt omdat deze minder in de schijnwerpers staan dan beursvennootschappen.

Ook ten aanzien van beursvennootschappen zijn er redenen om aan handhaving via het 'pas-toe-of-leg-uit' mechanisme te twijfelen. Monitoringonderzoek met betrekking tot de naleving van de Corporate Governance Code laat zien dat zelfregulering minder goed werkt voor regels die aandeelhouders niet belangrijk vinden. Een belangrijke kanttekening bij de rol van de AV als 'handhaver' van de streefcijferregeling is dat zij naleving van de streefcijferregeling alleen echt kan afdwingen door de inzet van paardenmiddelen: weigering verlening decharge of vaststelling jaarrekening of het entameren van een enquêteprocedure. Het is volgens de onderzoekers niet realistisch om er van uit te gaan dat deze middelen zullen worden ingezet om naleving van de streefcijferregeling af te dwingen.

Hoofdstuk 4. Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de Nederlandse Corporate Governance Code 2016

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden twee ontwikkelingen geschetst die nauw verband houden met de streefcijferregeling, met name voor zover deze geldt voor beursvennootschappen. Het gaat daarbij allereerst om de implementatie van richtlijn 2014/95/EU tot wijziging van richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen.[78] Voor wat betreft de informatie inzake diversiteit heeft Nederland deze richtlijn geïmplementeerd door het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid.[79] De inhoud van dit besluit zal in par. 4.2 worden besproken. Een tweede recente ontwikkeling die betekenis heeft voor de streefcijferregeling in Boek 2 BW is de herziening van de Nederlandse Corporate Governance Code.[80] In de herziene Code (hierna de Code 2016)[81] is een tweetal best practice bepalingen opgenomen met betrekking tot het diversiteitsbeleid van de vennootschap. Deze bepalingen worden in par. 4.3 besproken. In par. 4.4 wordt de vraag beantwoord of de transparantieverplichtingen van het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de diversiteitsbepalingen in de Corporate Governance Code 2016 de effectiviteit van de streefcijferregeling ten aanzien van beursvennootschappen kunnen versterken.

4.2 Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid

Het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid behelst een wijziging van het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (hierna: Besluit nadere voorschriften inhoud jaarverslag). Deze wijziging houdt in dat grote beursgenoteerde ondernemingen in de corporate governance verklaring die deel uitmaakt van het bestuursverslag informatie moeten verstrekken over het diversiteitsbeleid met betrekking tot de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. Het diversiteitsbeleid omvat voor de toepassing van deze regeling meer dan alleen de man-vrouwverhouding. Het diversiteitsbeleid kan betrekking hebben op leeftijd, geslacht en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring.[82] Met de verplichting tot transparantie over het diversiteitsbeleid wordt beoogd het fenomeen van groepsdenken, waarbij de leden van het bestuur en de raad van commissarissen er

[78] Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van de richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen, *PbEU* 2014, L 330.
[79] *Stb.* 2016, 559.
[80] De teksten van de Nederlandse Corporate Governance Code 2016 en vorige versies zijn te vinden op www.mccg.nl.
[81] De Code 2016 is in augustus 2017 aangewezen als gedragscode in de zin van art. 2:391 lid 5 BW (*Stcrt.* 2017 nr. 45259, 21 augustus 2017). Zij vervangt met ingang van boekjaar 2017 de Code van 2008.
[82] *Stb.* 2016, 559, p. 3 en p. 7-8.

gelijklopende meningen op nahouden, te doorbreken om zo een daadwerkelijke vorm van toezicht op het bestuur en een succesvolle governance van de onderneming te bevorderen.[83] De vennootschap dient de doelstellingen van het beleid te vermelden alsmede de wijze waarop het beleid is uitgevoerd en de resultaten daarvan in het afgelopen boekjaar. Indien de vennootschap geen diversiteitsbeleid heeft dient zij gemotiveerd opgave te doen van de redenen daarvoor. In haar reactie op de consultatie over het Besluit merkt Eumedion overigens op dat van alle grote beursvennootschappen kan worden verwacht dat zij een diversiteitsbeleid hebben. Vennootschappen zouden daarom uiterst terughoudend moeten zijn met het gebruik van de 'leg uit'-mogelijkheid.[84] Ter vaststelling of een beursvennootschap groot is geldt hetzelfde criterium als geldt voor toepassing van het wettelijke streefcijfer ' van art. 2:166 BW.

De verplichting tot transparantie over het diversiteitsbeleid is van toepassing op bestuursverslagen die betrekking hebben op boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari 2017. Dit betekent dat deze beursvennootschappen voor het eerst in 2018, in het bestuursverslag dat ziet op het boekjaar 2017, verslag doen over het diversiteitsbeleid.[85] De informatie over het diversiteitsbeleid wordt als onderdeel van de verklaring inzake corporate governance openbaar gemaakt als specifiek onderdeel van het bestuursverslag, als afzonderlijk verslag dat samen met het bestuursverslag openbaar wordt gemaakt of via een verwijzing in het bestuursverslag naar de plaats waar de verklaring voor het publiek beschikbaar is op de website van de vennootschap.[86]

Op grond van art. 3c van Besluit nadere voorschriften jaarverslag dient de accountant na te gaan of de informatie over het diversiteitsbeleid aanwezig is in de corporate governance verklaring (aanwezigheidstoets). Als de accountant vaststelt dat de informatie over het diversiteitsbeleid niet aanwezig is, dan zal hij die tekortkomingen dienen te vermelden in zijn verklaring omtrent de getrouwheid als bedoeld in art. 2:393 lid 5 BW. De algemene vergadering zal daarvan dan kennis nemen en kan het bestuur aanspreken op het ontbreken van de informatie.[87]

In reacties van Eumedion en de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) op de Consultatie Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid zijn opmerkingen gemaakt over de rol van de accountant bij de controle of aan de transparantieverplichting is voldaan. Eumedion merkt hierover het volgende op:

[83] *Stb.* 2016, 559, p. 3 onder verwijzing naar overweging 18 van richtlijn 2014/95/EU.
[84] Reactie Eumedion, p. 2, www.internetconsultatie.nl/bekendmaking_diversiteitsbeleid/reacties, geraadpleegd op 23 maart 2017
[85] *Stb.* 2016, 559, p. 9.
[86] Zie art. 2a lid 1 Besluit nadere voorschriften inhoud jaarverslag.
[87] *Stb.* 2016, 559, p. 6.

"In de nota van toelichting (p. 3) valt te lezen dat de accountant moet nagaan of de informatie over het diversiteitsbeleid in de verklaring inzake corporate governance aanwezig is. Eumedion kan zich in deze keuze vinden maar vraagt zich wel af hoe wordt gewaarborgd dat de accountant de aan hem toebedeelde taak ook uitvoert. De accountant is nu al verplicht om na te gaan of het bestuursverslag aan de bij en krachtens de wet gestelde regels voldoet waaronder de bepalingen over de evenwichtige verdeling van de zetels in het bestuur of de raad van commissarissen over mannen en vrouwen (artikel 2:391, zevende lid, BW). Tot grote teleurstelling van Eumedion blijkt uit hiervoor genoemde brief van de Minister van OCW dat zeer weinig bedrijven voldoen aan de wettelijke verplichting om in het bestuursverslag uit te leggen waarom het streefcijfer nog niet is bereikt en wat men eraan heeft gedaan. Eumedion vraagt zich af waarom dit niet door de accountant is gesignaleerd en hoe dit in de toekomst kan worden voorkomen. Eumedion verwelkomt daarom de door de minister van OCW aangekondigde aanscherping van de handhaving. De minister heeft aangegeven dat te willen doen door het actief betrekken van relevante stakeholders bij bedrijven, accountants en aandeelhouders. In NRC Handelsblad heeft de minister van OCW erop gewezen dat accountants voortaan een bestuursverslag gewoon moeten afwijzen als bedrijven het niet uitleggen. Eumedion vindt dat de accountants in het vervolg daadkrachtiger moeten optreden indien in het bestuursverslag niet wordt voldaan aan de bij of krachtens de wet gestelde regels. Eumedion vindt het wenselijk dat in de nota van toelichting wordt ingegaan op de concrete acties die zullen worden genomen om de handhaving te verbeteren."[88]

De Minister van V&J gaat in de nota van toelichting op het Besluit Bekendmaking diversiteitsbeleid niet in op de concrete acties die zullen worden genomen om de handhaving te verbeteren. De Minister van V&J merkt op dat het kabinet belang hecht aan het hebben en het tenuitvoerleggen van een diversiteitsbeleid, zoals kenbaar gemaakt in de discussie met de Tweede Kamer over het wettelijke streefcijfer ' (waarbij de Minister van V&J verwijst naar de brief van de Minister van OCW van 16 november 2015, Kamerstukken II 2015/16, 30 420, nr. 227).

In haar reactie op de consultatie merkt de NBA op:

"Op grond van tot 1 januari 2016 geldende Nederlandse wetgeving moesten grote NV's en BV's een evenwichtige vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in topfuncties weten te realiseren. De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap heeft op 16 november 2015 aangekondigd de wettelijke basis van het streefcijfer te willen verlengen en daarbij de handhaving te willen aanscherpen. Zij wil dit doen

[88] Reactie Eumedion, p. 2, www.internetconsultatie.nl/bekendmaking_diversiteitsbeleid/reacties, geraadpleegd op 23 maart 2017

door het actief betrekken van relevante stakeholders bij bedrijven, aandeelhouders en accountants. Voor ons is echter niet duidelijk hoe de verlenging van de wettelijke basis van het streefcijfer concreet wordt ingevuld en hoe dit zich verhoudt tot het voorliggende ontwerp Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid. De NBA acht meer duidelijkheid hierover wenselijk."[89]

De Minister van V&J antwoordt hierop dat de bepalingen omtrent het wettelijke streefcijfer kunnen worden beschouwd als een nadere invulling van het diversiteitsbeleid op grond van de richtlijn ten aanzien van het element geslacht. Het diversiteitsbeleid op grond van de richtlijn is breder, want kan ook betrekking hebben op leeftijd en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring.[90] Op de concrete invulling van de verlenging van de wettelijke basis van het streefcijfer gaat hij niet in.

De Stichting Multinationale Ondernemingsradenoverleg (MNO) heeft in haar reactie op de consultatie gepleit voor een instemmingsrecht voor de OR en een spreekrecht in de AV ten aanzien van het diversiteitsbeleid.[91] Hierop heeft de Minister van V&J geantwoord dat het niet wenselijk is om aanvullende nationale maatregelen te nemen omdat het wijzigingsbesluit uitsluitend ter uitvoering van de richtlijn strekt.[92]

De Minister van OCW heeft een aantal malen de verwachting uitgesproken dat de uitvoering van de richtlijn niet-financiële informatie en diversiteitsbeleid een positief effect zal hebben op de (gender)diversiteit in de top van bedrijven.
In een brief van 22 november 2015 schrijft de Minister van OCW aan de Tweede Kamer:

"Ik verwacht dat de implementatie van de Europese richtlijn niet-financiële informatie en diversiteitsbeleid hier voor beursvennootschappen een positief effect zal hebben. Deze richtlijn dient voor 16 december 2016 in Nederland te worden geïmplementeerd. De naleving in het VK ligt beduidend hoger dan in Nederland. Dit wordt eraan geweten dat deze EU richtlijn in het VK al is geïmplementeerd[93]."[94]

En in een brief aan de Tweede Kamer d.d. 15 december 2016 schrijft zij:

---

[89] Reactie NBA, p. 3, www.internetconsultatie.nl/bekendmaking_diversiteitsbeleid/reacties, geraadpleegd op 23 maart 2017.
[90] *Stb.* 2016, 559, p. 8.
[91] Reactie MNO, p. 1, www.internetconsultatie.nl/bekendmaking_diversiteitsbeleid/reacties, geraadpleegd op 23 maart 2017
[92] *Stb.* 2016, 559, p. 8.
[93] De onderzoekers merken op dat richtlijn 2014/95/EU op het moment dat deze uitspraak werd gedaan nog niet in het VK was geïmplementeerd. Britse beursvennootschappen hoefden toen hun genderdiversiteitsbeleid nog niet te publiceren. Zie het consultatiedocument van het Britse ministerie voor Business, Innovations & Skills: 'The non-financial Reporting Directive - A call for views on effective reporting alongside proposals to implement EU requirements', www.gov.uk, geraadpleegd op 12 augustus 2017.
[94] *Kamerstukken II* 2015/16, 30 420, nr. 227, p. 11.

> "In het Verenigd Koninkrijk gelden al sinds oktober 2013 de "Narrative reporting regulations" op basis waarvan de meeste bedrijven gegevens verstrekken over de man-vrouw verdeling op top-niveau, op seniormanagement en over de gehele personeelssamenstelling. Deze regelgeving is naar aanleiding van aanbevelingen van Lord Davies in zijn "Review of women on boards 2011" aangepast. De transparantie die zo ontstaat is een belangrijke schakel in de aanpak waarmee Lord Davies in het Verenigd Koninkrijk de toename van diversiteit heeft weten te realiseren.
> Met de implementatie van de EU richtlijn bekendmaking niet-financiële informatie en diversiteitsbeleid gaat een vergelijkbare situatie ontstaan in Nederland. De uitvoering van deze richtlijn is in gevorderd stadium. De implementatiewet bij EU-richtlijn bekendmaking niet-financiële informatie en diversiteitsbeleid (richtlijn 2014/95) is geplaatst in Stb. 2016, 352. De algemene maatregel van bestuur (AMvB) diversiteitsbeleid die ter uitvoering van de richtlijn is opgesteld ligt bij de Raad van State voor advies. Met deze richtlijn zullen beursgenoteerde bedrijven verplicht worden meer inzicht te geven in hun diversiteitsbeleid."[95]

De onderzoekers merken in de eerste plaats op dat met de inwerkingtreding van het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid geen situatie is ontstaan die vergelijkbaar is met die in het Verenigd Koninkrijk, waar sinds 2013 op grond van de Companies Act 2006 geldt dat beursvennootschappen in hun bestuursverslag transparantie moeten verschaffen over de m/v-verdeling onder hun bestuurders, senior management en het gehele personeelsbestand aan het einde van het boekjaar.[96] De transparantieverplichtingen op grond van het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid beperken zich in Nederland tot het bestuur en de RvC, en strekken zich niet uit tot onderliggende managementlagen en de gehele personeelssamenstelling.
In de tweede plaats wijzen de onderzoekers er op dat de transparantieverplichtingen die uit het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid voortvloeien minder ver reiken dan de transparantieverplichtingen die voortvloeien uit de streefcijferregeling. Deze verlangt niet alleen transparantie over de doelstellingen van het m/v-diversiteitsbeleid, de wijze waarop het beleid is uitgevoerd en de resultaten daarvan in het *afgelopen* boekjaar. Indien het streefcijfer niet is gehaald verlangt art. 2:391 lid 7 BW dat bovendien wordt uitgelegd op welke wijze de vennootschap beoogt *in de toekomst* een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren.

[95] *Kamerstukken II* 2016/17, 30 420, nr. 256, p. 9.
[96] Zie voor de Britse transparantieregels met betrekking tot genderdiversiteit (die alleen gelden voor *beurs*vennootschappen): section 414C (8) (i)(ii)(iii) *Companies Act* 2006.

4.3 De diversiteitsbepalingen in de Corporate Governance Code 2008 en de Code 2016

Principe III.3 van de Code 2008 bepaalt dat de RvC streeft naar een gemengde samenstelling van de RvC, onder meer met betrekking tot geslacht en leeftijd. Dit wordt nader uitgewerkt in best practice bepaling III.3.1 over de profielschets. Deze luidt als volgt:

> "De raad van commissarissen stelt een profielschets voor zijn omvang en samenstelling op, rekening houdend met de aard van de onderneming, haar activiteiten en de gewenste deskundigheid en achtergrond van de commissarissen. In de profielschets wordt ingegaan op de voor de vennootschap relevante aspecten van diversiteit in de samenstelling van de raad en wordt vermeld welke concrete doelstelling de raad ten aanzien van diversiteit hanteert. Voor zover de bestaande situatie afwijkt van de nagestreefde situatie, legt de raad van commissarissen hierover verantwoording af in het verslag van de raad van commissarissen en geeft hij tevens aan hoe en op welke termijn hij verwacht dit streven te realiseren. De profielschets wordt algemeen verkrijgbaar gesteld en op de website van de vennootschap geplaatst."

In het onderzoek dat de Monitoring Commissie Corporate Governance Code heeft laten verrichten naar de naleving van de Code 2008 over het boekjaar 2014 is specifiek aandacht besteed aan diversiteit. De vragen over diversiteit zijn voorgelegd aan 75 vennootschappen. Hiervan hebben 72 vennootschappen antwoord gegeven op de vragen. Aan de vennootschappen is gevraagd welke aspecten onderdeel uitmaken van hun diversiteitsbeleid. Een grote meerderheid van de vennootschappen beschouwt de onderwerpen expertise (72 van de 72), eerdere ervaring (70 van de 72) en onafhankelijkheid (63 van de 72) als onderdeel van het beleid. Een ruime meerderheid van de vennootschappen (50 van de 72) ziet geslacht ook als onderdeel van het beleid. Minder dan de helft van de vennootschappen beschouwt nationaliteit (35 van de 72) en leeftijd (33 van de 72) ook als aspecten van diversiteit. Aan de vennootschappen is ook gevraagd welke maatregelen zij in de afgelopen twee jaar hebben genomen om de diversiteit in de top van de organisatie te vergroten. Uit de antwoorden van de vennootschappen blijkt dat met name gebruik wordt gemaakt van specifiek beleid en het stellen van doelen ten aanzien van diversiteit (30 keer genoemd) en het opnemen van aspecten van diversiteit in een specifieke zoekopdracht (27 keer genoemd).[97]
Uit het nalevingsonderzoek over het boekjaar 2015 volgt dat ruim een vijfde van de vennootschappen die aan het onderzoek hebben meegewerkt best practice bepaling III.3.1 niet volledig hebben nageleefd. Vrijwel alle vennootschappen hebben een

[97] Monitoring Commissie Corporate Governance, Rapport Monitoring boekjaar 2014, p. 38, te raadplegen op mccg.nl.

profielschets voor de raad van commissarissen, maar hierin ontbreekt regelmatig een concrete doelstelling ten aanzien van diversiteit. Voorts wordt niet altijd verantwoording afgelegd indien de bestaande situatie ten aanzien van diversiteit afwijkt van de nagestreefde situatie en wordt niet altijd een termijn vermeld waarbinnen wel wordt voldaan aan het streven.[98]

In de Code 2016 zijn twee specifieke bepalingen met betrekking tot het diversiteitsbeleid van de vennootschap opgenomen. Best practice bepaling 2.1.5 van de Code 2016 luidt als volgt:

> "De raad van commissarissen stelt een diversiteitsbeleid op voor de samenstelling van het bestuur, de raad van commissarissen en, indien aanwezig, het *executive committee*. In het beleid wordt ingegaan op de concrete doelstellingen ten aanzien van de diversiteit en de voor de vennootschap relevante aspecten van diversiteit, zoals nationaliteit, leeftijd, geslacht en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring."

Hiermee gaat de Code 2016 op twee punten verder dan de Code 2008. Ten eerste is expliciet gemaakt dat als best practice geldt dat de RvC *een diversiteitsbeleid opstelt* en dat daarin wordt ingegaan op de concrete[99] doelstellingen ten aanzien van diversiteit en de voor de vennootschap relevante aspecten van diversiteit. Ten tweede is de reikwijdte van het diversiteitsbeleid uitgebreid doordat het niet alleen betrekking heeft op de samenstelling van de RvC, maar ook - in aansluiting op het hiervoor besproken Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid - op de samenstelling van het bestuur en - zo deze aanwezig is - het executive committee. Met het diversiteitsbeleid moet rekening worden gehouden bij het opstellen van de profielschets voor de raad van commissarissen, die op de website van de vennootschap moet worden geplaatst (best practice 2.1.1 Code 2016).

Tevens is in de Code 2016 een aparte bepaling opgenomen met betrekking tot de af te leggen verantwoording over het diversiteitsbeleid. Best practice 2.1.6 bepaalt te dien aanzien het volgende:

> "In de corporate governance verklaring worden het diversiteitsbeleid en de uitvoering daarvan toegelicht. Hierbij wordt ingegaan op:
> i. de doelstellingen van het beleid;
> ii. de wijze waarop het beleid is uitgevoerd; en
> iii. de resultaten van het beleid in het afgelopen boekjaar.

[98] SEO Economisch onderzoek, 'Naleving Corporate Governance Code - Meting over boekjaar 2015', p. 26, te raadplegen op www.mccg.nl.
[99] Op dit punt is de Code scherper geformuleerd dan het Besluit diversiteitsbeleid, dat niet eist dat de doelstellingen concreet zijn.

> Indien de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen afwijkt van de doelstellingen van het diversiteitsbeleid van de vennootschap en/of van het streefcijfer voor de verhouding man-vrouw, indien en voorzover dit bij of krachtens de wet is bepaald, wordt in de corporate governance verklaring tevens toegelicht wat de stand van zaken is, welke maatregelen worden genomen om de nagestreefde situatie wel te bereiken en op welke termijn."

De nieuwe codebepalingen zijn in sterke mate geïnspireerd door de via het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid uitgevoerde bepalingen van richtlijn 2014/95/EU. De Monitoring Commissie Corporate Governance (hierna de Commissie) verwijst hier dan ook naar op verschillende plaatsen in de toelichting op het begin 2016 verschenen consultatievoorstel voor de Code 2016. In die toelichting geeft de Commissie de volgende motivering voor de nieuwe diversiteitbepalingen:

> "Diversiteit binnen het bestuur en de raad van commissarissen is naar het oordeel van de Commissie bevorderlijk voor een goede besluitvorming binnen de vennootschapsorganen. Het draagt bij aan het op constructieve wijze ter discussie stellen van zienswijzen en besluitvorming en leidt daarnaast tot een meer welwillende houding ten opzichte van vernieuwende ideeën van andere bestuurders of commissarissen. Een gemengde samenstelling van bestuur en raad van commissarissen kan derhalve leiden tot een beter doordachte en afgewogen besluitvorming. De Commissie stelt voor om in de Code de best practice bepaling ten aanzien van diversiteit uit te breiden naar het bestuur. De Commissie benadrukt daarbij dat het van belang is om de discussie omtrent de diversiteit van het bestuur en de commissarissen breder te (blijven) trekken dan enkel het geslacht van de leden. De Commissie is namelijk van mening dat naast geslacht ook andere aspecten als leeftijd, nationaliteit, expertise, onafhankelijkheid en ervaring van belang zijn om een zinvolle discussie binnen het bestuur en de raad van commissarissen te bewerkstelligen."[100]

In deze passage weerklinkt hetzelfde uitgangspunt als dat ten grondslag ligt aan het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid, namelijk dat diversiteit belangrijk is ter doorbreking van groepsdenken. Ook de wijze van transparantie over het diversiteitsbeleid, namelijk via opname van de verantwoording daarover in de corporate governance verklaring (volgens het principe 'pas-toe-of-leg-uit'), is ontleend aan de voorschriften van richtlijn 2014/95/EU. De Code 2016 gaat echter op het vlak van de af te leggen verantwoording met betrekking tot het genderdiversiteitsbeleid verder dan de richtlijn omdat vennootschappen niet alleen moeten verantwoorden welke maatregelen zijn genomen, maar ook moeten laten zien welke maatregelen zullen worden genomen

[100] Consultatievoorstel Code 2016, p. 26, www.mccg.nl, geraadpleegd op 23 maart 2017.

(en op welke termijn) indien de doelstellingen van het diversiteitsbeleid niet zijn gehaald. Dit verschil laat zich verklaren doordat de Code de transparantieverplichtingen van art. 2:391 lid 7 herhaalt (waarbij echter niet het streefcijfer van 30% in de Code wordt herhaald), die met betrekking tot genderdiversiteit verder gaan dan wordt verlangd op grond van richtlijn 2014/95/EU. Ten slotte verdient opmerking dat de Code geldt voor alle Nederlandse beursvennootschappen, terwijl de voorschriften van het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid alleen gelden voor 'grote' Nederlandse beursvennootschappen.[101]

4.4 Conclusie: verhouding tussen de streefcijferregeling in Boek 2 BW, het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de Corporate Governance Code 2016

Aan het slot van de vorige paragraaf zijn enkele opmerkingen gemaakt over de verhouding tussen het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid en de diversiteitsbepalingen in de Code 2016. In deze paragraaf wordt de vraag beantwoord hoe deze regelingen zich verhouden tot de streefcijferregeling, voor zover zij betrekking hebben op het streven naar genderdiversiteit. Daarbij gaat het met name om de vraag of kan worden verwacht dat deze regelingen ten aanzien van beursvennootschappen een positief effect zullen hebben op de werking van de streefcijferregeling.
De onderzoekers zijn van mening dat het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid niet zal bijdragen aan de effectiviteit van de streefcijferregeling, nu het aan die regeling niets toevoegt. Anders dan de transparantieregels die de Engelse wetgever in 2013 op eigen initiatief heeft ingevoerd dwingt het Besluit diversiteitsbeleid beursvennootschappen niet om behalve de m/v-verdeling in bestuur en raad van commissarissen ook transparant te maken hoe deze verdeling is onder het senior management en het gehele personeelsbestand. Dergelijke ruimere transparantieregels zijn volgens de onderzoekers nuttig omdat zij zichtbaar maken in hoeverre de m/v-verdeling aan de top achterblijft in vergelijking met de m/v-verdeling in het gehele bedrijf. Evenals de Engelse wetgever zou de Nederlandse wetgever dergelijke regels op eigen initiatief kunnen invoeren.
De Code 2016 zou in zoverre een positief effect kunnen hebben op de toepassing van de streefcijferregeling door beursvennootschappen dat deze van de raad van commissarissen expliciet vraagt om transparant te maken op welke *termijn* wordt verwacht dat het streefcijfer is bereikt.[102] De accountant zal dus bij beursvennootschappen moeten controleren of de informatie omtrent de streeftermijn in de corporate governance verklaring wordt verschaft.

[101] Zie de toelichting op best practice 2.1.5 van de Code 2016.
[102] Consultatievoorstel Code 2016, p. 26, www.mccg.nl, geraadpleegd op 23 maart 2017.

Hoofdstuk 5. Regelingen ter bevordering van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de top van bedrijven in België, Duitsland, Frankrijk en Italië en het voorstel voor een Europese streefcijferrichtlijn

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat de resultaten van een onderzoek naar de vormgeving en effectiviteit van enkele regelingen ter bevordering van een evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen over bestuurs- en toezichtsorganen van privaatrechtelijke rechtspersonen in andere lidstaten van de EU. Daarnaast bevat het een beschrijving van de inhoud en stand van zaken met betrekking tot het voorstel van 14 november 2012 voor een Europese richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen (hierna: streefcijferrichtlijn).[103] In 2015 heeft het kennisinstituut voor Emancipatie en Vrouwengeschiedenis Atria in opdracht van het ministerie van OCW al een internationaal vergelijkend onderzoek naar het beleid voor m/v-diversiteit aan de top verricht.[104] Het door Atria uitgevoerde onderzoek heeft betrekking op de volgende landen: Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Finland, Letland, het Verenigd Koninkrijk en Zweden en heeft als doel het vinden en beschrijven van inspirerende voorbeelden. Daartoe is als onderzoeksmethode de zogenoemde *appreciative inquiry* gehanteerd: een positieve in plaats van een probleemgerichte benadering - wat gaat er goed en wat kan er beter? Binnen de onderzoeksopdracht is een literatuuronderzoek op basis van recente publicaties gedaan ('quick scan') en zijn gesprekken gevoerd met in totaal dertien informanten, die voor het overgrote deel werkzaam zijn bij de overheid (zoals ministeries van justitie c.q. sociale zaken) en universiteiten in de onderzochte landen.
Het onderzoek waarvan verslag wordt gedaan in dit hoofdstuk is anders van opzet dan het reeds door Atria uitgevoerde onderzoek. Ten eerste is niet dezelfde selectie toegepast met betrekking tot de in de vergelijking betrokken landen. Vanwege het tijdrovende karakter van rechtsvergelijkend onderzoek was het noodzakelijk de selectie te beperken. Lidstaten zonder wettelijke regeling, zoals bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk en Denemarken, zijn niet in de selectie opgenomen. Vanwege de beschikbaarheid en toegankelijkheid voor de onderzoekers van relevante bronnen (waaronder de wettekst in de originele taal) zijn voor het aan dit hoofdstuk ten grondslag liggende onderzoek de volgende lidstaten met een wettelijke regeling ter bevordering van genderdiversiteit in de top van bedrijven geselecteerd: België, Duitsland, Frankrijk en Italië. Duitsland en Frankrijk zijn ook betrokken in het Atria-onderzoek. België en Italië zijn daaraan toegevoegd omdat zij - evenals Duitsland en Frankrijk - vrij recent voor een beperkte groep rechtspersonen een m/v-quotum hebben ingevoerd met 'harde' sancties.

[103] COM(2012) 614 final.
[104] Atria, *Internationale voorbeelden beleid Topvrouwen*, Amsterdam 7 oktober 2015, www.atria.nl laatst geraadpleegd op 4 juli 2017.

Duitsland heeft naast de 'harde quota' voor een beperkte groep rechtspersonen streefcijfers ingevoerd voor een veel grotere groep. Het is interessant om te na te gaan welke keuzes de Belgische, Duitse, Franse en Italiaanse wetgever bij de vormgeving van de regelingen hebben gemaakt (en waarom) en welke effecten de regelingen tot nu toe heeft gehad. Hiermee wordt een tweede verschil tussen het onderzoek in dit hoofdstuk en het Atria-onderzoek duidelijk. Anders dan het Atria-onderzoek is de internationale vergelijking in dit hoofdstuk in de eerste plaats gericht op een beschrijving van de technisch-juridische wijze waarop de buitenlandse regelingen zijn vormgegeven. In de tweede plaats worden de effecten van die regelingen besproken. De technisch-juridische vergelijking is toegespitst op aspecten die relevant zijn voor de beantwoording van de gestelde onderzoeksvragen:

- de reikwijdte van de regeling, wat betreft zowel de door de regeling bestreken rechtsvormen/bedrijven als de eronder vallende functies (zetels in raden van bestuur, raden van commissarissen, hogere managementlagen);
- het via een streefcijfer dan wel bindend quotum te bereiken percentage vrouwen (en mannen), de wijze waarop wordt berekend of aan het streefcijfer/quotum is voldaan en in hoeverre een voorkeursbeleid kan worden gevoerd om het streefcijfer/quotum te bereiken;
- de wijze waarop de handhaving van de regeling is geregeld (sanctie(s)).

Aan de beschrijving van de vormgeving van iedere onderzochte buitenlandse regeling is steeds een korte paragraaf over de effecten van de regelingen toegevoegd om zo enig inzicht te kunnen geven in wat wel werkt en wat niet. In hoeverre zijn met buitenlandse regelingen goede resultaten behaald waaruit de Nederlandse wetgever inspiratie kan putten? In hoeverre zijn er problemen met het bereiken van de door de buitenlandse wetgevers gestelde doelen en hoe kan de Nederlandse wetgever die problemen voorkomen? Om dit na te kunnen gaan is gebruik gemaakt van recente monitoringrapporten en andere publicaties die zijn verschenen na afsluiting van het Atria-onderzoek.

5.2 Wettelijke regelingen ter bevordering van een ‘evenwichtige verdeling’ in België, Duitsland, Frankrijk en Italië

5.2.1 België

In België is in juli 2011 - slechts een half jaar nadat de Belgische Commissie Corporate Governance een aanbeveling met betrekking tot genderdiversiteit had gepubliceerd[105] - een wettelijke regeling aangenomen die voorziet in een geleidelijke invoering van een

[105] Zie het persbericht van 11 januari 2011 op www.corporategovernancecommitte.be/nl, geraadpleegd op 7 juli 2017.

verplichting tot een minimum aandeel van één derde vrouwen (en mannen) in de raden van bestuur van autonome overheidsbedrijven, de Nationale Loterij en beursvennootschappen.[106] Voor de aanbeveling van de Commissie Corporate Governance zou het principe 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel hebben gegolden. Het doel van de aanbeveling was om binnen zeven jaar het streefcijfer van 30% vrouwen in de raden van bestuur van beursgenoteerde vennootschappen te bereiken. Dit initiatief is dus al snel ingehaald door de wettelijke quotaregeling. De thans geldende Belgische Corporate Governance Code 2009 bevat geen streefcijfers. Principe 2.1 van deze Code bepaalt slechts dat genderdiversiteit een van de factoren is waarmee rekening moet worden gehouden bij de samenstelling van de raad van bestuur.[107]
De wettelijke quotaregeling is na een uitvoerig debat in het Belgische parlement tot stand gekomen.[108] In dat debat zijn ook de opvattingen van buitenlandse experts, waaronder Sybilla Dekker van de Nederlandse stichting Talent naar de Top en de Nederlandse econome Marike Stellinga betrokken. Ondanks een kritisch advies van de Raad van State[109] is het wetsvoorstel op 30 juni 2011 door de Belgische Senaat aangenomen. De Raad van State had onder meer kritiek op het absolute karakter van de in het wetsvoorstel opgenomen quota.[110] Lambrecht besluit zijn beschrijving van de parlementaire geschiedenis met de constatering dat bij de totstandkoming van de wet twee kampen in het parlement lijnrecht tegenover elkaar stonden.[111] Het kamp van de tegenstanders van quota was van mening dat het wetsvoorstel uiting gaf aan een gebrek aan vertrouwen in zelfregulering door het bedrijfsleven via corporate governance regels. Volgens dit kamp staat het de overheid vrij om quota op te leggen aan overheidsbedrijven, maar maakt het wetsvoorstel inbreuk op de vrijheid van ondernemen en de vrijheid van vereniging door quota op te leggen aan private bedrijven. Zij zijn het eens met de kritiek van de Raad van State op het absolute karakter van de quota. De voorstanders daarentegen achten de zelfregulering door middel van het 'pas-toe-of-leg-uit' principe ineffectief. Volgens hen is het aan de overheid om te zorgen voor een betere vertegenwoordiging van vrouwen in de raden van bestuur van beursvennootschappen en is het normaal dat de wet aan de private sector voorschrijft dat zij voldoet aan regels die

[106] Wet van 28 juli 2011 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, het Wetboek van vennootschappen en de wet van 19 april 2002 tot rationalisering van de werking en het beheer van de Nationale Loterij teneinde te garanderen dat vrouwen zitting hebben in de raad van bestuur van de autonome overheidsbedrijven, de genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij, *Belgisch Staatsblad* 14 september 2011, 59.600 (hierna: de Wet van 28 juli 2011).
[107] De Code is te raadplegen op: www.corporategovernancecommittee.be/nl
[108] Zie voor een uitgebreide weergave van de parlementaire geschiedenis: Philippe Lambrecht, "The law of 28 July 2011 to guarantee the presence of women on the decision-making bodies of autonomous public undertakings, listed companies and the national lottery", in: Marc de Vos and Philippe Culliford, *Gender Quotas for Company Boards*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, p. 83-107.
[109] Advies van de Raad van State, 26 april 2011, no. 49.473/AG, Doc. 53-0211/07, http://www.raadvst-consetat.be, geraadpleegd op 9 juli 2017.
[110] Advies Raad van State, a.w., p. 27-28.
[111] Lambrecht, a.w., p. 99.

beogen een einde te maken aan een vorm van discriminatie die zij onacceptabel acht. Uiteindelijk heeft dit laatste kamp dus aan het langste eind getrokken.
De verplichting om aan de wettelijke quota te voldoen is voor de autonome overheidsbedrijven en de Nationale Loterij in werking getreden op de eerste dag van het boekjaar dat aanving na bekendmaking van de wet, dat wil zeggen 1 januari of 1 juli 2012.[112] Grote genoteerde vennootschappen kregen zes jaar[113] de tijd: zij moesten op 1 januari 2017 dan wel 1 juli 2017 aan de verplichting uit de wet voldoen. Kleine[114] genoteerde vennootschappen hebben tot 1 januari 2019 dan wel 1 juli 2019 de tijd gekregen.[115] De quotaregeling is voor NV's neergelegd in art. 518bis Wetboek van Vennootschappen (hierna: W.Venn.).
Vennootschappen die pas na het van kracht worden van de quotaregeling een notering verkrijgen, krijgen op grond van art. 518 bis § 3 W.Venn. vanaf het moment van notering zes jaar om aan de quotaregeling te voldoen. Kennelijk vreesde de Belgische wetgever dat vennootschappen zouden afzien van een beursnotering indien de quota onmiddellijk op hen van toepassing zouden worden.[116] Deze gefaseerde inwerkingtreding betekent dat de in par. 5.2.1.4 te bespreken sancties op overtreding van de quotaregeling voor de onderscheiden rechtspersonen op verschillende momenten zijn gaan gelden c.q. zullen gaan gelden.
De Belgische quotaregeling zal in 2023 worden geëvalueerd.[117]

5.2.1.1 Reikwijdte

De Belgische quotaregeling bestrijkt de autonome overheidsbedrijven, genoteerde vennootschappen en de Nationale Loterij. Er zijn in België vijf autonome overheidsbedrijven, maar slechts drie daarvan vallen onder de hier besproken quotaregeling: Belgocontrol, bpost en Proximus.[118] De quotaregeling is tot de genoemde rechtspersonen beperkt vanwege hun maatschappelijke verantwoordelijkheid, waarbij

[112] Art. 7 § 4 Wet van 28 juli 2011.
[113] Art. 7 § 2 Wet van 28 juli 2011. Voor deze termijn is gekozen om te voorkomen dat bestuursmandaten voortijdig zouden moeten worden beëindigd (Tina Coen en Marieke Wyckaert, 'Time's up: vertegenwoordiging van beide geslachten in de raad van bestuur is een feit', *TRV-RPS* 2016, p. 1036). Belgische NV-bestuurders worden meestal voor zes jaar benoemd, dat is de wettelijke maximumtermijn; zie art. 518 § 3 W.Venn.
[114] Dit zijn genoteerde vennootschappen waarvan de waarde van de vrij verhandelbare aandelen < 50% alsmede genoteerde vennootschappen die op geconsolideerde basis aan ten minste twee van de volgende criteria voldoen: minder dan 250 werknemers; balanstotaal ≤ aan EUR 43 miljoen, jaarlijkse omzet ≤ aan EUR 50 miljoen (art. 7 § 3 Wet van 28 juli 2011).
[115] Art. 7 § 2 Wet van 28 juli 2011.
[116] Dirk van Gerven, *Alle mensen zijn gelijk, ook vrouwen*, Antwerpen: KnopsPublishing, 2016, p. 119. Deze auteur is kritisch over dit uitstel.
[117] Art. 6 Wet van 28 juli 2011.
[118] Voor de twee andere autonome overheidsbedrijven, NMBS en Infrabel, geldt de in 2011 ingevoerde quotaregeling om technisch-juridische redenen niet. Voor hen was al in 2002 een minimale vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de raad van bestuur ingevoerd. Zie Coen en Wyckaert, a.w., p. 1031.

voor de overheid geldt dat deze het goede voorbeeld moet geven.[119] Vandaar ook dat de overheidsbedrijven al met ingang van 1 januari 2012 aan de quotaregeling moesten voldoen.[120] Voor genoteerde vennootschappen geldt volgens de Belgische wetgever dat zij een grotere maatschappelijke verantwoordelijkheid te hebben dan besloten vennootschappen omdat zij een beroep doen op het publieke spaarwezen.[121] Onder 'genoteerd' wordt voor de toepassing van de quotaregeling verstaan alle vennootschappen waarvan effecten op een gereglementeerde markt zijn genoteerd (hierna: genoteerde vennootschappen). Hieronder vallen ook vennootschappen met een besloten aandeelhouderskring en vennootschappen die uitsluitend andere effecten dan aandelen op een gereglementeerde markt noteren.[122]
De Belgische quotaregeling ziet op de zetels in de raad van bestuur, het hoogste orgaan van de Belgische NV, dat toezicht uitoefent op het management en dat verantwoordelijk is voor het bepalen van de strategie van de onderneming. Voor de autonome overheidsbedrijven en de Nationale Loterij zien de quota niet op de gehele raad van bestuur, maar hebben zij slechts betrekking op de bestuurders die worden aangewezen door de Belgische Staat of een door de Belgische Staat gecontroleerde vennootschap. Hieronder vallen ook die bestuurders die op voordracht van de overheid worden benoemd.[123]
Verreweg de meeste rechtspersonen die onder de quotaregeling vallen zijn NV's. Genoteerde commanditaire vennootschappen op aandelen en Europese vennootschappen (SE's) vallen echter ook onder de regeling.[124]
De raad van bestuur van een NV bestaat uit ten minste drie personen.[125] De statuten van de NV kunnen voorzien in de instelling van een directiecomité, waaraan de raad van bestuur bepaalde bevoegdheden kan overdragen. De raad van bestuur blijft echter verantwoordelijk voor het algemene beleid en dient toezicht te houden op het directiecomité. In het directiecomité kunnen zowel bestuurders als niet-bestuurders zetelen.[126] De Belgische quotaregeling is slechts van toepassing op de raad van bestuur, niet op het directiecomité. Deze beperking is niet van kritiek ontbloot gebleven. Zo schrijven Coen en Wyckaert: "Ook het feit dat het wetgevend ingrijpen zich beperkt tot het niveau van de raad van bestuur is niet noodzakelijk alleen een positief signaal; dit is weliswaar het hoogste orgaan waar - althans theoretisch - de meeste macht zit

[119] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1031, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis.
[120] Johannes van Herck, *De impact van de onafhankelijkheid en de grootte van de raad van bestuur op de marktliquiditeit - Belgische vrouwenquota in de raad van bestuur in het licht van het Europese recht*, Masterscriptie KU Leuven, academiejaar 2013-2014, p. 18.
[121] Tina Coen en Marieke Wyckaert, *a.w.*, p. 1031, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis.
[122] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1032-1033.
[123] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1035, met verwijzing naar de wetsgeschiedenis.
[124] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1032.
[125] Art. 518 § 1 W.Venn. Deze hoofdregel lijdt slechts uitzondering in het geval dat de NV slechts twee aandeelhouders heeft; dan dient de raad van bestuur ten minste twee leden te tellen.
[126] Art. 524bis W.Venn.

geconcentreerd, maar de echte macht - waaronder deze om de gang van zaken in de concrete dagelijkse realiteit te beïnvloeden - zit op het uitvoerend niveau."[127]

5.2.1.2 Quota en toepassing

De Belgische wetgever heeft gekozen voor een minimumvertegenwoordiging van één derde vrouwen (en mannen) in de raden van bestuur. Dit is een quotum dat slechts eenvoudig is toe te passen als het totale aantal leden van de raad van bestuur (bij de overheidsbedrijven: het totale aantal direct of indirect door de Belgische Staat aangewezen leden) deelbaar is door drie. Is dat niet het geval, dan mag worden afgerond naar het dichtstbij gelegen hele getal.[128] Dit betekent dat niet aan het vereiste van één derde hoeft te worden voldaan in gevallen waarin het totale aantal bestuurders meer bedraagt dan een veelvoud van drie. In een bestuur met vier leden hoeft slechts één vrouw te zijn vertegenwoordigd. De afrondingsregel kan ook betekenen dat een hoger percentage moet worden behaald om aan het quotum te kunnen voldoen. Zo moeten in een bestuur met vijf leden ten minste twee vrouwen en twee mannen zijn vertegenwoordigd.

Een raad van bestuur bestaande uit twee personen is - zoals hiervoor reeds aangeduid - bij de NV slechts toegestaan in het uitzonderlijke geval dat de NV slechts twee aandeelhouders heeft. Een raad van bestuur bestaande uit één persoon kan bij de NV niet voorkomen. Dit zou zich wel kunnen voordoen bij de commanditaire vennootschap op aandelen; deze kan immers één zaakvoerder hebben. In de meeste gevallen is de zaakvoerder van de commanditaire vennootschap een rechtspersoon. De quotaregeling moet dan op het niveau van de raad van bestuur van deze rechtspersoon worden toegepast.[129]

Wanneer zich onder de leden van de raad van bestuur van een NV (dan wel SE) rechtspersonen bevinden rijst de vraag hoe de quotaregeling moet worden toegepast. Rechtspersonen zijn immers geslachtloos. In België geldt de regel dat iedere rechtspersoon-bestuurder een vaste vertegenwoordiger moet hebben. Voor toepassing van de quotaregeling wordt er - ondanks het ontbreken van een uitdrukkelijke wettelijke bepaling met die strekking - van uit gegaan dat de rechtspersoon-bestuurder het geslacht aanneemt van zijn vaste vertegenwoordiger: er wordt dus door de rechtspersoon-bestuurder heen gekeken.[130]

5.2.1.3 Handhaving

De Belgische wetgever heeft aan het niet in acht nemen van de quotaregeling twee sancties verbonden.

Ten eerste is een besluit tot benoeming dat tot gevolg heeft dat de wettelijke quota niet worden gehaald nietig. Deze sanctie is stevig doordat de Belgische wet van 28 juli 2011

[127] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1029.
[128] Art. 518bis § 1 W.Venn.
[129] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1032.
[130] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1034.

niet voorziet in een openingsclausule[131] en evenmin verlangt dat alleen bij gelijke geschiktheid de voorkeur aan een vrouw moet worden gegeven. Dit absolute karakter van de quota is bekritiseerd door de Raad van State en de politieke partijen die tegen het wetsvoorstel hebben gestemd. De Raad van State wees expliciet op het risico dat de toepassing van de quotaregeling zou kunnen botsen met de eisen die de Belgische Grondwet en het Europese gelijke behandelingsrecht stellen aan voorkeursbeleid.[132]
De nietigheidssanctie geldt voor alle rechtspersonen die onder de quotaregeling vallen. Wel zijn de momenten waarop deze sanctie effect heeft gekregen verschillend voor de verschillende categorieën rechtspersonen die onder de quotaregeling vallen, zie par. 5.2.1.
In art. 518bis § 4 is de nietigheidssanctie als volgt verwoord:

> "Indien het in § 1 bepaalde vereiste minimumaantal bestuurders van een ander geslacht dan dat van de overige bestuurders niet is bereikt, is de eerstvolgende bestuurder die wordt benoemd van dat geslacht. Zo niet, is zijn benoeming nietig. Hetzelfde geldt indien een benoeming ertoe leidt dat het aantal van die bestuurders van een ander geslacht daalt tot onder dit vereiste minimumaantal."

Het gebruik van de term 'nietig' in dit artikellid zou bij een Nederlandse lezer tot het misverstand kunnen leiden dat sprake is van nietigheid van rechtswege, d.w.z. zonder dat de nietigheid in rechte hoeft te worden ingeroepen. De gevolgen van de hier bedoelde nietigheid gelden echter *niet* van rechtswege. Een vordering tot nietigverklaring dient binnen zes maanden[133] te worden ingesteld bij de rechtbank van koophandel (of in geval van rechtstreekse benoeming door de Koning: binnen zestig dagen bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State). Na het verstrijken van de genoemde termijnen kan de nietigheid niet meer worden ingeroepen.[134] In de Nederlandse terminologie is daarom geen sprake van *nietig*heid maar van *vernietigbaar*heid van het benoemingsbesluit.

Wordt met succes de nietigheid van een benoeming ingeroepen, dan heeft dit geen consequenties voor de geldigheid van de besluitvorming door het bestuur waaraan de in strijd met de quotaregeling benoemde bestuurder heeft deelgenomen. Het wetsvoorstel

---

[131] Dit is een clausule volgens welke vrouwen niet bij voorrang moeten worden bevorderd, indien met de persoon van een mannelijke kandidaat verband houdende redenen de balans in diens voordeel doen doorslaan. Zie HvJEU 28 maart 2000, C-158/97 (*Badeck*).
[132] Advies Raad van State, *a.w.*, zie met name p. 28: "(...) lijkt het echter raadzaam het dispositief van het wetsvoorstel aan te passen door het quotum te koppelen aan, bijvoorbeeld, een openingsclausule, om er zeker van te zijn dat de concrete uitvoering van deze doelstelling strookt met de hogere rechtsnormen. Dit lijkt des te meer aangewezen daar de straf die op het niet-naleven van het quotum staat, de nietigheid is van de benoeming van de bestuurder, gedaan met miskenning van de quotumregel."
[133] Te rekenen vanaf de dag waarop het benoemingsbesluit kan worden tegengeworpen aan degene die de nietigheid inroept of vanaf de dag waarop hij er kennis van heeft gekregen (art. 198 § 2 onder 3° W.Venn.).
[134] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1038.

bevatte wel de sanctie dat de nietigheid consequenties had voor de besluitvorming, maar deze sanctie is op advies van de Belgische Raad van State geschrapt. De Raad wees op strijd met art. 9 van de Eerste Vennootschapsrichtlijn[135] omdat gebreken in het benoemingsbesluit van personen die als orgaan bevoegd zijn de vennootschap te verbinden na openbaarmaking niet kunnen worden tegengeworpen aan derden.[136]
In par. 5.2.1.2 is beschreven dat in geval van een rechtspersoon-bestuurder door deze rechtspersoon wordt heen gekeken. Het geslacht van de vaste vertegenwoordiger bepaalt het geslacht van de rechtspersoon-bestuurder. In het geval dat de rechtspersoon-bestuurder de vaste vertegenwoordiger vervangt door iemand van het 'verkeerde' geslacht is de nietigheidssanctie niet op die benoeming van toepassing. Art. 118 bis W.Venn. voorziet niet in een specifieke nietigheidssanctie op het niveau van de vaste vertegenwoordiger. Coenen en Wyckaert wijzen er op dat dit een omissie van de Belgische wetgever is.[137]

Behalve de hiervoor beschreven nietigheid van de benoeming is er een tweede sanctie, die de leden van de raad van bestuur raakt: hen hangt bij overtreding van de quotaregeling de ontneming van alle aan het bestuursmandaat verbonden voordelen boven het hoofd. Deze sanctie geldt alleen voor de genoteerde vennootschappen[138] en treedt een jaar later in werking dan de (ver)nietig(baar)heidssanctie.[139] Deze sanctie is als volgt verwoord in art. 518bis § 2 W.Venn.:

> "Indien het aantal bestuurders van een ander geslacht kleiner is dan het bij § 1 bepaalde minimum, stelt de eerstvolgende algemene vergadering een raad van bestuur samen overeenkomstig het bepaalde in die paragraaf. Wordt deze bepaling niet nageleefd, dan wordt elk voordeel, financieel of ander, van de bestuurders, verbonden aan de uitoefening van hun mandaat, geschorst. Deze voordelen worden opnieuw toegekend op het ogenblik dat de raad van bestuur samengesteld is in overeenstemming met § 1."

Het is dus eerst aan de algemene vergadering om er voor te zorgen dat een met art. 518bis W.Venn. strijdige samenstelling van de raad van bestuur wordt opgeheven. Als de algemene vergadering in gebreke blijft treedt een sanctie in werking die de raad van bestuur treft: schorsing van *alle* voordelen die verbonden zijn aan de uitoefening van hun bestuursmandaat totdat aan de quotaregeling is voldaan. Onder die voordelen valt niet

[135] Richtlijn 2009/101/EG. Deze richtlijn is inmiddels ingetrokken en opgegaan in Richtlijn 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017, *PbEU* L 169/46 van 30 juni 2017. Art. 9 is daarbij vernummerd tot art. 8.
[136] Advies Raad van State, *a.w.*, p. 33.
[137] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1038.
[138] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1031 en p. 1036.
[139] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1037. Voor vennootschappen die na van kracht worden van de quotaregeling een notering verkrijgen geldt deze sanctie evenals de nietigheidssanctie na zes jaar vanaf de datum van notering.

alleen de bezoldiging, maar bijvoorbeeld ook een vrijwaringsregeling die het financiële risico van een aansprakelijkheidsclaim bij de vennootschap legt.[140] De Belgische wetgever heeft kennelijk niet willen kiezen voor een sanctie die de vennootschap zelf raakt, zoals bijvoorbeeld ontbinding[141] van de vennootschap. In plaats daarvan is gekozen voor een - stevige - financiële sanctie die de bestuurders ertoe moet prikkelen om alles te doen wat binnen hun macht ligt om te bereiken dat de algemene vergadering de besluiten neemt die nodig zijn om te voldoen aan de eisen van de quotaregeling. De raad van bestuur kan immers een algemene vergadering bijeenroepen, de agenda opstellen en suggesties doen voor kandidaat-bestuurders. Het mogelijke verlies van de aan de bestuursfunctie verbonden voordelen betekent dat bestuurders "hun huiswerk goed moeten maken en de algemene vergadering goed moeten voorbereiden, inlichten en sturen."[142]
Voor het geval dat ten gevolge van overlijden van of ontslagname door een bestuurder de raad van bestuur niet langer in overeenstemming met art. 518bis § 1 Venn.W. is samengesteld hoeft het bestuur niet af te wachten totdat de algemene vergadering een benoemingsbesluit neemt waardoor de raad van bestuur weer aan de quotaregeling voldoet. Art. 519 § 1 W.Venn. voorziet voor deze gevallen in de mogelijkheid dat het bestuur zelf voorlopig in de vacature voorziet (coöptatierecht) en met gebruikmaking van dit recht een persoon van het 'juiste' geslacht benoemt.[143]
Om te kunnen controleren of aan de quotaregeling is voldaan is het nodig dat de onder de regeling vallende rechtspersonen over de bereikte quota rapporteren. De onder de quotaregeling vallende aandelengenoteerde NV's moesten al voor de inwerkingtreding van de Wet van 28 juli 2011 in hun corporate governance verklaring een beschrijving opnemen van de samenstelling van de bestuursorganen en hun werking. Sinds de wet van 28 juli 2011 moeten zij in diezelfde verklaring een overzicht opnemen van de ondernomen inspanningen om ervoor te zorgen dat ten minste een derde van de leden van de raad van bestuur van een ander geslacht is dan dat van de overige leden.[144] Deze verplichting is in werking getreden op 1 januari 2012, dan wel 1 juli 2012, afhankelijk van het door de vennootschap gevoerde boekjaar.[145] Als de hiervoor genoemde gegevens niet in het bestuursverslag worden opgenomen, kan dit leiden tot de oplegging van een boete aan de vennootschapsbestuurders van maximaal EUR 10.000.[146]
De hiervoor beschreven transparantieverplichtingen gelden alleen voor vennootschappen die aandelen hebben genoteerd, niet voor vennootschappen die

[140] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1040.
[141] Dit is de stevige sanctie die de veel besproken Noorse quotaregeling aan niet-naleving verbindt (en die nog nooit is toegepast).
[142] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1039, die er terecht op wijzen dat de regeling onrechtvaardig is voor zover zij ook bestuurders lijkt te kunnen treffen die alles in het werk hebben gesteld om ervoor te zorgen dat een benoeming conform de quotaregeling plaatsvindt, maar niet hebben kunnen verhinderen dat de algemene vergadering niettemin volhardt in een benoeming in strijd met de regeling. Wellicht is de gedachte van de Belgische wetgever dat een dergelijke situatie zich niet voor zal doen.
[143] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1036.
[144] Art. 96 § 2 onder 5° W.Venn.
[145] Art. 3 Wet van 28 juli 2011.
[146] Art. 128 W.Venn.

andere effecten hebben genoteerd. Dit is waarschijnlijk een omissie van de Belgische wetgever doordat het toepassingsgebied van de quotaregeling pas in een later stadium is verruimd tot alle genoteerde vennootschappen, ongeacht of zij aandelen of andere effecten hebben genoteerd.[147]

5.2.1.4 Effectiviteit

Voor de autonome overheidsbedrijven is de quotaregeling al in 2012 gaan gelden. Van Gerven schrijft in 2016 dat zij alle voldoen aan de regeling.[148] Voor de meeste 'grote' genoteerde vennootschappen is de sanctie pas op 1 januari 2017 effectief geworden en voor sommige zelfs nog recenter, namelijk 1 juli 2017. Voor de kleinere genoteerde vennootschappen zal de nietigheidssanctie pas met ingang van 1 januari dan wel 1 juli 2019 gaan gelden. Dit betekent dat er nog geen volledig inzicht is in de effecten van de regeling. Wel is inmiddels een tweede monitoring-rapport verschenen, dat is opgesteld door het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen.[149] Uit het aan dit rapport ten grondslag liggende onderzoek blijkt dat het percentage vrouwen in bestuursraden van de onderzochte bedrijven[150] in acht jaar tijd meer dan 2,5 keer zo groot is geworden, van 8,2% in 2008 naar 12,7% in 2012, 16.6% in 2014 en 21,6% in 2016. Waar in 2014 25 van de 119 onderzochte bedrijven aan de quotaregeling voldoen zijn dat er in 2016 al 46 (38,7%). Geconcludeerd wordt dat tussen 2014 en 2016 het aantal bedrijven dat aan het wettelijk vereiste doet een sprong heeft gemaakt.[151]

Behalve allerlei tabellen met percentages (ook per bedrijfssector) bevat het rapport de volgende interessante conclusies:

- bij genoteerde vennootschappen geldt: hoe groter de onderneming, des te meer vrouwen vertegenwoordigd zijn in hun raden van bestuur;
- hoe groter de raad van bestuur, des te groter het percentage vrouwen;
- sinds 2008 is het totale aantal bestuursleden voor de onderzochte bedrijven min of meer hetzelfde gebleven: er zijn dus geen extra bestuurszetels voor vrouwen gecreëerd, maar geleidelijk aan hebben vrouwen bij herbenoemingen mannen opgevolgd of vervangen.

De onderzoekers zijn ook nagegaan in welke mate het aantal vrouwen in directiecomités is toegenomen. Hierbij tekenen zij aan dat zij alleen officiële directiecomités hebben onderzocht, niet daarop gelijkende comités als het comité van dagelijks bestuur, de executive committee, het management team etc. In totaal zijn in 2008 31 directiecomités gevonden, in 2012 waren dat er 30, in 2014 nog maar 23.[152] De percentages vrouwen in deze directiecomités bedroegen in de jaren 2008, 2012, 2014 en 2016 respectievelijk 7,4%,

[147] Coen en Wyckaert, *a.w.*, p. 1037.
[148] Van Gerven, *a.w.*, p. 118.
[149] Vgl. http://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/98_-_tweede_balans_van_de_wet_van_28_juli_2011_over_genderquota_in_raden_van_bestuur.pdf
[150] De steekproef bestond in 2008 uit 113, in 2012 uit 118 en in 2014 uit 119 bedrijven.
[151] Monitoringrapport, p. 7.
[152] Voor 2016 wordt geen aantal vermeld.

9,6%, 12,1%. en 16,1%. De stijging van het percentage is voor deze comités - waarvoor de Belgische quotaregeling niet geldt - dus beduidend lager dan voor de bestuursraden.
In juni 2017 is het monitoringrapport verschenen van de Belgische Commissie Corporate Governance.[153] In dit rapport van een onderzoek naar de naleving van de Belgische Corporate Governance Code wordt ook de samenstelling van de raden van bestuur belicht, in welk kader de genderdiversiteit is meegenomen. Onderzocht zijn de Belgische vennootschappen met een notering aan Euronext Brussel. Als peildatum voor de samenstelling van de raden van bestuur is uitgegaan van 31 december 2015. Op dat moment werden 166 van de 758 bestuurszetels bij de in het onderzoek betrokken vennootschappen bezet door vrouwen (22%). In 2008 was dat volgens het monitoring-rapport nog maar 7,5%. In het rapport wordt er echter op gewezen dat de percentages van vennootschap tot vennootschap sterk verschillen. Zo waren er op de peildatum nog steeds zeven vennootschappen die geen enkele vrouw in hun raad van bestuur hadden opgenomen. Er zijn acht vennootschappen die niet voldoen aan het quotum van een derde vrouwen en tegelijkertijd niet voldoen aan de sinds 2012 geldende wettelijke verplichting om een overzicht te geven van de ondernomen inspanningen om er voor te zorgen dat ten minste één derde van de leden van de raad van bestuur van een ander geslacht is dan de overige leden. Na het vergaderseizoen 2016 is het percentage vrouwen in de raden van bestuur overigens verder gestegen naar 25%. Dit brengt de rapporteurs tot de volgende constatering: "Alhoewel niet iedereen het principe van quota ondersteunt, merken we dat de invoering van de quota wetgeving wel degelijk een effect heeft gehad".[154]

5.2.2 Duitsland

In Duitsland is op 1 mei 2015 een wet in werking getreden die tot doel heeft de vertegenwoordiging van vrouwen in topfuncties te bevorderen: het 'Gesetz über die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst' (hierna: FüPoG).[155] De Duitse wetgever heeft gekozen voor een tweesporenbeleid. Voor grote[156] beursgenoteerde[157] ondernemingen geldt met ingang van 1 januari 2016[158] een bindend quotum van ten minste 30% vrouwen (c.q. mannen) voor de Aufsichtsrat[159] (hierna: de quotaregeling). Dit quotum is geregeld in § 96 II Aktiengesetz (hierna: AktG). Hiernaast geldt sinds 30 september 2015 voor een veel grotere groep ondernemingen (waaronder ook niet beursgenoteerde) een flexibel

[153] Guberna - VBO, Onderzoeksrapport naleving Belgische Corporate Governance Code - Bij de BEL 20, de BEL Mid en de BEL Small ondernemingen Jaarverslagen 2016, www.commissiecorporategovernance.be/nl, geraadpleegd op 7 juli 2017.
[154] Onderzoeksrapport naleving Belgische Corporate Governance Code, p. 19.
[155] *BGBl.* I 2015, nr. 17, 30 april, p. 642.
[156] Zie par. 5.2.2.1 voor de definitie van 'groot'.
[157] Voor de toepassing van de quotaregeling wordt onder 'börsennotiert' verstaan: genoteerd aan een gereglementeerde markt.
[158] Het bindende quotum geldt met betrekking tot de per 1 januari 2016 te bezetten posten.
[159] Dit is het toezichthoudend orgaan bij een Duitse Aktiengesellschaft (AG), vergelijkbaar met de raad van commissarissen bij een Nederlandse NV.

streefcijfer, dat niet alleen betrekking heeft op het toezichthoudende orgaan, maar ook op het bestuur en de hoogste managementlagen (hierna de streefcijferregeling).[160] Deze regeling is opgenomen in § 76 IV en 111 V AktG. De FüPoG is tot stand gekomen onder gezamenlijke verantwoordelijkheid van de Duitse ministeries van justitie en familiezaken. Het wetgevingsproces heeft ongeveer twee jaar in beslag genomen.[161] Er was behoorlijk wat weerstand vanuit het Duitse bedrijfsleven, vooral tegen de zogenoemde 'harte Quote'.[162] De Duitse regering heeft wettelijk ingrijpen echter onvermijdelijk geacht. In het Duitse parlement werd de wet namens de regering als volgt verdedigd: "Freiwillige Maβnahmen der Unternehmen haben nichts gebracht. Der Deutsche Corporate Governance Kodex mahnt schon seit fünf Jahren zu mehr Vielfalt bei der Besetzung von Aufsichtsräten und Vorständen. Genützt hat das nichts."[163]
De Duitse quotaregeling is streng door het ontbreken van een openingsclausule voor het geval dat de onderneming geen vrouwelijke kandidate kan vinden die past binnen het voor de specifieke vacante functie opgestelde profiel. Evenmin wordt de eis gesteld dat de vrouw aan wie de voorkeur wordt gegeven boven een man in gelijke mate geschikt moet zijn voor de functie.[164] In verschillende publicaties verschenen vóór en ná inwerkingtreding van de wet wordt gewezen op het risico dat toepassing van de quotaregeling strijd kan opleveren met de Duitse grondwet en de Europese gelijke behandelingsregels.[165] Het hoofd van de wetgevingsafdeling voor vennootschapsrecht van het Duitse ministerie van justitie, Ulrich Seibert, vindt de kritiek op het ontbreken van een openingsclausule moeilijk te begrijpen. De vrees dat geen geschikte vrouw kan worden gevonden acht hij ver gezocht, omdat over een periode van enkele jaren slechts

[160] De Wet houdt verder nieuwe regels in voor overheidsinstellingen. Zo geldt vanaf 2016 voor toezichtsorganen bij overheidsinstellingen waarvan de federale overheid ten minste drie leden benoemt een bindend quotum van ten minste 30%. Vanaf 2018 is het doel om dit te verhogen naar 50%. Op deze regels wordt verder niet ingegaan.
[161] Raphael Koch, 'Board Gender Quotas in Germany and the EU: an Appropriate way of Equalising the participation of Women and Men?', *Deakin Law Review* 2015, p. 58-59.
[162] Zie bijvoorbeeld: http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-11-26/germany-backs-legal-quotas-for-women-on-company-boards geraadpleegd op 7 juli 2017. Uit dit bericht blijkt dat BMW zich verzette tegen de quotumregeling.
[163] Toespraak Christian Lange (staatssecretaris), 30 januari 2015, volledige tekst beschikbaar op https://www.bmjv.de, laatst geraadpleegd op 9 juli 2017.
[164] Dit heeft in de Duitse literatuur geleid tot de vraag in hoeverre de regeling zich verdraagt met art. 3 van de Duitse grondwet en met de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot voorkeursbeleid. Zie Tim Drygala, "Harte Quote, weiche Quote und die Organpflichten von Vorstand und Aufsichtsrat", *NZG*, p. 1130 e.v.. De gelijke geschiktheidseis geldt overigens wel bij toepassing van de op 1 mei 2015 van kracht geworden quotumregeling die geldt voor overheidsinstellingen. Zie het informatiedocument *Fragen und Antworten zu dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*, 2 juli 2015, beschikbaar op www.bmjv.de, geraadpleegd op 11 juli 2017.
[165] Zie bijvoorbeeld: Bernd Waas, 'Gender Quota in Company Boards: Germany', in: Marc de Vos and Philippe Culliford (eds.), *Gender Quotas for Company Boards*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, 2014, p. 141-146; Raphael Koch, *a.w.,* p. 65-69; Drygala, *a.w.,* par. 1, Hanna Olbricht en Christopher Krois, "Das Verhältnis von "Frauenquote" und AGG", *NZA* 2015, p. 1288 e.v..

120-160 vrouwen nodig zouden zijn om de quota in de grote beursvennootschappen te vullen.[166]

Op grond van art. 23 lid 1 FüPoG verschaft de Duitse regering jaarlijks via een monitoring-rapport transparantie over de werking van de wet. Het eerste rapport is op 9 maart 2017 gepubliceerd.[167] De wet zal drie jaar na inwerkingtreding worden geëvalueerd.

5.2.2.1 Reikwijdte

De quotaregeling en de streefcijferregeling kennen ieder een eigen reikwijdte. Die reikwijdte is voor de quotaregeling vrij beperkt. Zij geldt namelijk alleen voor Duitse beursvennootschappen waarop het zogenoemde 'paritätische' medezeggenschapsregime van toepassing is.[168] Dat waren er ten tijde van de inwerkingtreding van de wet slechts 110.[169] Bovendien heeft de quotaregeling alleen betrekking op de bezetting van de Aufsichtsräte[170], de toezichthoudende organen van deze vennootschappen.[171] Zij ziet niet op de bezetting van de Vorstand, het bestuur.
De streefcijferregeling geldt voor alle private ondernemingen die ofwel beursgenoteerd zijn ofwel onderworpen zijn aan een medezeggenschapsregeling die werknemers recht geeft op vertegenwoordiging in de Aufsichtsrat.[172] Behalve een AG, SE en KGaA kunnen hieronder vallen een GmbH[173], eG[174] en een VVaG[175]. In totaal raakt deze regeling ongeveer 3500 ondernemingen. Voor deze ondernemingen geldt dat de Aufsichtsrat een streefcijfer moet vastleggen ter verhoging van het vrouwenaandeel in niet alleen de Aufsichtsrat[176] maar ook het bestuur. Verder geldt voor het bestuur van de onder de regeling vallende ondernemingen de verplichting om een streefcijfer vast te stellen voor de twee managementlagen direct onder het bestuur, waarbij aan ondernemingen de nodige vrijheid toekomt bij het vaststellen van de relevante managementlagen.

---

[166] Seibert, *a.w.,* par. VII.
[167] *Erste jährliche Information der Bundesregierung über die Entwicklung des Frauen- und Männeranteils an Führungsebenen und in Gremien der Privatwirtschaft und des öffentlichen Dienstes*, BT-Drs. 18/11500 van 9 maart 2017 (hierna: monitoring-rapport 2017).
[168] Dit zijn ondernemingen waarbij de werknemers het recht hebben om de helft van de leden van de Aufsichtsrat te kiezen. Het gaat hierbij om grote ondernemingen met afhankelijk van de sector meer dan 1000 resp. 2000 werknemers. Het merendeel daarvan heeft de rechtsvorm van een AG. Het kan echter ook gaan om Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) en SE's.
[169] Tim Drygala, *a.w.,* p. 1131.
[170] Duitse AG's beschikken dwingendrechtelijk over een Aufsichtsrat. De zogenoemde one-tier board is voor de AG niet toegestaan.
[171] Kennelijk is het niet opportuun geacht een bindend quotum in te zetten om de ondervertegenwoordiging van vrouwen in besturen van grote Duitse vennootschappen aan te pakken.
[172] Hierbij gaat het dan niet alleen om de 'paritätische Mitbestimmung', maar ook om de 'Drittelmitbestimmung', waarbij de werknemersgeleding een derde van de Aufsichtsrat beslaat. Deze geldt in de regel voor ondernemingen met meer dan 500 werknemers.
[173] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, te vergelijken met de BV.
[174] Eingetragene Genossenschaft, te vergelijken met de coöperatie.
[175] Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, te vergelijken met de onderlinge waarborgmaatschappij.
[176] De verplichting om een streefcijfer voor de Aufsichtsrat vast te stellen geldt niet voor ondernemingen waarvoor reeds het hiervoor besproken bindende quotum geldt.

5.2.2.2 Quota, streefcijfer en toepassing

Bij de toepassing van de quota op 'paritätisch mitbestimmte' Aufsichtsräte moet in aanmerking worden genomen dat deze bestaan uit een werknemers- en een aandeelhoudersgeleding, die elk de helft van het totale aantal leden van de Aufsichtsrat vormen. Een deel van de leden van de werknemersgeleding wordt gekozen door werknemers, een deel bestaat uit vakbondsafgevaardigden. De leden van de aandeelhoudersgeleding worden gekozen door de algemene vergadering. Het quotum geldt in beginsel voor de Aufsichtsrat als geheel. Is dit het geval dan kan bijvoorbeeld aan het quotum worden voldaan door 'oververtegenwoordiging' van vrouwen in de werknemersgeleding, terwijl vrouwen ondervertegenwoordigd blijven binnen de aandeelhoudersgeleding. Dit is anders indien bij meerderheidsbesluit van één van de geledingen wordt besloten om het quotum per geleding toe te passen. In dat geval kan ondervertegenwoordiging in één geleding niet worden gecompenseerd door oververtegenwoordiging in een andere geleding.

Bij toepassing van de quotaregeling geldt op grond van § 96 II 4 AktG de gebruikelijke afrondingsregel (2,5 = 3; 2,4 = 2), zodat voldoening aan de regeling nog niet betekent dat de nagestreefde 30% daadwerkelijk wordt bereikt. Zo voldoet een Aufsichtsrat van een AG met zestien leden waaronder vier vrouwen aan de regeling indien gekozen is voor toepassing van het quotum per geleding en elke geleding twee vrouwelijke leden heeft (1/3 x 8 = 2,4, wat naar beneden wordt afgerond).

De toepassing van de streefcijferregeling in de Duitse wet pakt vanwege het flexibele karakter van de streefcijfers heel anders uit dan die van de quota. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling van de Duitse wetgever dat de verplichting voor de vennootschap tot het zichzelf stellen van doelen betekent dat die doelen door de vennootschap ook *per se* gehaald moeten worden.[177] Wel geldt het zogenoemde 'Verslechterungsverbot': zolang een percentage van 30% vrouwen nog niet is bereikt binnen Aufsichtsrat, bestuur of hogere managementlaag mag het streefcijfer niet op een lager percentage worden bepaald dan de status quo. Maar verder geldt er geen minimumstreefcijfer.

Oorspronkelijk was in het wetsvoorstel opgenomen dat gestreefd moest worden naar ten minste één vrouw (en één man) in Aufsichtsrat, bestuur en hogere managementlagen. Omdat ongeveer 60% van de 3500 onder de streefcijferregeling vallende ondernemingen een driehoofdige Aufsichtsrat heeft zou dit voor deze vennootschappen de oplegging van een streefcijfer van één derde hebben betekend.[178] Ook zijn er onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen met een tweehoofdig of zelfs een eenhoofdig bestuur: voor hen zou *verplicht* een streefcijfer van 50% of zelfs 100% in de Vorstand gaan gelden. Omdat deze consequentie onaanvaardbaar was voor het bedrijfsleven is de 'ten minste één vrouw'-regel geschrapt.[179] Een onderneming zonder vrouwen in haar driehoofdige bestuur zou het streefcijfer dus in theorie kunnen

[177] Ulricht Seibert, 'Frauenförderung durch Gesellschaftsrecht - Die Entstehung des Frauenförderungsgesetzes', *NZG* 2016, par. II.3.
[178] Raphael Koch, *a.w.*, p. 61.
[179] Seibert, *a.w.*, par. VI.

bepalen op 10, 20 of 30%, waarbij men zich dan echter kan afvragen of dat wel serieus te nemen streefcijfers zijn indien het bestuur uit drie personen bestaat.
Zodra de 30% is bereikt is het ondernemingen toegestaan om een streefcijfer beneden de 30% vast te stellen. Dit komt merkwaardig over, maar is begrijpelijk tegen de achtergrond dat de Duitse wetgever vindt dat ondernemingen binnen de streefcijferregeling de nodige flexibiliteit gegund moet worden om een optimale man-vrouw-verhouding in de top te bereiken. De geboden flexibiliteit moet voorkomen dat ondernemingen te weinig ambitieuze streefcijfers vaststellen. Seibert merkt over deze compromis-oplossing op:

> "Diese am Ende Gesetz gewordene Fassung ist zwar regelungtechnisch nicht schön, aber von der Anreizwirkung her vernünftig."[180]

Behalve streefcijfers moeten ook perioden waarbinnen de onderneming beoogt deze te bereiken worden vastgelegd. Die perioden mogen niet langer zijn dan vijf jaar. De eerste streefcijfers moesten uiterlijk 30 september 2015 zijn vastgesteld. Hiervoor geldt een wettelijke streefdatum van 30 juni 2017, wat betekent dat ondernemingen vanaf de inwerkingtreding van de wet minder dan twee jaar hebben gekregen om hun eerste streefcijfers te bereiken.

5.2.2.3 Handhaving

Het door de Duitse wetgever gevoerde tweesporenbeleid vertaalt zich in verschillende wijzen van handhaving. De handhaving is voor de quotaregeling veel steviger aangezet dan voor de streefcijferregeling, hetgeen de weerstand verklaart die met name de quotaregeling in de media en in de literatuur heeft ondervonden. Een 'benoeming'[181] in strijd met de quotaregeling is volgens § 96 II 6 AktG nietig. De plaats die had moeten toekomen aan een persoon van het ondervertegenwoordigde geslacht blijft onbezet ('leerer Stuhl').[182] De benoeming van een lid in strijd met de quotaregeling is *van meet af aan* nietig, onafhankelijk van de instelling van een vordering tot vaststelling van de nietigheid in rechte of vaststelling van de nietigheid op een andere wijze conform § 250 III 3 AktG.[183] Een nietige benoeming hoeft geen consequenties te hebben voor de geldigheid van de besluitvorming in de Aufsichtsrat. Alleen als de stem van het ongeldig benoemde lid van de Aufsichtsrat doorslaggevend was kleeft er een gebrek aan het besluit.[184]

---

[180] Seibert, *a.w.*, par. VI.
[181] De bemensing van de Aufsichtsräte van grote beursvennootschappen verloopt op grond van het Duitse medezeggenschapsrecht via een tamelijk ingewikkeld proces, waaraan verkiezingen te pas komen. De leden van de aandeelhoudersgeleding worden gekozen door de algemene vergadering. Een deel van de leden van de werknemersgeleding wordt gekozen, een ander deel bestaat uit door de vakbond afgevaardigde leden. Strikt genomen is de term benoeming hier dus niet juist, er is sprake van verkiezing ('Wahl') of van afvaardiging ('Entsendung'). Voor het gemak wordt hier de term benoeming gehanteerd.
[182] Reg-E BT-Drs. 18/3784, p. 44.
[183] Reg-E BT-Drs. 18/3784, p. 121.
[184] Reg-E BT-Drs. 18/3784, p. 122. In de memorie van toelichting wordt niet ingegaan op de vraag in hoeverre dit gebrek kan worden tegengeworpen aan derden te goeder trouw. Zie in dit verband de bespreking van

Ter illustratie van de werking van de nietigheidssanctie volgt een simpel voorbeeld.[185] De werknemersgeleding en de aandeelhoudersgeleding van een Aufsichtsrat bestaan elk uit tien personen. Bij de werknemersgeleding zijn dat drie vrouwen en zeven mannen, de aandeelhoudersgeleding bestaat uit tien mannen. Drie daarvan treden af en in hun plaats worden drie nieuwe leden gekozen, waarvan twee mannen en één vrouw. Dat hadden drie vrouwen moeten zijn (om het quotum van 30% voor de gehele Aufsichtsrat te bereiken), wat betekent dat twee plekken leeg blijven.

Terwijl de quotaregeling is voorzien van een straffe sanctie voorziet de FüPoG niet in een specifieke sanctie op niet-naleving van de streefcijferregeling. Scherpe wettelijke sancties (en een verbod tot het later naar beneden bijstellen van het streefcijfer) zouden contraproductief werken. Zij zouden verkeerde prikkels geven aan ondernemingen, namelijk om te voorzichtige en weinig ambitieuze doelen te stellen.[186] De Duitse wetgever verwacht op dit vlak veel van de publieke opinie, die kan aandringen op ambitieuze streefcijfers en streefdata: "Die Öffentlichkeit is das schärfste Schwert der Kontrolle, sie wird genau hinschauen, wie sich der Anteil der Frauen in Führungsebenen der Unternehmen entwickelt!".[187] Hiertoe eist § 289f II HGB dat ondernemingen die onder de streefcijferregeling vallen jaarlijks in de corporate governance verklaring in het bestuursverslag hun streefcijfers en streefdata publiceren. Zij moeten voorts na het verstrijken van een streefdatum rapporteren over het dan niet bereiken daarvan en in het geval de streefcijfers niet zijn bereikt de redenen daarvoor uiteenzetten. Overtreding van de rapportageverplichting kan voor de betrokken bestuurders en leden van de Aufsichtsrat leiden tot oplegging van een geldboete van maximaal EUR 50.000 (§ 334 I 3 HGB).

5.2.2.4 Effectiviteit

Eind 2014 bedroeg het percentage vrouwen in de toezichthoudende organen van de 200 grootste Duitse ondernemingen 18,4% en in de besturen slechts 5,4%.[188] Uit onderzoek van het Amerikaanse tijdschrift Fortune blijkt dat begin 2015 een groot aantal prominente Duitse ondernemingen niet voldeed aan het in te voeren 30%-quotum.[189] Tot die

---

de nietigheidssanctie in de Belgische en Franse quotaregelingen, die uitdrukkelijk bepalen dat op de nietigheid van de benoeming geen consequenties heeft voor de besluitvorming.

[185] Zie voor dit voorbeeld en andere voorbeelden het informatiedocument *Fragen und Antworten zu dem Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*, 2 juli 2015, beschikbaar op www.bmjv.de, geraadpleegd op 7 juli 2017.

[186] Zie het informatiedocument genoemd in noot 50.

[187] Toespraak Christian Lange (staatssecretaris), 30 januari 2015, volledige tekst beschikbaar op www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2015/01302015_Rede_Lange_BT_Frauenquote.html, geraadpleegd op 7 juli 2017.

[188] Volgens de *Managerinnen-Barometer* van het Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung, zie www.diw.de, geraadpleegd op 15 juli 2017.

[189] "These corporate giants don't meet Germany's new gender quota", http://fortune.com/2015/03/12/gender-quota-boards-germany-multinationals/, geraadpleegd op 15 juli 2017.

ondernemingen behoorden autoproducenten als BMW en VW, maar ook Fresenius, een gigant in de gezondheidszorg, waar traditioneel veel vrouwen werken. Deze onderneming bleek geen enkel vrouwelijk Aufsichtsratslid te hebben.[190]
Na invoering van wettelijke quotaregeling is het percentage vrouwen in de Aufsichtsräte van de onder de regeling vallende vennootschappen gestegen. Dit blijkt uit de interactieve online-tool 'Frauen in Führungspositionen: Entwicklung seit 2015' die de bondsregering in mei 2017 heeft gelanceerd.[191] Deze laat zien dat het percentage vrouwen in de Aufsichtsräte van de onder de quotaregeling vallende vennootschappen tussen de twee meetmomenten (respectievelijk 14 mei 2015 en 31 maart 2017) met 6,3% is toegenomen tot 28,1%. De aan niet-naleving van de regeling verbonden sanctie lijkt effectief: uit het monitoring-rapport 2017 blijkt dat alle vennootschappen die onder de quotaregeling vallen de regeling hebben nageleefd bij de benoeming van nieuwe leden van de Aufsichtsrat in 2016. Er zijn geen zetels leeg gebleven.[192] De Duitse regering constateert dan ook in een persbericht: "Die Quote wirkt". Hierbij wordt echter wel de kanttekening geplaatst dat er nauwelijks beweging zit in het percentage vrouwen dat deel uitmaakt van de raden van bestuur. Dat percentage bedraagt slechts 6.1%.[193]
Er bestaat nog maar beperkt inzicht in de effectiviteit van de werking van de streefcijferregeling. Dit komt doordat op de voor het monitoring-rapport 2017 gehanteerde peildatum van 31 juli 2016 nog maar ongeveer 10% van de onder de streefcijferregeling vallende ondernemingen hun bestuursverslag had gepubliceerd. Het betreft 362 beursgenoteerde ondernemingen. De rest van de ondernemingen (waaronder de meeste onder de Mitbestimmung vallende GmbH's) had nog tot 31 december 2016 de tijd.
Ongeveer 70% van in het monitoring-onderzoek betrokken beursvennootschappen heeft streefcijfers vastgesteld. Van de ondernemingen die niet onder de quotaregeling vallen heeft 73,9% al in het eerste jaar streefcijfers vastgesteld voor de Aufsichtsrat. Daarbij is maar weinig in strijd gehandeld met het 'Verslechterungsverbot': slechts 4,85% van de ondernemingen heeft voor de Aufsichtsrat een streefcijfer lager dan de status quo vastgesteld. 23,2% van de niet onder de quotaregeling vallende ondernemingen heeft gekozen voor een streefcijfer van 30% vrouwen in de Aufsichtsrat. Het merendeel heeft ook streefcijfers vastgesteld voor de twee managementlagen onder het bestuur. Veel minder rooskleurig is het beeld ten aanzien van de raden van bestuur. Ondanks het hiervoor reeds vermelde lage percentage vrouwen in de raden van bestuur heeft slechts 24% van de vennootschappen een streefcijfer van meer dan 0% vastgesteld voor de raden van bestuur. Hierbij wordt de kanttekening geplaatst dat een aantal vennootschappen

[190] Uit de Women on board-index 100 van FidAR (Frauen in die Aufsichtsräte, www.fidar.de, geraadpleegd op 10 juli 2017) blijkt dat Fresenius op 1 maart 2017 voldeed aan het quotum van een derde vrouwen.
[191] www.bmfsfj.de/quote/, geraadpleegd op 10 juli 2017. De cijfers in deze online tool zijn mede gebaseerd op de door FidAR (zie vorige noot) verzamelde gegevens.
[192] Monitoring rapport 2017, BT-Drs. 18/11500 van 9 maart 2017.
[193] Persbericht Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz, 26 juni 2017, https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/-die-quote-wirkt-/117034, geraadpleegd op 10 juli 2017.

met 0% vrouwen voor het aflopen van de eerste streefcijfer-termijn op 30 juni 2017 geen nieuwe benoeming in het verschiet hebben liggen en daarom geen streefcijfer van hoger dan 0% kunnen bereiken. In het rapport wordt opgemerkt dat betekenisvolle cijfers met betrekking tot de bereikte streefcijfers in de raden van bestuur pas in 2017 respectievelijk 2018 beschikbaar zullen zijn, wanneer de tweede streefcijfer-termijn voor de ondernemingen is ingegaan en zij voor langere termijnen (van maximaal vijf jaar) streefcijfers kunnen vaststellen.[194]

5.2.3 Frankrijk

In Frankrijk zijn in 2011 wettelijke quota ingevoerd om een evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen in de top van private bedrijven te bereiken.[195] Het betreft absolute quota in die zin dat de wet geen openingsclausule bevat en evenmin inhoudt dat een kandidaat die wordt benoemd met het oog op het behalen van het quotum even geschikt moet zijn als een gepasseerde kandidaat van het andere geslacht. Aan de Franse quotawet is een langdurig debat in het parlement voorafgegaan. Al in 2006 is een poging ondernomen om wettelijke quota in te voeren. Deze poging stuitte af op constitutionele bezwaren. De Franse Grondwet stond een voorkeursbeleid door middel van quota bij benoemingen in de top van bedrijven niet toe. Er is een wijziging van de Franse Grondwet in 2008 voor nodig geweest om Wet n° 2011-103 in het parlement aangenomen te kunnen krijgen.[196] Sindsdien luidt de tweede volzin van art. 1 van de Franse Grondwet: "La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, *ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales*."[197]

Nog maar een jaar voor invoering van Wet n° 2011-103, in april 2010, waren voor beursvennootschappen de volgende bepalingen met betrekking tot genderdiversiteit in hoofdstuk 6 van de Franse Corporate Governance Code opgenomen:

Best practice bepaling 6.3: "Each Board should consider what would be the desirable balance within its membership and within that of the committees of Board members which it has established, in particular as regards the representation of men and women, nationalities and the diversity of skills, and take appropriate action to assure the shareholders and the market that its duties will be performed with the necessary

[194] Monitoring-rapport 2017, p. 8.
[195] Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 relative a la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et a l'égalité professionnelle, www.legifrance.gouv.fr (hierna: Wet n° 2011-103). De wet wordt ook wel Loi Copé-Zimmermann genoemd, naar Jean-François Copé en Marie-Jo Zimmermann, de twee initiatiefnemers van de wet. In 2012 zijn bij de Loi n° 2012-347 (Loi Sauvadet) ook quota ingevoerd voor publieke bedrijven. Deze worden hier buiten beschouwing gelaten.
[196] Brigitte Grésy, 'France: The Measures of Positive Discrimination Within the Boards of Directors of Undertakings', in: Marc de Vos and Philippe Culliford (eds.), *Gender Quotas for Company Boards*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, 2014, p. 126; Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, 'La représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance en France et en Allemagne', *Revue des sociétés* 2011, p. 203 e.v.
[197] De gecursiveerde woorden zijn in 2008 toegevoegd.

independence and objectivity. It should publish in the reference document the objectives, methods and results of its policy in these matters."

Best practice bepaling 6.4: " With regard to the representation of men and women, the objective is that each Board shall reach and maintain a percentage of at least 20% of women within a period of three years and at least 40% of women within a period of six years from the shareholders' meeting of 2010 or from the date of the listing of the company's shares on a regulated market, whichever is later. Directors who are permanent representatives of legal entities and directors representing employee shareholders are taken into account in order to determine these percentages, but this is not the case with directors representing employees.
When the Board comprises fewer than nine members, the difference at the end of six years between the number of directors of each gender may not be in excess of two."

Beide bepalingen hebben nog tot 2015 deel uitgemaakt van de Code, maar in 2016 is de streefcijfer-aanbeveling (best practice bepaling 6.4) geschrapt.[198] Als reden voor de schrapping wordt aangevoerd dat de wetgever inmiddels heeft ingegrepen en dat het doel van een corporate governance code niet is om de wet te herhalen "fût-ce dans l'hypothèse - heureuse - où il l'a largement précédée et inspirée, jouant ainsi tout son rôle dans l'amélioration des pratiques de place"[199]. Uit dit citaat moet niet worden afgeleid dat het vooral de Code is geweest die tot inspiratie voor de wetgever heeft gediend: de initiatiefnemers van Wet n° 2011-103, Zimmermann en Copé, waren al sinds 2009 met hun wetsvoorstel bezig.[200] De makers van de Code hebben best practice bepalingen 6.3 en 6.4 opgenomen omdat zij zelfregulering prefereerden boven een ingreep door de wetgever.[201] Deze strategie heeft niet gewerkt omdat een groot deel van de Franse parlementsleden van mening was dat de na te streven doelen niet via zelfregulering zouden kunnen worden bereikt.[202] Het streefcijfer van 40% uit best practice bepaling 6.4 van de Code is daarom omgezet in een wettelijk quotum en voorzien van een harde sanctie in plaats van het voor codebepalingen gelden 'pas-toe-of-leg-uit' beginsel (zie par. 5.2.3.2). De geleidelijke invoering van het quotum is overgenomen uit de Code: beursvennootschappen hebben vanaf de inwerkingtreding van de wet zes jaar de tijd gekregen om via een tussenstap van 20% (in 2014) uiteindelijk in 2017 aan het quotum van 40% te voldoen. Het doel van deze transitieperiode is om te voorkomen dat het functioneren van de raden van bestuur en toezicht wordt verstoord door een verlies aan

[198] Zie voor de teksten van de beide codes: www.afep.com/contenu/focus/code-de-gouvernement-d-entreprise-des-societes-cotees, geraadpleegd op 10 juli 2017.
[199] Bertrand Fages, *Synthèse des réponses à la consultation publique du 24 mai 2016 relative à la révision du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, p. 8, www.afep.com/contenu/focus/code-de-gouvernement-d-entreprise-des-societes-cotees, geraadpleegd op 10 juli 2017.
[200] Brigitte Grésy, *a.w.*, p. 126-127.
[201] Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.*
[202] Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.*

competenties ten gevolge van een te snelle vervanging van leden.[203] Ook overgenomen uit de Code is dat beursvennootschappen die op het moment van publicatie van de wet nog geen enkele vrouw in hun *conseil d'administration* of *conseil de surveillance* hebben op de eerstvolgende vergadering ten minste één vrouw moeten benoemen.
Of aan de quota is voldaan wordt vastgesteld op de eerstvolgende algemene vergadering na 1 januari 2017. Bepaalde niet aan de beurs genoteerde vennootschappen moeten ook aan de quota voldoen (zie par. 4.2.3.1). Zij hadden aanvankelijk op grond van de tekst van Wet n° 2011-103 iets langer de tijd gekregen om de 40% te halen, namelijk tot de eerste jaarvergadering in 2020. Door een wetswijziging in 2014 is dit veranderd: ook de niet genoteerde vennootschappen die onder de wet vallen moeten nu uiterlijk op de eerste algemene vergadering in 2017 aan de quota voldoen.[204]

5.2.3.1 Reikwijdte

De quota gelden op grond van Wet n° 2011-103 voor Franse vennootschappen met een notering aan een gereglementeerde markt en gelden op grond van Wet n° 2014-873 voor niet-genoteerde vennootschappen die gedurende drie opeenvolgende jaren 250 of meer werknemers hebben en die een omzet of een balanstotaal hebben van EUR 50 miljoen of meer. Volgens monitoring-onderzoek verricht door de Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes (HCEfh) en de Conseil Supérieur de l'Égalité Professionelle (CSEP) vielen 520[205] beursvennootschappen en 397[206] niet-genoteerde vennootschappen onder de regeling, in totaal dus nog geen 1000 vennootschappen. In een publicatie uit 2011 worden cijfers genoemd variërend van 1400 tot 2000.[207] De onduidelijkheid heeft te maken met het feit dat er (nog) weinig zicht is op welke niet-genoteerde vennootschappen drie jaar achtereen aan de grootte-criteria voldoen. Bovendien gold oorspronkelijk, op grond van Wet n° 2011-103, een drempel van 500 werknemers, die bij Wet n° 2014-873 is verlaagd naar 250 werknemers. Dit maakt de vaststelling welke vennootschappen nu precies onder de wet vallen er niet duidelijker op.
Op grond van Wet n° 2011-103 hoefde pas vanaf 1 januari 2017 te worden gekeken of een vennootschap aan de grootte-criteria voldeed. Het eerste meetmoment is in 2014 gewijzigd naar 1 januari 2014. Hierdoor is de datum waarop niet-genoteerde vennootschappen met 500 werknemers en een omzet of balanstotaal van EUR 50 miljoen aan de quota moeten voldoen gelijkgeschakeld met de datum die geldt voor beursvennootschappen. Of dit gelukkig is kan worden betwijfeld omdat het niet goed gesteld is met de naleving van de quota bij niet genoteerde vennootschappen (zie par.

[203] Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.*
[204] Art. 67 I Loi n° 2014-873 van 4 augustus 2014 (hierna: Wet n° 2014-873).
[205] HCEfh/CSEP, *Towards equal access of women and men to positions of professional responsibility: proportion of women on boards - mid-term report assessing the implementation of the Acts of 27 January 2011 and 12 March 2012*, 2016, p. 3, www.haut-conseil-egalite.gouv.fr, geraadpleegd op 10 juli 2017. Dit cijfer is gebaseerd op het MIDDLENEXT 2014 rapport, te vinden op http://www.middlenext.com, geraadpleegd op 15 juli 2017.
[206] Zie vorige noot. Dit cijfer is gebaseerd op gegevens van INSEE (Institut national de la statistique et des études économiques).
[207] Zie bv. Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.*

5.2.3.4). Niet-genoteerde vennootschappen die voldoen aan de in 2014 naar beneden bijgestelde criteria moeten niet in 2017, maar in 2020 voldoen aan de quota. Ook bij deze uitbreiding van de werkingssfeer van de quotaregeling kan een vraagteken worden gezet, gelet op de slechte naleving van de quota bij niet-genoteerde vennootschappen en het gebrek aan controle op de naleving.
De rechtsvormen die onder de wet vallen zijn de *société anonyme*[208] (hierna SA) en de *société en commandite par actions*[209] (hierna: SCA), mits zij aan de hiervoor genoemde criteria voldoen. Een SA kan zowel een monistisch als een dualistisch bestuursmodel hebben. In het eerste - in Frankrijk klassieke - geval heeft de vennootschap alleen een *conseil d'administration* van minimaal drie en maximaal achttien personen.[210] Een dualistisch bestuur van een SA bestaat uit een *directoire* (raad van bestuur) van maximaal vijf personen[211] en een *conseil de surveillance* (toezichthoudend orgaan) van minimaal drie en maximaal achttien personen.[212] Een SCA heeft een of meer *gérants* (bestuurders) en een *conseil de surveillance*, bestaande uit minimaal drie en maximaal achttien personen. De quota van Wet n° 2011-103 zien alleen op de *conseil d'administration* en de *conseil de surveillance* bij SA en SCA.[213] Nu de reikwijdte van de wet qua rechtsvormen beperkt is, is al opgemerkt dat de werking van de wet kan worden ontgaan door omzetting in een niet onder de wet vallende rechtsvorm, zoals bijvoorbeeld de *société par actions simplifiée* (SAS): "En conclusion, cette accélération de la féminisation des conseils d'administration pourra être facilement évitée par les sociétés anonymes restantes, qui n'auront qu'à modifier leur forme sociale, si elles ne l'ont pas déjà fait".[214]

Is een of meer leden van een *conseil d'administration* of een *conseil de surveillance* een rechtspersoon, dan wordt voor de toepassing van de quotaregeling - net als in België - door deze rechtspersoon heen gekeken naar de natuurlijke persoon die is aangewezen als permanent vertegenwoordiger.[215]

5.2.3.2 Quota en toepassing

Voor beursvennootschappen geldt een quotum van 40% dat in 2017 moet worden behaald na een tussenstap van 20% in 2014. Voor niet-genoteerde vennootschappen die voldoen aan de in par. 4.2.3.1 besproken criteria geldt alleen het quotum van 40%, dat afhankelijk van het aantal werknemers (500 respectievelijk 250) moet worden behaald in 2017 respectievelijk 2020. Het quotum is op 40% gesteld omdat dit een zekere flexibiliteit toelaat maar tegelijkertijd voldoende significant is om een effect te hebben op de

[208] Vergelijkbaar met de Nederlandse NV.
[209] De commanditaire vennootschap op aandelen, die geen Nederlands equivalent kent.
[210] L. 225-17 Code de Commerce.
[211] L. 225-58 Code de Commerce.
[212] L. 225-69 Code de Commerce.
[213] Zie L. 225-18-1, L.225-69-1 en L.226-4-1 Code de Commerce.
[214] Bruno Dondero, 'Égalité des sexes dans les conseils d'administration', 5 augustus 2014, www.brunodondero.com, geraadpleegd op 10 juli 2017.
[215] L. 225-20 en L. 225-76 Code de Commerce.

beraadslagingen in de raden van bestuur en toezicht.[216] De wet bevat geen afrondingsregel. Indien de gebruikelijke afrondingsregel naar het naastgelegen getal zou gelden zou een bestuurs- of toezichtsorgaan bestaand uit acht personen ten minste drie vrouwelijke leden moeten hebben (40% x 8 = 3,2). Betwijfeld kan worden of deze afrondingsregel geldt, nu de wet expliciet voor organen van acht of minder leden voorziet in een afzwakking van het 40%-quotum. Voor deze kleinere organen geldt dat het verschil tussen het aantal mannen en vrouwen niet groter mag zijn dan twee. Deze uitzondering komt er - net als bij toepassing van de gebruikelijke afrondingsregel - op neer dat een bestuur van acht personen ten minste drie leden van het vrouwelijk (dan wel mannelijk) geslacht moet hebben. Omdat de 'niet meer dan twee verschil'-regel geldt als *uitzondering* op het 40% -quotum is het waarschijnlijk de bedoeling van de wetgever dat wanneer toepassing van het quotum tot een gebroken getal leidt, dit alleen naar boven mag worden afgerond. De uitzonderingsregel is in de praktijk overigens van groot belang: uit het monitoring-onderzoek verricht door HCefh/CSEP in 2016 blijkt dat dat 50% van de 353 onderzochte beursvennootschappen een *conseil d'administration* of *conseil de surveillance* van acht of minder leden had. Onder niet-genoteerde vennootschappen zou dat percentage nog wel eens hoger kunnen liggen.

5.2.3.3 Handhaving

Wet n° 2011-103 voorziet in twee 'harde' sancties op het niet bereiken van de quota. De eerste sanctie is dat iedere benoeming in strijd met de quotaregeling van rechtswege nietig is.[217] Volgens de wet heeft de nietigheid geen gevolgen voor de besluitvorming waaraan ongeldig benoemde bestuurders hebben deelgenomen. Verder geldt op grond van art. L.235-12 Code Commerce dat de nietigheid niet kan worden tegengeworpen aan derden te goeder trouw.[218]

De nietigheidssanctie geeft volgens het in 2016 verrichte monitoringonderzoek van HCefh/CSEP aanleiding tot de volgende vragen:

- welke benoeming is ongeldig wanneer verschillende personen tegelijk worden benoemd?
- wat gebeurt er wanneer het quorum dat nodig is voor een besluit achteraf niet is gehaald omdat personen die deelnamen aan de besluitvorming niet geldig zijn benoemd?

---

[216] Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.*

[217] L. 225-18-1 (voor de *conseil d'administration* van een *société anonyme*) en L. 225-69-1 (voor de *conseil de surveillance* van een *société anonyme*) en L. 226-4-1 (voor de *conseil de surveillance* van een *société en commandite par actions*) van de Code de Commerce. Zie art. L. 225-20 en L. 225-70 voor het geval dat een rechtspersoon tot lid van de *conseil d'administration* c.q. de *conseil de surveillance* is benoemd. In dat geval treft de nietigheid de benoeming van een permanent vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder die het 'verkeerde' geslacht heeft.

[218] Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.,* die opmerken dat de nietigheidssanctie dus geen ander effect heeft dan dat zij dwingt om naar vrouwen te zoeken en dat zij reputatieschade oplevert voor de vennootschap omdat zij eventueel aan een 'sanctie van de markt' wordt onderworpen. Dit laatste geldt echter alleen voor beursvennootschappen.

-wie kan een beroep doen op de nietigheid van de benoeming als er geen externe aandeelhouders zijn?[219]
De tweede sanctie op overtreding van de quotaregeling heeft een financieel karakter. De Franse wetgever heeft afgezien van handhaving door middel van mogelijke beboeting van de vennootschap. Dit zou slechts tot gevolg hebben gehad dat vennootschappen de quotaregeling zouden kunnen 'afkopen' door de boete te betalen om niet aan de regeling te hoeven voldoen.[220] Daarom is gekozen voor een sanctie die de personen in de top van de bedrijven zelf treft. Zolang de *conseil d'administration* of de *conseil de surveillance* niet in overeenstemming met de quotaregeling is samengesteld worden de vergoedingen (zoals presentiegelden) voor alle leden van de raad opgeschort.[221] De vergoedingen worden met terugwerkende kracht uitbetaald zodra de vennootschap aan de quota voldoet. Bij deze sanctie rijst in de praktijk de vraag hoe zij moet worden toegepast bij middelgrote vennootschappen, waar geen presentiegelden worden betaald, maar waar de vergoedingen op een andere wijze worden vastgesteld.[222]

5.2.3.4 Effectiviteit

De effectiviteit van Wet n° 2011-103 moet voor elk van de twee verschillende groepen vennootschappen die onder de werking van de wet vallen, afzonderlijk worden beoordeeld. Uit de monitoring die in 2015 in opdracht van HCefh/CSEP is uitgevoerd (onder een steekproef van 353 van de in totaal 520 beursvennootschappen) volgt dat het percentage vrouwen in de *conseils* van *alle* beursvennootschappen gemiddeld 27,8% bedraagt.[223] Voor de CAC 40 vennootschappen en de SBF 120 vennootschappen bedroegen de percentages in 2009 respectievelijk 10,7% en 9,3%. Deze percentages zijn in zes jaar tijd verdrievoudigd tot 34,1% en 32%. Heel anders is het beeld bij de niet-genoteerde 'grote' vennootschappen. Hier zijn 297 van de in totaal 397 vennootschappen onderzocht, met als resultaat dat deze een percentage van 14,2% hebben behaald. Bij de in de monitoring gehanteerde cijfers moet worden opgemerkt dat deze uit verschillende bronnen bij elkaar zijn gesprokkeld en soms niet helemaal duidelijk is wanneer precies is gemeten. Zo is het cijfer van 14,2% gebaseerd op een meting over de jaren 2013/2014. Mogelijk lag dat percentage in 2015 dus hoger. Wat hiervan ook zij, duidelijk is dat de quotaregeling veel minder goed werkt bij de niet-genoteerde vennootschappen dan bij de genoteerde vennootschappen. Dit wordt erkend in het monitoring-rapport van HCefh/CSEP wanneer daarin de vraag wordt beantwoord of het doel van 40% nog steeds moeilijk bereikbaar is: "For the moment, judging by the exiting data and hearing's results, there is a risk that the goal of achieving 40% of women on boards in 2017 will only partially be achieved: large companies will very probably reach it for all the reasons we have

[219] HCefh/CSEP, *a.w.*, p. 7.
[220] Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, *a.w.*.
[221] Art. L. 225-45 en Art. L. 225-83 Code de Commerce.
[222] HCefh/CSEP, *a.w.*, p. 8. Aanbevolen wordt in dit monitoringrapport om data te verzamelen over de wijze van honorering bij de onder de regeling vallende bedrijven van de middencategorie om te kunnen vaststellen in hoeverre de financiële sanctie effectief is.
[223] HCefh/CSEP, *a.w.*, p. 3.

indicated. On the other hand, it will very probably not be achieved in all the medium-sized companies, so far as we can judge from the information obtainable in this "terra quasi incognita" of the medium-sized companies covered by the 2014 Act (which extended the provisions to companies with 250 or more employees)." Op 6 juli 2017 kopte Le Monde: "Un nombre non négligeable d'entreprises n'est pas en conformité avec les lois sur la parité de leur gouvernance".[224] Onder die kop wordt de vraag gesteld of de sancties in de wet wel voldoende afschrikwekkend zijn. Geopperd wordt om te gaan werken met 'naming and shaming', een Angelsaksische techniek die in Frankrijk nog maar weinig wordt gehanteerd.
Behalve de matige naleving door niet genoteerde vennootschappen komt uit de monitoring naar voren dat nog maar weinig vrouwen prominente posities in de *conseils* bekleden. Gemeten over 171 vennootschappen met een *conseil de surveillance* hadden er veertien (8,2%) een vrouwelijke voorzitter van de *conseil de surveillance* en twaalf (7,0%) een vrouwelijke voorzitter van de *directoire*. Van de 188 vennootschappen met alleen een *conseil d'administration* hadden er acht (4,3%) een vrouwelijke voorzitter en zes (3,2%) een vrouwelijke voorzitter/CEO. De quota hebben dus niet als effect dat duidelijk meer vrouwen in 'positions of power' worden benoemd.[225]
In de gesprekken die zijn gevoerd in het kader van de monitoring door HCefh/CSEP is het onderwerp omzeiling van de regeling ter sprake gekomen.[226] Een van die manieren is al gesignaleerd in par. 4.2.3.1: omzetting van de onder de wet vallende SA of SCA in een niet onder de wet vallende rechtsvorm (bijvoorbeeld een SAS). Uit de monitoring blijkt niet hoeveel vennootschappen zich hebben omgezet om aan de quotaregeling te ontsnappen. Er wordt slechts gesignaleerd dat dit gebeurt. Een tweede manier is het verkleinen van de *conseil* tot het minimum van drie tot vier leden, om zo maar één, of een maximum van twee vrouwen, mogelijk behorend tot de familie, te hoeven benoemen, die dan ook nog eens een 'rubber stamping role' krijgen. De derde tactiek is het verplaatsen van de werkelijke macht naar 'informele' *conseils*: de macht wordt verplaatst naar een reeds bestaande 'steering committee' of naar een soort informele 'shadow board' waar tussen 'peers' de strategie van de vennootschap wordt voorbereid.
De grootste problemen bij het verzekeren van de effectiviteit zijn volgens de monitoring:
- dat sommige onder de regeling vallende bedrijven niet op de hoogte zijn van het bestaan van de regeling;
- dat er geen 'monitoring en controle'-mechanisme of -autoriteit is.[227]

Het eerste probleem moet worden opgelost door de onder de wet vallende bedrijven aan hun verplichtingen te herinneren. De oplossing van het tweede probleem heeft meer

[224] www.lemonde.fr, geraadpleegd op 10 juli 2017.
[225] Dit beeld wordt bevestigd in onderzoek dat L'association des femmes experts-comptables (AFECA) in 2016 heeft uitgevoerd onder vennootschappen genoteerd aan Euronext Paris en Alternext Paris. Zie www.femmes-experts-comptables.com, geraadpleegd op 11 juli 2017.
[226] HCefh/CSEP, *a.w.*, p. 10.
[227] HCefh/CSE, *a.w.*, p. 6.

voeten in de aarde. Er wordt voor de beursvennootschappen wel wat aan monitoring gedaan door de Autorité des marchés financiers (AMF). Deze brengt ieder jaar een rapport uit waarin enige informatie is opgenomen over de samenstelling van de besturen van de genoteerde vennootschappen.[228] In deze rapporten is ook informatie over genderdiversiteit te vinden.[229] Niet-genoteerde 'grote' vennootschappen worden echter niet gemonitord. Daarom bevelen de HCefh en de CSEP in hun monitoring- rapport aan dat een bestaande of nieuw op te richten autoriteit wordt belast met de verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat de wettelijke quota worden toegepast.

5.2.4 Italië

Ook in Italië is in 2011 een (harde) quotaregeling ingevoerd (Wet 120/2011, ook wel de Golfo-Mosca wet genoemd, naar de twee (vrouwelijke) initiatiefnemers van de wet).[230] De wet houdt in dat uiteindelijk een percentage van 30% vrouwen moet worden bereikt in de top van de onder de wet vallende bedrijven. Op het moment dat het wetsvoorstel werd ingediend, in 2009, bedroeg het percentage vrouwen in de top van Italiaanse beursvennootschappen slechts 7%, een van de laagste percentages in Europa.[231] Over Wet 120/2011 is twee jaar gediscussieerd in het Italiaanse parlement. In 2011 zijn op initiatief van de Italiaanse regering twee belangrijke amendementen aangebracht, waarna de wet op 28 juni 2011 met een overweldigende meerderheid is aangenomen. De twee amendementen voorzien in een geleidelijke invoering van de wet en een trapsgewijs stelsel van sancties. Het sanctiestelsel zal worden besproken in par. 5.2.4.3. Hierna volgen enkele opmerkingen over de geleidelijke wijze van invoering en de tijdelijke gelding van de quota.

De wet is op 12 juli 2011 in werking getreden, maar de quotaregeling is pas op 12 augustus 2012 gaan gelden voor de beursgenoteerde vennootschappen. Op 12 februari 2012 is de wet met onmiddellijke werking gaan gelden voor staatsbedrijven. De wet heeft een tijdelijke geldingsduur: zij geldt slechts voor de eerstvolgende drie 'board elections'. Besturen van Italiaanse beursvennootschappen worden iedere drie jaar gekozen. Wet 120/2011 regelt dat bij de eerste verkiezing een quotum van 20% vrouwen moet worden bereikt. Bij de volgende twee verkiezingen is het te behalen quotum één derde. Het tijdelijke karakter van de wet en de geleidelijke invoering zijn bijzondere kenmerken van de Italiaanse quotaregeling:

---

[228] Zie voor het meest recente rapport: AMF, *Rapport annuel 2016 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants*, http://www.amf-france.org, geraadpleegd op 11 juli 2017.

[229] Zie p. 27-28 van het in de vorige noot genoemde rapport. De cijfers op deze pagina's zijn gebaseerd op een steekproef en bieden dus geen compleet overzicht van alle beursvennootschappen. Interessant is dat 23 vennootschappen uit de steekproef (waaronder 12 CAC 40 vennootschappen!) na de jaarvergadering van 2016 nog niet voldeden aan het quotum.

[230] Gazetta Ufficiale Serie Generale n. 174 van 28 juli 2011.

[231] Giulia Ferrari, Valeria Ferraro, Paola Profeta, Chiara Pronzato, *Gender Quotas: Challenging the Boards, Performance and the Stock Market*, CESifo Working Paper No. 6084, 2016, p. 10, www.ssrn.com, geraadpleegd op 10 juli 2017.

> "In particular, the time-limited nature is a specific feature of the Italian design of the reform. It is consistent with the idea that gender quotas are described as a measure to shock and thus break up the male-dominated power, and to lead the market to a new, more gender-balanced equilibrium. The idea behind this feature is that when the new equilibrium is reached, the quotas will no longer be necessary. Gradualism is also a different feature from the Norwegian policy. It recognizes the fact that, especially in conservative countries such as Italy, firms need time to adapt to changes. Gradualism may help to turn changes, which can be costly, into opportunities."[232]

De nuanceringen die door de amendementen zijn aangebracht in de Italiaanse quotaregeling (in par. 5.2.4.3 zal de genuanceerde wijze van handhaving worden besproken) moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de discussie die tijdens de totstandkoming van Wet 120/2011 in het Italiaanse parlement is gevoerd over de verenigbaarheid van de quota met onder andere art. 3 (1) van de Italiaanse Grondwet, waarin het recht op gelijke behandeling is neergelegd.[233] De justitiecommissie van de Italiaanse senaat had bedenkingen geuit bij de constitutionaliteit van de quotaregeling in het licht van een uitspraak van het Italiaanse Constitutionele Hof uit 1995[234], waarin deze een ongeclausuleerde quotaregeling die was gehanteerd bij politieke benoemingen in strijd met het gelijkheidsbeginsel had geacht.[235] Waar het in deze zaak ging om quota gehanteerd voor de samenstelling van kandidatenlijsten gaat Wet 120/2011 een stap verder omdat de quota niet zien op de samenstelling van lijsten met kandidaten voor een bestuurspost, maar rechtstreeks leiden tot een reservering van zetels voor een kandidaat van een bepaald geslacht. Hoewel de quota neutraal zijn geformuleerd (zij hebben betrekking op vrouwen en mannen) zouden zij daarom kunnen worden gezien als maatregelen die bedoeld zijn om automatisch een resultaat te bereiken en dus op basis van de hiervoor genoemde uitspraak van het Constitutionele Hof ongrondwettig kunnen zijn. Profeta komt echter tot de conclusie dat het tijdelijke karakter van Wet 120/2011 betekent dat de wet door de constitutionele beugel kan: "Above all, the fact that the norm provides for temporal restrictions of the measures introduced expresses an all-important choice. Act 120 of 2011, in fact, is legally binding only for three consecutive terms, an aspect that certainly affects the evaluation of the measure. (...) The temporary nature of Act 120 of 2011, therefore, is the factor that most of all allows the initiative to be compliant with the Italian Constitution, especially considering that this factor has always been taken into account in the case-law of the constitutional court. From this

[232] Ferrari/Ferraro/Profeta/Pronzato, *a.w.*, p. 12.
[233] De tekst van art. 3 (1) van de Italiaanse Grondwet luidt vertaald in het Engels: "All citizens have equal social status and are equal before the law, without regard to their sex, race, language, religion, political opinions and personal or social conditions."
[234] Corte Constituzionale 6 september 1995, ECLI:IT:COST:1995:422.
[235] Carmen di Marino, *Country Report Italy*, www.paulhastings.com/genderparity/, geraadpleegd op 10 juli 2017.

perspective, Act 120 of 2011 results in a well-balanced solution which has been reached after considering all the interests at stake".[236]
Gelet op het tijdelijke karakter van de Italiaanse wet is het opmerkelijk dat deze niet voorziet in een evaluatie kort voor het verstrijken van de geldingsduur. Verder is het opmerkelijk dat de Italiaanse Corporate Governance Code geen aanbeveling bevat met betrekking tot een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de bestuursorganen van beursvennootschappen, nu het de bedoeling is dat zij hiervoor binnenkort zelf verantwoordelijk zullen worden.[237]

5.2.4.1 Reikwijdte

Wet 120/2011 is van toepassing op alle Italiaanse vennootschappen met een notering aan een gereglementeerde markt (hierna: beursvennootschappen) (op 10 juli 2017 waren dat er 237[238]) en op de naar schatting[239] 4000 overheidsbedrijven. In het vervolg wordt alleen ingegaan op de quota voor beursvennootschappen.[240] Verreweg de meeste van deze vennootschappen (96,2% van de beursvennootschappen genoteerd aan de voornaamste handelsmarkt in 2013[241]) hanteren het klassieke Italiaanse bestuursmodel dat uit twee organen bestaat: de *consiglio di amministrazione* en de *collegio sindacale*.[242] Hoewel dit bestuursmodel uit twee organen bestaat kan het niet op één lijn worden gesteld met een dualistisch bestuur naar Nederlands model. De *consiglio di amministrazione* bestaat namelijk behalve uit uitvoerende ook uit niet-uitvoerende (en uit onafhankelijke) bestuurders. De *collegio sindacale* uit bestaat drie tot vijf experts ('statutory auditors'), die allen onafhankelijk moeten zijn en die monitoring-taken uitvoeren in aanvulling op de niet uitvoerende bestuurders in de *consiglio di amministrazione*.[243] De quota van Wet 120/2011 zijn zowel op de *consiglio di amministrazione* als op de *collegio sindacale van toepassing*.[244] Naast beursvennootschappen met het hiervoor beschreven bestuursmodel zijn er ook beursvennootschappen met een monistisch bestuursmodel naar Anglo-

[236] Paola Profeta, Livia Amidani Aliberti, Alessandra Casarico, Marilisa d'Amico, Anna Puccio, *Women Directors - The Italian Way and Beyond*, New York: Palgrave, 2014, p. 131.
[237] Best practice 1.C.1 van de Corporate Governance Code 2015 bepaalt slechts dat het bestuur bij de jaarlijkse evaluatie van het functioneren en de samenstelling van het bestuur en zijn commissies het geslacht van de leden mede in aanmerking moet nemen.
[238] Volgens gegevens op de website van de Italiaanse toezichthouder financiële markten, de Consob, www.consob.it, geraadpleegd op 10 juli 2017.
[239] Ferrari/Ferraro/Profeta/Pronzato, *a.w.*, p. 11.
[240] Over de overheidsbedrijven is nauwelijks informatie beschikbaar.
[241] Ferrari/Ferraro/Profeta/Pronzato, *a.w.*, p. 11.
[242] Hiernaast zijn er ook vennootschappen met een monistisch bestuursmodel naar Anglo-amerikaans model en vennootschappen met een bestuursmodel dat op het traditionele Nederlandse dualistische model lijkt, met een *consiglio di gestione* (raad van bestuur) en een *consiglio di sorveglianza* (raad van toezicht). Deze modellen komen echter weinig voor.
[243] Guido Ferrarini, Gian Giacomo Peruzzo en Marta Roberti, 'Corporate Boards in Italy', in: Paul Davies, Klaus Hopt, Richard Nowak en Gerard van Solinge (Eds.), *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, Oxford: OUP, 2013, p. 374.
[244] Dit is geregeld in art. 147-ter/1 ter resp. Art. 148/1-bis van de Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, Decreto Legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998 (hierna: CFSA (Consolidated Financial Services Act).

amerikaans model en beursvennootschappen met een bestuursmodel dat op het traditionele Nederlandse dualistische model lijkt, met een *consiglio di gestione* (raad van bestuur) en een *consiglio di sorveglianza* (raad van toezicht). Deze modellen komen echter weinig voor. De quota gelden bij vennootschappen met een monistisch model voor zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende leden van het bestuur. Bij vennootschappen met een dualistisch model gelden de quota voor beide organen afzonderlijk, zij het dat de quota alleen van toepassing zijn op een *consiglio di gestione* met ten minste drie leden.[245]

5.2.4.2 Quota en toepassing

Hiervoor is al opgemerkt dat Wet 120/2011 een getrapt systeem van quota kent, namelijk voor de eerste verkiezing van het bestuur na inwerkingtreding van de wet 20% en voor de twee verkiezingen daarna één derde. Anders dan voor de Duitse quota geldt voor de Italiaanse quota dat alleen naar boven wordt afgerond.[246] Dit betekent bijvoorbeeld dat een *consiglio di amministrazione* bestaande uit tien leden[247] uiteindelijk vier vrouwelijke leden moet hebben, wat neerkomt op een quotum van effectief 40 % (in plaats van één derde).

5.2.4.3 Handhaving

Naast de tijdelijke duur en de geleidelijke invoering is een derde bijzonder kenmerk van de Italiaanse quotaregeling de wijze waarop de handhaving is geregeld. Gelet op het feit dat de quota voor bedrijven in private handen alleen gelden voor beursvennootschappen ligt het voor de hand dat de handhaving is neergelegd bij de Consob (Commissione Nazionale per le società e la Borsa), de Italiaanse toezichthouder financiële markten. Wel bijzonder is de getrapte wijze van handhaving waarvoor de Italiaanse wetgever heeft gekozen. Als de Consob een schending van de quotaregeling constateert volgt eerst een officiële waarschuwing. Vanaf dat moment heeft de vennootschap vier maanden om alsnog aan de quota te voldoen. In 2013 heeft de Consob een dergelijke waarschuwing uitgedeeld aan een vennootschap. De vennootschap had voor de zittingstermijn 2013-2015 zes nieuwe bestuursleden benoemd, waarvan er slechts één vrouw was. De in strijd met de quotaregeling tot het bestuur toegetreden man is binnen de periode van vier maanden vrijwillig teruggetreden en vervangen door een vrouw.[248] Hierdoor heeft de vennootschap een boeteoplegging door de Consob voorkomen. Een boete variërend van EUR 100.000 tot EUR 1.000.000 (voor handelen in strijd met de quota voor de *consiglio di amministrazione*) respectievelijk EUR 20.000 tot EUR 200.000 (voor handelen in strijd met de quota voor de *collegio sindacale*) is de tweede sanctie waarin de quotaregeling voorziet. De boeteoplegging gaat gepaard met een tweede officiële waarschuwing,

[245] Zie art. 147-quater/1 bis CFSA.
[246] Art. 144-undecies.1 Regolamento Consob n. 11971/1999 (hierna: Issuers Regulation): "Where the application of gender division criteria does not result in a whole number of members of the administrative or control body belonging to the least represented gender, this number is rounded up".
[247] Dit is het gemiddelde aantal, zie Ferrari/Ferraro/Profeta/Pronzato, *a.w.*, p. 11.
[248] Profeta/Aliberti/Casarico/d'Amico/Puccio, *a.w.*, p. 124.

waarna de vennootschap drie maanden krijgt om aan de quota te voldoen. Volhardt de vennootschap in schending van de quotaregeling, dan volgt een straffe sanctie: alle gekozen leden van het niet naar behoren samengestelde orgaan verliezen dan hun positie. Het zal geen verbazing wekken dat het zo ver in de praktijk nog nooit heeft hoeven komen.

5.2.4.4 Effectiviteit

Betrouwbare cijfers over de effecten van de Italiaanse quotaregeling zijn te vinden in de jaarlijks verschijnende corporate governance rapporten van Consob. Het meest recente rapport is verschenen in december 2016. Uit dit rapport blijkt dat op de peildatum, eind juni 2016, de vertegenwoordiging van vrouwen in de besturen van Italiaanse beursvennootschappen door de 30%-grens is gestoten. Hiermee is de opwaartse lijn voortgezet die duidelijk zichtbaar is sinds de invoering van Wet 120/2011. Sinds 2012 is het percentage bijna verdrievoudigd, van 11,6% naar 30,5 %. Vrijwel alle Italiaanse beursvennootschappen (228 van de 230) hebben nu ten minste één vrouw in hun bestuur. Tot dusverre hebben 140 vennootschappen hun eerste bestuursbenoemingen onder de nieuwe wet gehad (waarbij zij een quotum van 20% moesten halen). In deze vennootschappen bezetten vrouwen gemiddeld 2,6 bestuurszetels en vertegenwoordigen zij een percentage van 27%. Respectievelijk 68 en acht vennootschappen hebben al een tweede respectievelijk derde benoeming onder de quotaregeling achter de rug. Zij hebben gemiddeld respectievelijk 3,8 en 3,3 vrouwen in hun bestuur en voldoen aan het quotum van één derde. Veertien vennootschappen, waarvan de meerderheid onlangs een beursnotering heeft verkregen[249], hebben Wet 120/2011 nog niet toegepast. Bij hen bezetten gemiddeld 2,5 vrouwen een bestuurszetel, die gemiddeld bijna 28% van het bestuur vertegenwoordigen.[250]
Slechts zeventien vennootschappen hebben een vrouwelijke CEO en bij slechts 21 vennootschappen is de *chairman* een vrouw. Opmerkelijk is dat ondanks een significante daling 'overall' van het aantal personen met meervoudige bestuursfuncties, het aantal 'interlockers' onder *vrouwen* juist sterk is gestegen, van 18% in 2013 naar 30% in 2016.
Andere interessante uitkomsten van het door Consob uitgevoerde onderzoek zijn dat de benoeming van vrouwen sinds 2012 ertoe heeft geleid dat de gemiddelde leeftijd van bestuurders is afgenomen en de diversiteit qua professionele achtergrond is toegenomen. Verder is het aantal bestuurders met een graduate dan wel post-graduate opleiding toegenomen doordat de vrouwen die sinds 2012 zijn benoemd gemiddeld hoger opgeleid zijn dan eerder benoemde vrouwen.
Behalve de hierboven samengevatte resultaten van de door Consob uitgevoerde monitoring is ook interessant het onderzoek dat Ferrari, Ferraro, Profeta en Pronzato eerder hebben uitgevoerd naar de effecten van Wet 120/2011. Zij hebben handmatig

[249] Deze nieuwe beursvennootschappen moeten de quota toepassen bij de eerstvolgende drie bestuursbenoemingen.
[250] Consob, *Report on Corporate Governance of Italian Listed Companies 2016*, p. 23, www.consob.it, geraadpleegd op 10 juli 2017.

individuele data verzameld van alle bestuursleden van Italiaanse beursvennootschappen over de jaren 2007-2014. De voornaamste resultaten van hun analyse zijn dat de quota hebben geleid tot een hoger percentage vrouwelijke bestuurders (ruim boven het verlangde wettelijke quotum (voor de eerste benoemingsronde: 20%)), een hoger opleidingsniveau van *alle* bestuurders (niet alleen de vrouwen) en een lagere gemiddelde leeftijd van bestuursleden dan vóór invoering van de quota. Zij concluderen dat m/v-quota een proces van betere selectie van het hele bestuur in werking zetten. Ferrari c.s hebben ook onderzocht of de invoering van de quota heeft geleid tot het bezetten van meervoudige bestuursfuncties. Quota zouden namelijk niet tot gevolg moeten hebben dat een beperkt aantal vrouwen in alle besturen worden benoemd (de zogenoemde 'golden skirts'). In dat geval schieten de quota hun doel voorbij omdat zij dan niet bijdragen aan het creëren van gelijke kansen voor alle gekwalificeerde individuen, mannen en vrouwen, en omdat zij dan een verlies aan kwaliteit van het ondernemingsbestuur dreigen te bewerkstelligen. Ferrari c.s. constateren echter geen duidelijk patroon van een toename aan 'interlocking directorships' sinds de invoering van de quota.[251]

5.2.5 Het voorstel voor een streefcijferrichtlijn van de Europese Commissie

Op 14 november 2012 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn ‘inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen’.[252] Hoewel deze richtlijn veelal wordt aangeduid als de ‘quotumrichtlijn’, is het beter om te spreken van de 'streefcijferrichtlijn'. Hierna zal namelijk duidelijk worden dat het Europese voorstel een compromis behelst, dat de lidstaten niet verplicht tot invoering van absolute quota. De kern van het richtlijnvoorstel is dat de lidstaten moeten verzekeren dat 'grote' beursvennootschappen (zie hierover par. 4.2.5.1) een *voorkeursbeleid* voeren totdat onder de niet-uitvoerende 'bestuurders' (hieronder worden ook begrepen leden van een toezichthoudend orgaan in een dualistisch bestuursmodel, zie hierover par. 4.2.5.1) een *streefcijfer* van 40% vrouwen (het ondervertegenwoordigde geslacht) is behaald, dan wel een streefcijfer van 33% over alle 'bestuurders', uitvoerend en niet-uitvoerend.

Over het karakter van de te behalen streefcijfers van 40% dan wel 33% wordt in de preambule van het richtlijnvoorstel het volgende opgemerkt:

> "Deze doelstelling heeft in beginsel alleen betrekking op de algehele diversiteit qua geslacht van niet-uitvoerende bestuursleden en speelt geen rol bij elke individuele keus voor een bepaald bestuurslid uit een grote pool van mannelijke en vrouwelijke kandidaten. Met name worden er dus geen specifieke kandidaten van bestuursposities uitgesloten of specifieke bestuursleden aan ondernemingen of aandeelhouders opgedrongen. Het blijft dus aan de

[251] Ferrari/Ferraro/Profeta/Pronzato, *a.w.*, p. 21.
[252] *COM*(2012) 614 final.

ondernemingen en aandeelhouders om geschikte bestuursleden te kiezen."

Hieruit komt naar voren dat het om streefcijfers en niet om absolute quota gaat en dat de vrijheid van vereniging wordt gerespecteerd.
Het richtlijnvoorstel is bovendien voorzien van een 'flexibility clause', waarmee onder bepaalde voorwaarden tegemoet wordt gekomen aan de lidstaten die zelf al een quota- of streefcijferregeling kennen. Deze compromisoplossing zal in par. 5.2.5.2 worden toegelicht. Het in 2012 gepubliceerde voorstel voorziet in een streefdatum van 1 januari 2020. Tevens is in het voorstel een horizonbepaling opgenomen: de regeling zal vervallen op 31 december 2028. Ondanks alle ingebouwde flexibiliteit zit er echter geen schot in de besluitvorming over het voorstel. De streefdatum van 1 januari 2020 is daardoor illusoir geworden. Onder Maltees voorzitterschap is daarom onlangs een gewijzigde tekst van het voorstel gepubliceerd[253], waarin de streefdatum is bepaald op 1 januari 2022 en de einddatum van de regeling is bepaald op 31 december 2033. Ook over deze tekst is nog geen overeenstemming bereikt.
Het gebrek aan consensus over een Europese streefcijferrichtlijn is voor een belangrijk deel te verklaren door verschillen van inzicht tussen de regeringen van de lidstaten over de fundamentele vraag in hoeverre het aan de staat is om via ingrijpen in private verhoudingen genderdiversiteit te bevorderen.[254] Bovendien bestaat tussen de lidstaten onenigheid over de - eveneens fundamentele - vraag in hoeverre op dit terrein een taak is weggelegd voor de Europese wetgever. Verschillende lidstaten hebben zich direct na publicatie van het voorstel voor de streefcijferrichtlijn op het standpunt gesteld dat dit voorstel niet voldoet aan het subsidiariteitsbeginsel. Zij vinden dat de lidstaten dit zelf kunnen regelen. Tot deze lidstaten behoort ook Nederland.[255] In een brief aan de Tweede Kamer van 21 juni 2013 verwoordde de Minister van BuZa het Nederlandse kabinetsstandpunt ten aanzien van het richtlijnvoorstel als volgt:

> "Nederland ziet geen reden om op EU-niveau regelgeving op dit terrein door te voeren. Nederland kent een aanpak van zelfregulering om een sterkere positie van vrouwen in de top van bedrijven te bevorderen. Afspraken tot verbetering van de genderbalans dienen wat Nederland betreft door de lidstaten zelf te worden ingevuld."[256]

De minister laat verder weten dat Nederland zich tijdens de onderhandelingen over dit voorstel consequent zal uitspreken tegen regelgeving op EU-niveau over deze

[253] Council of the European Union, 31 May 2017, 9496/17.
[254] Sonja Kruisinga, Loes Lennarts en Linda Senden, 'Vrouwen naar de top', *NJB* 2016, p. 1478.
[255] De overige lidstaten die in 2012 de verenigbaarheid van het richtlijnvoorstel met het subsidiariteitsbeginsel hebben betwist zijn Tsjechië, Denemarken, Polen, Zweden en het Verenigd Koninkrijk.
[256] *Kamerstukken II* 2012/13, 33 551 F.

problematiek.[257] Lidstaten kunnen, aldus nog steeds de minister, zelf maatregelen invoeren, toegesneden op hun eigen specifieke situatie.
Volgens de laatste meting verricht in opdracht van het European Institute for Gender Equality (EIGE) variëren de percentages vrouwen in de top van de grootste beursvennootschappen in de EU-lidstaten van 7% (Malta) tot 42,1% (Frankrijk).[258] Nederland komt met 30,2% op een vijfde plaats, achter Frankrijk, Zweden (35,5%), Italië (32,9%) en Finland (32,3%). Hekkensluiters in de EIGE-statistiek, met scores van minder dan 15%, zijn - behalve Malta - Estland (7,4%), Roemenië (8,4%), Luxemburg (11%), Bulgarije (12,8%) en Hongarije (13,9%) en Litouwen (14.1%). Voor deze lidstaten (en ook voor middenmoters als Portugal, Tsjechië, Ierland, Polen en Oostenrijk (met scores onder de 20%) zou een Europese streefcijferrichtlijn de prikkel kunnen geven die nodig is om meer genderdiversiteit in de top van beursvennootschappen te bereiken. Voor Nederland ligt dit anders, gelet op de progressie die sinds de invoering van het wettelijke streefcijfer is geboekt met betrekking tot het aandeel vrouwelijke nub's bij de grootste Nederlandse beursvennootschappen. Niettemin wijzen de onderzoekers er op dat Nederland wellicht inspiratie zou kunnen putten uit de vrij gedetailleerde procedureregels van het richtlijnvoorstel met betrekking tot de toepassing van het voorgeschreven voorkeursbeleid (zie hierover par. 5.2.5.2). Procedureregels met betrekking tot het wervings- en selectieproces van kandidaten voor bestuursfuncties ontbreken immers nagenoeg in de Nederlandse streefcijferregeling.

5.2.5.1 Reikwijdte

Het in het richtlijnvoorstel opgenomen streefcijfer van 40% dan wel 33% geldt voor beursgenoteerde ondernemingen, waaronder volgens art. 2 (1) van het richtlijnvoorstel wordt verstaan ondernemingen waarvan de effecten in één of meer lidstaten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt in de zin van artikel 4, lid 1, punt 14), van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 betreffende markten voor financiële instrumenten.
In de preambule van het richtlijnvoorstel wordt de keuze voor de beperking van de reikwijdte tot beursvennootschappen als volgt gemotiveerd: "Beursgenoteerde ondernemingen zijn van bijzonder economisch belang, zeer zichtbaar en van grote invloed op de markt als geheel. (...) [Zij] zijn normbepalend voor de hele economie en hun werkwijzen worden in de regel door andere soorten ondernemingen nagevolgd. Gelet op hun publieke aard is het gerechtvaardigd om beursgenoteerde ondernemingen in het

[257] Zie ook de brief van de Minister van OCW aan de Tweede Kamer van 23 mei 2013 over de voortgang van de onderhandelingen over het richtlijnvoorstel (*Kamerstukken II* 2012/13, 33 483, nr. 6, p. 2-3): "Inzet van Nederland voor komende periode is om zoveel mogelijk aansluiting te houden bij de blokkerende minderheid."
[258] http://eige.europa.eu/gender-statistics/, geraadpleegd op 15 juli 2017. Het betreft slechts de beursvennootschappen die deel uitmaken van de belangrijkste beursindex per land (voor Nederland bv. de AEX-vennootschappen) en die zijn opgericht volgens het recht van dat land. In de statistieken zijn alle functies in de bestuurs- en toezichtsorganen verwerkt, dus ook de uitvoerende posities. Interessant is dat ook alle functies als lid van een Executive Committee zijn verwerkt. De peildatum is 14 februari 2017. In de statistieken is ook een aantal niet-lidstaten opgenomen, zoals bijvoorbeeld Noorwegen (44%).

algemeen belang meer aan regels te onderwerpen." In de toelichting op het voorstel uit 2012 wordt verder aangevoerd dat beursvennootschappen doorgaans omvangrijkere besturen hebben en dat zij binnen de EU een vergelijkbare juridische status hebben, "providing the necessary comparability of situations".[259]
In art. 3 van het richtlijnvoorstel is een uitzondering opgenomen voor kleine, middelgrote en micro-ondernemingen (kmo's) in de zin van Aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.[260] Het gaat hier om ondernemingen met minder dan 250 werknemers en een jaaromzet van niet meer dan EUR 50 miljoen of een balanstotaal van niet meer dan EUR 43 miljoen. Volgens de toelichting op het richtlijnvoorstel uit 2012 zouden de door de richtlijn opgelegde maatregelen voor deze ondernemingen een onevenredige belasting kunnen opleveren.[261]
Het richtlijnvoorstel biedt lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat het streefcijfer van 40%/33% niet geldt voor beursvennootschappen waarin minder dan 10% van de werknemers behoort tot het ondervertegenwoordigde geslacht. Wordt van deze uitzondering gebruik gemaakt, dan moeten de uitgezonderde vennootschappen op grond van art. 4c (2) voor alle bestuursfuncties eigen streefcijfers vaststellen, die uiterlijk 31 december 2022 moeten worden gehaald.
Het streefcijfer van 40% ziet alleen op de niet-uitvoerende functies. Hieronder vallen de nub's binnen een monistisch bestuur en de leden van het toezichthoudend orgaan in een dualistisch bestuursmodel. De onderzoekers wijzen er op dat hierna de terminologie van het richtlijnvoorstel wordt aangehouden. Daarbij moet steeds worden bedacht dat onder 'niet-uitvoerende bestuurders' ook Nederlandse commissarissen vallen en onder 'bestuursposities' ook zetels in Nederlandse raden van commissarissen worden begrepen.
De beperking tot nub's wordt in de toelichting - eveneens vanuit het perspectief van het proportionaliteitsbeginsel - als volgt gemotiveerd:

> "Bovendien zijn, zoals hiervoor uiteengezet, in het voorstel alleen kwantitatieve doelstellingen voor niet-uitvoerende bestuursleden opgenomen, zodat de bemoeienis met het dagelijks beheer van de onderneming aanzienlijk beperkt blijft. Aangezien niet-uitvoerende bestuursleden hoofdzakelijk toezichthoudende taken uitoefenen, is het ook eenvoudiger om gekwalificeerde kandidaten buiten de onderneming of de specifieke sector aan te werven. Dit is met name van belang voor economische sectoren waarin één geslacht op de werkvloer sterk is ondervertegenwoordigd."[262]

[259] *COM*(2012) 614 final, p. 5.
[260] *PB L* 124/36 van 20 mei 2003, p. 36.
[261] *COM*(2012) 614 final, p. 10.
[262] *COM*(2012) 614 final, p. 10.

Indien een lidstaat kiest voor implementatie van het streefcijfer van 40% - dat alleen ziet op nub's - moet de lidstaat tevens maatregelen nemen die zijn gericht op een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen over de uitvoerende bestuursposities. De lidstaten moeten op grond van art. 4c verzekeren dat beursvennootschappen zelf individuele streefcijfers vaststellen teneinde een evenwichtige verdeling van mannelijke en vrouwelijke ub's te bereiken. Deze (flexibele) streefcijfers moet uiterlijk op 31 december 2022 worden gehaald.

5.2.5.2 Streefcijfers en het te voeren voorkeursbeleid

Zoals reeds opgemerkt in par. 5.2.5 is het uitgangpunt van het richtlijnvoorstel dat wordt gestreefd naar een percentage van 40% vrouwen (en mannen) onder de nub's. In plaats daarvan mogen lidstaten kiezen voor een streefcijfer van 33% dat alle bestuursposities bestrijkt, zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende. In een monistisch bestuur kan een groot aantal vrouwelijke nub's in een monistisch bestuur een laag aantal vrouwelijke ub's compenseren. Het richtlijnvoorstel eist niet dat het streefcijfer van 33% in geval van een dualistisch bestuur afzonderlijk voor het bestuursorgaan en het toezichthoudende orgaan moet worden toegepast. Daarom moet er van uit worden gegaan dat bij toepassing van het streefcijfer van 33% op een dualistisch bestuur een laag percentage vrouwen - of zelfs het geheel ontbreken ervan - in een (klein) bestuursorgaan kan worden gecompenseerd door een grote vertegenwoordiging vrouwen in het toezichtsorgaan.
Art. 4 (2) van het richtlijnvoorstel regelt de wijze waarop moet worden vastgesteld of aan het streefcijfer is voldaan. Gestreefd moet worden naar een percentage dat zo dicht mogelijk bij 40% respectievelijk 33% ligt, maar lager is dan 50%. Voor een raad van commissarissen met acht leden betekent dit bijvoorbeeld een streefcijfer van 37,5%, wat neerkomt op drie leden van het ondervertegenwoordigde geslacht. Bij een raad van commissarissen van vier leden wordt het streefcijfer al met de benoeming van slechts één vrouw (25%) gerealiseerd.
Verhelderend is in dit opzicht een bijlage die is opgenomen in het Maltese richtlijnvoorstel. Deze bijlage bevat een tabel met een compleet overzicht van de aantallen bestuursposities die voor het ondervertegenwoordigde geslacht moeten worden nagestreefd, uitgesplitst naar de twee verschillende wijzen waarop het streefcijfer mag worden toegepast (40% van de nub's/33% van alle bestuursposities). Interessant is dat uit deze tabel lijkt te volgen dat de streefcijfers geen toepassing kunnen vinden bij eenhoofdige (en tweehoofdige raden) van bestuur. Hierbij moet worden opgemerkt dat de term raad van bestuur in de tabel voor een dualistisch bestuursmodel zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen - *tezamen* - dekt. Dit betekent dat de situatie dat het 33%-streefcijfer van de richtlijn afzonderlijk op een eenhoofdig bestuur of tweehoofdig bestuur moet worden toegepast zich niet kan voordoen: in het geval dat het bestuur uit één of twee leden bestaat worden hier de leden van de raad van commissarissen bij opgeteld. Het streefcijfer van 33% wordt dan op het totale aantal 'bestuurders' toegepast.

STREEFCIJFERS VOOR BESTUURSLEDEN VAN HET ONDERVERTEGENWOORDIGDE GESLACHT

Aantal functies in de raad van bestuur	Minimumaantal niet-uitvoerende bestuursleden van het ondervertegenwoordigde geslacht dat nodig is om te voldoen aan de doelstelling van 40% (artikel 4, lid 1)	Minimumaantal bestuursleden van het ondervertegenwoordigde geslacht dat nodig is om te voldoen aan de doelstelling van 33% (artikel 4, lid 1, punt b))
1	-	-
2	-	-
3	1 (33,3%)	1 (33,3%)
4	1 (25%)	1 (25%)
5	2 (40%)	2 (40%)
6	2 (33,3%)	2 (33,3%)
7	3 (42,9%)	2 (28,6%)
8	3 (37,5%)	3 (37,5%)
9	4 (44,4%)	3 (33,3%)
10	4 (40%)	3 (30%)
11	4 (36,4%)	4 (36,4%)
12	5 (41,7%)	4 (33,3%)
13	5 (38,4%)	4 (30,8%)
14	6 (42,9%)	5 (35,7%)
15	6 (40%)	5 (33,3%)
16	6 (37,5%)	5 (31,3%)
17	7 (41,2%)	6 (35,3%)

Een in het oog springend kenmerk van het richtlijnvoorstel is dat dit geheel is gemodelleerd naar de eisen die het HvJEU aan een voorkeursbeleid heeft gesteld.[263] Deze eisen uit de jurisprudentie zijn als volgt uitgewerkt in de volgende procedureregels die zijn opgenomen in art. 4a van het richtlijnvoorstel:

- de selectie van kandidaten die worden voorgedragen voor benoeming of verkiezing moet plaatsvinden op basis van een vergelijkende analyse van de kwalificaties van iedere kandidaat, onder toepassing van heldere, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria die voorafgaand aan de selectieprocedure moeten zijn opgesteld;
- bij het maken van een keuze tussen twee even geschikte kandidaten wordt voorrang gegeven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, tenzij een objectieve beoordeling van alle criteria die specifiek op de individuele kandidaten van toepassing zijn, de balans doet uitslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht;
- een afgewezen kandidaat ontvangt op diens verzoek niet alleen de bij de selectie gebruikte kwalificatiecriteria, maar ook de objectieve vergelijkende beoordeling van die criteria en zo nodig de overwegingen die de balans deden doorslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht (informatieplicht).

Over de vraag hoe de informatieplicht zich verhoudt tot het recht op privacy en de bescherming van persoonsgegevens wordt in de preambule het volgende opgemerkt:

> "Die informatieverplichting kan een inperking inhouden van het recht op eerbiediging van het privéleven en op bescherming van persoonsgegevens, dat is erkend in de artikelen 7 en 8 van het Handvest. Deze inperkingen zijn evenwel noodzakelijk en, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, erkende doelstellingen van algemeen belang dienen. Zij zijn dan ook in overeenstemming met de vereisten voor dergelijke inperkingen, zoals neergelegd in artikel 52, lid 1, van het Handvest en met de desbetreffende jurisprudentie van het Hof van Justitie en moeten worden toegepast conform het bepaalde in Richtlijn 95/46/EG van het Europese Parlement en de Raad."

Verder voorziet art. 4a in een bewijslastomkering voor het geval dat een afgewezen kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht feiten aanvoert die kunnen doen vermoeden dat deze kandidaat over dezelfde kwalificaties beschikte als de benoemde kandidaat van het andere geslacht. Lidstaten moeten regelen dat het dan aan de beursgenoteerde onderneming is om aan te tonen dat niet in strijd is gehandeld met het te voeren voorkeursbeleid. Deze verschuiving van de bewijslast in discriminatiezaken is kenmerkend voor het Europese gelijke behandelingsrecht; zie art. 19 van richtlijn

[263] E. Cremers en A. Eleveld, *a.w.*

2006/54/EG betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep.[264]
Een moeilijkheid bij het in het richtlijnvoorstel voorgeschreven voorkeursbeleid is dat de werving en selectie (en benoeming) van leden van raden van bestuur en toezichthoudende organen van beursvennootschappen anders verloopt dan een 'standaard' sollicitatieprocedure. Afhankelijk van het toepasselijke nationale vennootschapsrecht wordt gewerkt met voordrachten, waaraan een weinig transparant wervings- en selectieproces vooraf gaat.[265] Over de vraag hoe kan worden gewaarborgd dat de hiervoor beschreven procedureregels voldoende in acht worden genomen bij de werving en selectie van personen voor bestuursposities wordt in de preambule van het richtlijnvoorstel het volgende opgemerkt:

> "Aan de vereisten voor de selectie van kandidaten *dient in de passende fase van de selectieprocedure te zijn voldaan, overeenkomstig de nationale wetgeving en de statuten van de betrokken beursgenoteerde ondernemingen, vóór de verkiezing van een kandidaat door de aandeelhouders, bijvoorbeeld bij het opstellen van een shortlist* (curs. onderzoekers). In dit verband geeft deze richtlijn slechts minimumnormen voor de selectie van kandidaten voor de benoeming of verkiezing voor de functies, zodat de voorwaarden waarin de jurisprudentie van het Hof van Justitie voorziet, kunnen worden toegepast teneinde te komen tot een evenwichtiger vertegenwoordiging van vrouwen en mannen in de raden van bestuur van beursgenoteerde ondernemingen. Deze richtlijn eerbiedigt de rechten van de aandeelhouders en de keuzevrijheid in de aandeelhoudersvergadering."

Om tegemoet te komen aan lidstaten die zelf al een regeling hebben getroffen was al in 2012 een 'flexibility clause' aan het richtlijnvoorstel toegevoegd. Deze clausule is sindsdien nader uitgewerkt. Art. 4b (1) van het voorstel van het Maltese voorzitterschap bepaalt dat lidstaten die al vóór de inwerkingtreding van de richtlijn "equally effective" maatregelen hebben getroffen om een evenwichtigere vertegenwoordiging van vrouwen en mannen te waarborgen, of waar het streefcijfer van 40%/33% al wordt benaderd, de toepassing van het in art. 4a neergelegde voorkeursbeleid mogen opschorten. In art. 4b (1a) worden enkele voorbeelden gegeven van gevallen waarin van dit opschortingsrecht gebruik mag worden gemaakt:

- lidstaten schrijven voor dat vrouwen ten minste 30% van alle nub's uitmaken dan wel ten minste 25% van alle bestuursposities, waarbij aan niet-naleving van deze

[264] Zie E. Cremers en A. Eleveld, *a.w.*
[265] Zie hierover: M.C.L. van den Brink, L. Blommaert, B. Leest S. Elfering, *Black Box tussen aanbod, werving en selectie van vrouwen*, Radbouduniversiteit november 2016, https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/11/01/black-box-tussen-aanbod-werving-en-selectie-van-vrouwen, geraadpleegd op 16 juli 2017.

voorschriften doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties zijn verbonden;
- lidstaten hebben een percentage bereikt van ten minste 30% vrouwelijke nub's dan wel ten minste 25% vrouwen gemeten over alle bestuursposities;
- lidstaten hebben binnen vijf jaar een progressie van ten minste 7,5% geboekt, die ertoe heeft geleid dat vrouwen ten minste 25% van de nub's uitmaken dan wel ten minste 20% van alle bestuursposities innemen.

Deze 'flexibility clause' heeft de weerstand tegen het richtlijnvoorstel van een aantal lidstaten, waaronder Nederland, niet kunnen wegnemen.

Om te kunnen controleren in hoeverre de onder de werking van het richtlijnvoorstel vallende beursvennootschappen voldoen aan de (inspannings)verplichting om de streefcijfers te halen bevat art. 5 enige transparantieverplichtingen. Jaarlijks moeten beursvennootschappen aan de bevoegde autoriteiten informatie verschaffen over de vertegenwoordiging van vrouwen en mannen in hun bestuursorganen en over de maatregelen die zij hebben genomen om de streefcijfers van art. 4(1) (40% vrouwelijke nub's/33% 'overall') en 4c (de individueel vastgestelde streefcijfers betreffende ub's voor vennootschappen waarvoor het streefcijfer van 40% geldt) te halen. De lidstaten moeten verlangen dat beursvennootschappen deze informatie op hun websites publiceren. Als een beursvennootschap de op grond van art. 4(1) en/of 4c te bereiken streefcijfers niet haalt moet zij transparantie verschaffen over de redenen waarom de streefcijfers niet zijn gehaald en over de maatregelen die de vennootschap heeft genomen en/of zal nemen om de streefcijfers te halen. Deze transparantieverplichtingen gelden niet voor beursvennootschappen die zijn opgericht naar het recht van een land dat de verplichting tot het voeren van een voorkeursbeleid heeft opgeschort en waar op grond van nationaal recht vergelijkbare transparantieverplichtingen gelden.

5.2.5.3 Handhaving

Het richtlijnvoorstel bevat zelf geen sancties, maar verplicht de lidstaten tot handhaving van de streefcijferregeling door middel van 'doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties'. In art. 6(2) van het oorspronkelijke richtlijnvoorstel uit 2012 waren enkele - niet limitatief bedoelde - voorbeelden van sancties opgenomen:

- administratieve boetes;
- nietigheid of nietigverklaring door een rechterlijke instantie van de benoeming of verkiezing van niet-uitvoerende bestuursleden die niet strookt met de krachtens artikel 4 lid 1 vastgestelde nationale bepalingen.

Deze voorbeelden komen niet meer voor in de tekst van art. 6 van het richtlijnvoorstel, dat in 2017 is gepubliceerd door het Maltese voorzitterschap. Daarin is een cryptische bepaling opgenomen: beursvennootschappen kunnen alleen aansprakelijk worden

gehouden voor handelen of nalaten dat op grond van nationaal recht aan hen kan worden toegerekend. In de preambule van het 'Maltese' richtlijnvoorstel wordt dit als volgt toegelicht:

> "De verplichtingen die verband houden met de selectie van kandidaten voor benoeming of verkiezing, de verplichting een vrijwillig streefcijfer betreffende uitvoerende bestuurders te bepalen en de rapportageverplichtingen dienen te worden gehandhaafd door maatregelen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Onverminderd de nationale wetgeving betreffende de instelling van handhavingsmaatregelen mogen beursgenoteerde ondernemingen, zolang zij aan deze verplichtingen voldoen, niet worden gestraft voor het niet halen van de kwantitatieve doelstellingen inzake de vertegenwoordiging van mannen en vrouwen bij bestuursleden. *Handhavingsmaatregelen mogen niet worden toegepast op de beursgenoteerde ondernemingen zelf als krachtens het nationale recht een bepaald handelen of nalaten niet toe te rekenen is aan de onderneming, maar aan andere natuurlijke of rechtspersonen, zoals individuele aandeelhouders*" (curs. onderzoekers).

De onderzoekers hebben de bedoeling van de gecursiveerde passage niet kunnen achterhalen.

5.3 Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de regelingen ter bevordering van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de top van private bedrijven in een viertal Europese lidstaten geanalyseerd: België, Duitsland, Frankrijk en Italië. In de analyse is voorts betrokken het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen. De volgende aspecten van de regelingen zijn onderzocht:

- de reikwijdte van de regeling, wat betreft zowel de door de regeling bestreken rechtsvormen/bedrijven als de eronder vallende functies (zetels in raden van bestuur, raden van commissarissen, hogere managementlagen);
- het via een streefcijfer dan wel bindend quotum te bereiken percentage vrouwen (en mannen), de wijze waarop wordt berekend of aan het streefcijfer/quotum is voldaan en in hoeverre een voorkeursbeleid kan worden gevoerd om het streefcijfer/quotum te bereiken;
- de wijze waarop de handhaving van de regeling is geregeld (sanctie(s)).

Om een vergelijking van de verschillende regelingen te vergemakkelijken zijn de voornaamste resultaten in onderstaande tabel opgenomen, waaraan Nederland is toegevoegd:

	België	**Duitsland**	**Frankrijk**	**Italië**	**Nederland**	**EU-rl**
1. bindende quota/ vaste of flexibele streefcijfers	bindend quotum: één derde, gebruikelijke afronding	beide: -bindend quotum: 30%, gebruikelijke afronding - streefcijfer: flexibel	bindend quotum: 40% N.B. correctie bij *conseil* < 9, dan geldt: verschil m/v niet > 2	bindend quotum 30%, afronding alleen naar boven	vast streefcijfer 30%, afronding alleen naar boven	- vast streefcijfer: 40% nub's of 33% 'overall' - flexibel streefcijfer ub's (bij keuze voor 40% nub's) - bijzondere afrondingsregel opgenomen
2. reikwijdte qua entiteiten	[- autonome overheids-bedrijven (aob) +] 'genoteerde' venn. (gen. venn)	-bindende quota: 'grote' beursvenn. (1000 resp. 2000 wn.) - flexibel streefcijfer: alle beurs-venn. + alle 'mitbe-stimmte' rechtsp.	- beursvenn. + - andere 'grote' venn.: A. 500 wn + jaaromzet/balans-totaal EUR 50 mio; B. 250 wn + omzet/balans-totaal EUR 50 mio	- beursvenn. [+ staatsbedrijven]	- 'grote' NV's en BV's - niet 'groot' zijn venn. die voldoen aan twee van deze criteria : - waarde activa ≤ EUR 20 mio; - netto jaaromzet EUR ≤ 40 mio - < dan 250 wn.	- beursvenn. - uitgezonderd: < 250 wn. + jaaromzet < EUR 50 mio dan wel balanstotaal < EUR 43 mio
3. reikwijdte qua functies	leden raad van bestuur	- bindende quota: leden *Aufsichtsrat* - flexibel streefcijfer: ook bestuur en 2 hoogste managementlagen	leden *conseil d'administra-tion + conseil de surveillance*	leden *consiglio di amministrazione*, *collegio sindacale*, *consiglio di gestione + consiglio di sorveglianza*	leden bestuur en RvC	- 40%-streefcijfer: nub's (met flexistreefcijfer ub's, zie 1.) - 33%-streefcijfer: nub's en ub's
4. ingangs-datum quota/ streefdatum streefcijfer	1-1-2012/ 1-7-2012 (aob) c.q. 1-1-2017/ 1-7-2017 ('grote' gen. venn.) c.q. 1-1-2019/ 1-7-2019 ('kleine' gen. venn.)	- quotum: 1-1-2016 - streef-cijfers: flexibele streefdatum	1-1-2017: beursvenn. en grote niet-beursvenn. A, zie 2. resp. 1-1-2020: grote niet-beursvenn. B, zie 2.	tweede bestuurs-verkiezing na inwerking-treding* wet * voor beursvenn: 12-08-2012	- ingangsdatum wet 1-1-2013 - geen streefdatum bepaald	- vast streefcijfer 40%/33%: 1-1-2022 - flexibel streef-cijfer ub's: 31 december 2022
5. voorkeurs-beleid cf. EU-recht?	nee, absolute quota	- quotum: nee - streefcijfer: is mogelijk	nee, absolute quota	nee, absolute quota	is mogelijk	ja, opgenomen in tekst
6. hand-having	vernietig-baarheid benoeming + verlies voordelen	- quotum: nietigheid benoeming - streefcijfers: 'pas-toe-of-leg-uit'	- vernietig-baarheid benoeming + verlies vergoedingen	getrapt: 1. waarsch. *Consob* 2. waarsch. + boete 3. nietigheid benoeming	'pas-toe-of-leg-uit'	doeltreffende, evenredige en afschrikwekken-de sancties, te regelen door LS

Bindende quota of streefcijfers? Reikwijdte qua entiteiten?
De tabel laat zien dat de vier onderzochte lidstaten alle vier een bindend quotum kennen, maar dat dit bindende quotum zich bij drie van de vier lidstaten - België, Duitsland en Italië - beperkt tot vennootschappen met een notering aan een gereglementeerde markt. België gaat daarbij expliciet uit van een ruime definitie: alle 'genoteerde' vennootschappen. Hieronder vallen ook vennootschappen die andere effecten dan aandelen hebben genoteerd. Duitsland heeft juist een beperking aangebracht door de bindende quota alleen voor 'grote' beursvennootschappen te laten gelden. Het gaat hier om beursvennootschappen waarbij de werknemers recht hebben op een evenredige vertegenwoordiging in de Aufsichtsrat van de vennootschap ('paritätische Mitbestimmung'). Het betreft - afhankelijk van de sector - vennootschappen met ten minste 1000 dan wel 2000 werknemers. Duitsland kent naast het bindende quotum voor 'grote' beursvennootschappen een flexibel (namelijk zelf te kiezen) streefcijfer voor de overige beursvennootschappen en niet-beursvennootschappen met een vorm van werknemersmedezeggenschap die recht geeft op een vertegenwoordiging van werknemers in de Aufsichtsrat 'Mitbestimmung'). Hierbij gaat het in de regel om vennootschappen met ten minste 500 werknemers. Van de vier onderzochte landen kent alleen Frankrijk een bindend quotum dat ook van toepassing is op 'grote' *niet* beursgenoteerde vennootschappen. In de Franse regeling gelden hiervoor de volgende criteria: ten minste 250 werknemers plus een balanstotaal dan wel omzet van EUR 50 miljoen
Het Europese richtlijnvoorstel legt - in beginsel[266] - aan 'grote' vennootschappen waarvan de effecten zijn genoteerd aan een gereglementeerde markt (hierna: beursvennootschappen) een vast streefcijfer op. Niet als 'groot' worden aangemerkt: beursvennootschappen met minder dan 250 werknemers en een jaaromzet van minder dan EUR 50 miljoen dan wel een balanstotaal van minder dan EUR 43 miljoen. Deze 'kleine' vennootschappen zijn uitgezonderd omdat de verplichtingen van de richtlijn voor hen een onevenredige belasting kunnen opleveren.
De percentages die voorkomen in de verschillende nationale quotaregelingen en de concept-richtlijn zijn: 30%, een derde en 40%. Hierbij verdient opmerking dat de percentages soms streng worden toegepast, in de zin dat het percentage ten minste moet worden gehaald - wat er op neer komt dat alleen naar boven wordt afgerond. In andere regelingen wordt op de gebruikelijke wijze naar boven én naar beneden afgerond indien toepassing van het percentage tot een gebroken getal leidt. In deze gevallen kan dus soms ook met een lager percentage aan het quotum/streefcijfer worden voldaan. Instructief is in dit verband de tabel die als bijlage is opgenomen bij de concept-richtlijn van de EU (zie par. 5.2.5.2). In Frankrijk geldt de in afwijking van de 40%-quotum een bijzondere regel voor conseils d'administration of conseils de surveillance van minder dan 8 leden: hier mag het verschil tussen mannen en vrouwen niet groter zijn dan twee.

[266] Er is een 'flexibility clause' opgenomen voor lidstaten die al vóór inwerkingtreding van de richtlijn 'equally effective' maatregelen hebben genomen, zie par. 5.2.5.2.

Reikwijdte qua functies
Met betrekking tot de reikwijdte qua functies valt ten eerste op dat het bindend quotum zich in Duitsland beperkt tot de *Aufsichtsrat* (de Duitse pendant van de raad van commissarissen). In België en Frankrijk hebben de onder de quotumregelingen vallende vennootschappen traditioneel een monistisch bestuursmodel. In dat geval ziet het quotum op het monistisch bestuur als geheel (voor België de raad van bestuur en voor Frankrijk de *conseil d'administration*). Met betrekking tot de Belgische regeling is in de literatuur opgemerkt dat de raad van bestuur weliswaar theoretisch het hoogste orgaan van de vennootschap is, maar dat echte macht zich op het uitvoerend niveau bevindt, in het directiecomité. De Belgische quotum-regeling is niet van toepassing op dat comité. Ook in Frankrijk ziet het quotum niet op de hoogste managers van de vennootschap, voor zover zij geen deel uitmaken van de *conseil d'administration*. Voor Franse vennootschappen met een dualistisch bestuursmodel geldt het quotum alleen voor de *conseil de surveillance*, niet voor de *directoire*. In Italië geldt het quotum in het zeldzame geval van een dualistisch bestuursmodel wél voor de *consiglio di gestione*, maar alleen als deze drie of meer leden heeft.
Het Duitse flexibele streefcijfer geldt behalve voor de leden van de Aufsichtsrat ook voor de leden van het bestuur en voor de twee hoogste managementlagen direct onder het bestuur.
De EU-concept-richtlijn laat lidstaten de keuze tussen twee verschillende vaste streefcijfers, 40% of 33%, waarvan alleen het laagste tevens ziet op uitvoerende bestuurders. Kiest een lidstaat voor het streefcijfer van 40%, dan geldt dit alleen voor de niet-uitvoerende bestuurders. Voor de uitvoerende bestuurders geldt dan aanvullend een flexibel streefcijfer.
De vergelijking van alle regelingen biedt geen inzicht in hoe een quotum/streefcijfer moet worden toegepast op een eenhoofdig bestuursorgaan of toezichthoudend orgaan. Uit de eerder genoemde tabel die als bijlage bij de EU-concept-richtlijn is gevoegd volgt dat de streefcijfers die in de richtlijn zijn opgenomen toepassing missen in geval van een eenhoofdig (én tweehoofdig) orgaan. Zie hierover nader par. 5.2.5.2. Voor de nationale quotaregelingen geldt dat deze zien op meerhoofdige organen ofwel omdat de wet meerhoofdigheid voorschrijft (België, Duitsland en Frankrijk) ofwel omdat de onder de regeling vallende organen - omdat het uitsluitend beursvennootschappen betreft - in de praktijk met meer personen zijn bezet (Italië). Bij de flexibele streefcijferregelingen speelt het probleem niet omdat vennootschappen dan bij de keuze van het streefcijfer rekening kunnen houden met het feit dat een bestuurs- of toezichtsorgaan slechts uit één persoon bestaat. Zij mogen het cijfer op 0% stellen, maar zullen dit wel moeten uitleggen.

Datum inwerkingtreding quota/streefdatum streefcijfer
Bij de vergelijking van de ingangsdata van de quota en de streefdata voor de streefcijfers valt op dat de quota in België en Frankrijk voor verschillende groepen vennootschappen op verschillende tijdstippen zijn gaan gelden. Kort gezegd komt het er op neer dat

kleinere vennootschappen iets meer tijd hebben gekregen om zich op het regime van de bindende quota in te stellen. De Italiaanse wetgever heeft voor alle beursvennootschappen gekozen voor een geleidelijke invoering van de regeling door voor te schrijven dat bij de eerstvolgende bestuursverkiezing een quotum van 20% moet worden gehaald en bij de volgende twee bestuursverkiezingen één derde.
Bij de Duitse streefcijferregeling valt op dat de vennootschappen niet alleen het streefcijfer, maar ook de termijn waarbinnen zij nastreven dit te bereiken zelf mogen vaststellen, met dien verstande dat de termijn niet langer mag zijn dan vijf jaar.

Voorkeursbeleid cf. EU-recht?
Opvallend is dat alle nationale quota-regelingen uitgaan van *absolute* quota: zij bevatten geen openingsclausule en schrijven evenmin voor dat alleen bij gelijke geschiktheid de voorkeur aan een vrouw mag worden gegeven. Op dit punt wijken zij af van de vaste jurisprudentie van het EU-HvJ met betrekking tot de vraag in hoeverre een voorkeursbeleid mag worden gehanteerd om een achterstandspositie van een bepaalde groep (in dit geval het ondervertegenwoordigde geslacht) op te heffen. Uit de bespreking van de totstandkomingsgeschiedenis van de verschillende regelingen blijkt dat niet alleen vanuit EU-recht bezwaren zijn gerezen tegen de bindende quota-regelingen. In alle landen is ook bezwaar gemaakt op grond van het eigen constitutionele recht. In Frankrijk is zelfs een wijziging van de Grondwet doorgevoerd om de quotaregeling mogelijk te maken.
Anders dan de onderzochte nationale regelingen is de EU-concept-richtlijn volledige gemodelleerd naar de jurisprudentie van het HvJEU over een te voeren voorkeursbeleid. Een belangrijk onderdeel van de concept-richtlijn is dat vennootschappen zich bij het nastreven van de streefcijfers aan de volgende procedureregels moeten houden:

- de selectie van kandidaten die worden voorgedragen voor benoeming of verkiezing moet plaatsvinden op basis van een vergelijkende analyse van de kwalificaties van iedere kandidaat, onder toepassing van heldere, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria die voorafgaand aan de selectieprocedure moeten zijn opgesteld;
- bij het maken van een keuze tussen twee even geschikte kandidaten wordt voorrang gegeven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, tenzij een objectieve beoordeling van alle criteria die specifiek op de individuele kandidaten van toepassing zijn, de balans doet uitslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht;
- een afgewezen kandidaat ontvangt op diens verzoek niet alleen de bij de selectie gebruikte kwalificatiecriteria, maar ook de objectieve vergelijkende beoordeling van die criteria en zo nodig de overwegingen die de balans deden doorslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht (informatieplicht).

Handhaving

De vier quotaregelingen in België, Duitsland, Frankrijk en Italië kennen alle (uiteindelijk) de sanctie van nietigheid van een benoeming in strijd met de quotaregeling. In de uitwerking zijn de nietigheidssancties wel verschillend. In België blijkt bij nadere beschouwing sprake te zijn van *vernietigbaarheid* van de benoeming, waarop binnen een vrij korte termijn beroep moet worden gedaan. Na het verstrijken van de termijn kan de nietigheid niet meer worden ingeroepen. In Frankrijk is iedere benoeming in strijd met de quotaregeling *van rechtswege* nietig, evenals in Duitsland. In Italië komt de nietigheid van de benoeming pas in zicht nadat de voor de handhaving van de regeling verantwoordelijke autoriteit, de Consob, twee maal heeft gewaarschuwd (waarbij de tweede waarschuwing gepaard gaat met oplegging van een boete aan de vennootschap). In België en Frankrijk is uitdrukkelijk bepaald dat een nietige benoeming geen consequenties heeft voor de geldigheid van de besluitvorming. De reden hiervoor is dat op grond van art. 8 van Richtlijn 2017/1132 van het Europese parlement en de raad een onregelmatigheid in de benoeming na openbaarmaking ervan niet aan derden te goeder trouw kan worden tegengeworpen.

België en Frankrijk kennen naast de nietigheid van de benoeming een tweede sanctie die *alle* leden raakt van het in strijd met de quotaregeling samengestelde orgaan: opschorting van alle aan het bestuursmandaat verbonden voordelen (België) respectievelijk alle vergoedingen (zoals presentiegelden) (Frankrijk). De gedachte die hier achter zit is dat de leden van de raad van bestuur c.q. de *conseil d'administration/conseil de surveillance* alles in het werk moeten stellen om er voor te zorgen dat de AV een benoemingsbesluit neemt dat in overeenstemming is met de quotaregeling.

In verschillende nationale regelingen zijn transparantieverplichtingen opgenomen. Zo moeten de onder de Belgische quotaregeling vallende vennootschappen in hun corporate governance verklaring rapporteren over de samenstelling van hun bestuur en hun inspanningen om de quota te bereiken. Het ontbreken van deze gegevens kan leiden tot de oplegging van een boete aan de vennootschapsbestuurders van max. EUR 10.000. In Duitsland moeten de vennootschappen die onder de flexibele streefcijferregeling vallen hun streefcijfers en streefdata rapporteren. Ook moeten zij na het verstrijken van een streefdatum (gemotiveerd) rapporteren over het al dan niet bereiken van het streefcijfer. Ook op overtreding van deze rapportageverplichting staat een boete die kan worden opgelegd aan bestuurders en leden van de Aufsichtsrat, van max. EUR 50.000. Helaas is over de naleving van deze rapportageverplichting vanwege de recente inwerkingtreding van de Duitse regeling nog weinig te zeggen. Opvallend is dat de Franse quotaregeling, die een brede reikwijdte kent, geen rapportageverplichtingen bevat. In Frankrijk wordt met name ten aanzien van de niet-genoteerde 'grote' vennootschappen een handhavingsprobleem geconstateerd omdat een 'monitoring- en controle'-mechanisme of -autoriteit ontbreekt. Dat is weer anders in Italië, waar de quota-regeling alleen op beursvennootschappen ziet en strak wordt gemonitord door de verantwoordelijke toezichthouder, de Consob.

Effectiviteit

Op basis van de beperkte hoeveelheid beschikbare (recente) gegevens die zijn onderzocht met betrekking tot de effectiviteit van de verschillende regelingen kunnen enkele (voorzichtige) conclusies worden getrokken.

Een sterke stijging van het percentage vrouwen in de top kan worden vastgesteld in Italië. Gemiddeld was daar eind juni 2016 meer dan 30% van de bestuursleden van de onder de quotaregeling vallende beursvennootschappen vrouw. Sinds 2012, toen dat percentage 11,6% bedroeg, is het percentage dus bijna verdrievoudigd. Die sterke stijging kan worden toegeschreven aan de beperking van de regeling tot beursvennootschappen en de keuze van de Italiaanse wetgever om de verantwoordelijk toezichthouder, de Consob, met de handhaving van de quotaregeling te belasten. De praktijk laat zien dat beursvennootschappen het wel uit hun hoofd laten om twee waarschuwingen van de Consob te negeren. Bij het Italiaanse succes zijn een paar observaties te maken. De quota hebben er (nog) niet toe geleid dat er wezenlijk meer vrouwen in 'positions of power' worden benoemd. Er zijn namelijk maar heel weinig vrouwelijke CEO's en chairpersons in de onder de regeling vallende vennootschappen. Voorts zijn er aanwijzingen dat het aantal 'interlocking directorships' onder vrouwen is gestegen sinds de invoering van de quotaregeling, wat er op zou kunnen duiden dat in een beperkte vijver naar vrouwen wordt gevist. Ten slotte is een belangrijke observatie dat de Italiaanse regeling van tijdelijke duur is: zij geldt alleen voor de eerste drie bestuursverkiezingen na inwerkingtreding van de wet. Het is de vraag wat de beursvennootschappen daarna op eigen kracht gaan doen om de bereikte genderdiversiteit te behouden/uit te bouwen.

Ook in België hebben de quota duidelijk effect gehad. Uit monitoringonderzoek blijkt dat al vóór de invoering van de quota het percentage vrouwen in de raden van bestuur jaarlijks toenam, maar tussen 2014 en 2016 heeft het percentage bedrijven dat aan het wettelijk vereiste voldoet een sprong gemaakt. Dat nam toe van 21% in 2014 naar 38, 7% in 2016. Het gemiddelde percentage vrouwen in de Belgische quota-vennootschappen bedraagt in 2016 21,6%. Een observatie bij dit resultaat is dat ook in België het percentage vrouwen achterblijft als het gaat om de 'positions of power' in de directiecomités, waarvoor geen wettelijk quotum geldt.

Het beeld dat quota goed werken bij beursvennootschappen vindt bevestiging in Duitsland. Daar is het percentage vrouwen in de Aufsichtsräte gemiddeld in iets minder dan twee jaar tijd met 6,3% toegenomen tot 28,1% (stand maart 2017). Hier zit er echter nauwelijks beweging in het percentage vrouwen in de raden van bestuur (waarvoor geen quota, maar wel zelf te bepalen streefcijfers gelden). Voor conclusies met betrekking tot de effectiviteit van de Duitse flexibele streefcijferregeling is het nog te vroeg.

In Frankrijk kan van wisselend succes worden gesproken. Uit een recent monitoring-onderzoek blijkt dat de 160 voornaamste beursvennootschappen gemiddeld meer dan 30% vrouwen in hun *conseils* hebben. Bij nadere beschouwing is ook bij dit resultaat een observatie te maken: evenals in Italië, België en Duitsland blijft de benoeming van vrouwen in 'positions of power' achter. Het grote knelpunt in Frankrijk zijn de niet-

genoteerde vennootschappen die onder de quota-regeling vallen: zij halen volgens reeds genoemde monitoringonderzoek gemiddeld een aandeel van nog geen 15% vrouwen in hun *conseils*. Bij deze score moet worden opgemerkt dat de werkingssfeer van de wet nog vrij recent - in 2014 - is uitgebreid tot vennootschappen met meer dan 250 werknemers (in plaats van de voorheen geldende 500 werknemers). Bovendien geldt dat vennootschappen gedurende drie jaar aan dit criterium (alsmede het criterium van een omzet c.q. balanstotaal van EUR 50 mio) moeten voldoen. De middelgrote ondernemingen die onder de wet van 2014 vallen worden in het monitoringonderzoek als 'terra quasi incognita' beschouwd. Uit de monitoring blijkt dat sommige onder de wet vallende vennootschappen niet op de hoogte zijn van de regeling en dat - zoals hiervoor al werd opgemerkt - het aan monitoring- en controlemechanismen ontbreekt. De wet bevat geen rapportageverplichtingen. Voorts is onduidelijk wie de nietigheid van benoemingen in strijd met de quota- regeling in kan roepen in het geval dat externe aandeelhouders ontbreken (en of dat überhaupt gebeurt). Eveneens onduidelijk is of bij vennootschappen met een beperkte kring van aandeelhouders de sanctie van opschorting van de bestuursvergoeding wordt toegepast.
De matige naleving van de Franse quota-regeling door niet-genoteerde vennootschappen kan er op duiden dat veel vennootschappen inderdaad eenvoudigweg (nog) niet beseffen dat zij onder de quotaregeling vallen. Het kan echter ook zo zijn dat zij dit wel beseffen, maar dat zij zich niets aantrekken van de sancties omdat er 'geen haan naar kraait'.

Hoofdstuk 6. De streefcijferregeling van Boek 2 BW in de praktijk: kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen

6.1 Inleiding

Uit de in hoofdstuk 2 van dit deelonderzoek opgenomen analyse van de parlementaire geschiedenis volgt dat het doel van de streefcijferregeling is om een evenwichtige verdeling van de zetels over mannen en vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen te bereiken. Daartoe is een streefcijfer van 30% vrouwen en mannen in de raden van bestuur en de raden van commissarissen neergelegd. Het uitgangpunt lijkt te zijn dat dit streefcijfer vóór het einde van de geldingsduur van de wettelijke regeling kan worden bereikt. De einddatum was aanvankelijk bepaald op 31 december 2015, maar bij de verlenging van de streefcijferregeling is deze bepaald op 31 december 2019. De reden voor verlenging van de streefcijferregeling is dat het streefcijfer van 30% (bij lang na) niet is gehaald.
In par. 6.2 wordt aan de hand van kwantitatieve gegevens inzicht gegeven in de voortgang die sinds de inwerkingtreding van de streefcijferregeling is geboekt met betrekking tot het aandeel vrouwen onder de bestuurders en commissarissen van grote NV's en BV's. Hierbij is hoofdzakelijk gebruik gemaakt van kwantitatieve gegevens die zijn opgenomen in de rapporten 'Topvrouwen in de wachtkamer' (hierna: Bedrijvenmonitor 2012-2015)[267], 'Waiting on the world to change' (hierna: Bedrijvenmonitor 2016)[268] De Bedrijvenmonitor is de officiële monitor van het streefcijfer voor de doelgroep van meer dan 5000[269] NV's en BV's die onder de streefcijferregeling vallen en daarmee de belangrijkste graadmeter voor de geboekte voortgang. Om afzonderlijk inzicht te kunnen verschaffen in de progressie met betrekking tot de evenwichtige m/v-verdeling in de top van beursvennootschappen is bovendien gebruik gemaakt van de cijfers die zijn opgenomen in de Female Board Index 2016[270].
In par. 6.3 en 6.4 wordt (ten behoeve van de beantwoording van onderzoeksvraag 7) aan de hand van kwantitatieve gegevens inzicht verschaft in de ontwikkeling van de m/v-verdeling in de top van 'grote' (semi)publieke organisaties respectievelijk 'grote' stichtingen. Par. 6.3 bevat de voornaamste bevindingen van het onderzoek dat ten

[267] Wilma Henderikse en Babette Pouwels, 'Topvrouwen in de wachtkamer', Bedrijvenmonitor 2012-2015, www.rijksoverheid.nl, geraadpleegd op 12 augustus 2017.
[268] Wilma Henderikse en Babette Pouwels, 'Waiting on the world to change', Bedrijvenmonitor 2016, www.rijksoverheid.nl, geraadpleegd op 12 augustus 2017.
[269] Bedrijvenmonitor 2016, p. 99: : "In de databank Orbis zijn eind 2015 5075 vennootschappen geregistreerd die aan de criteria voor grote vennootschappen voldoen". Uit de gegevens die de onderzoekers zelf van de KvK hebben verkregen volgt dat er in 2012 in totaal 3312 grote NV's en BV's waren en in 2017 in totaal 3847. Zie tabel 2 in Deelonderzoek II. Hierna wordt het in de Bedrijvenmonitor 2016 gehanteerde cijfer aangehouden.
[270] Mijntje Lückerath-Rovers, The Dutch Female Board Index 2016, https://www.tias.edu/dossiers/detail/female-board-index, geraadpleegd op 12 augustus 2017. De onderzoekers wijzen er op dat op 1 september de Female Board Index 2017 is verschenen. Het onderzoek was toen reeds afgesloten.

behoeve van de Bedrijvenmonitor 2016 is uitgevoerd naar de m/v-verdeling in de top van grote (semi)publieke organisaties. Par. 6.4 laat aan de hand van de de KvK-dataset 2012-2017[271] de ontwikkeling tussen 2012 en 2017 zien van de m/v-verdeling bij alle 'grote' stichtingen, afgezet tegen de ontwikkeling bij alle grote NV's en BV's.
De Bedrijvenmonitor 2016 bevat behalve cijfers over de mate waarin het streefcijfer is behaald ook de resultaten van een monitoringstudie naar de verklaringen van 'grote' vennootschappen voor het niet behalen van het streefcijfer en de maatregelen die 'grote' vennootschappen hebben genomen om een evenwichtige verdeling te bereiken. Deze resultaten worden samengevat in par. 6.2.5.
In hoofdstuk 2 is vastgesteld dat volgens de wetgever sprake is van niet-naleving van de streefcijferregeling wanneer een vennootschap niet aan het wettelijke streefcijfer ' voldoet en hiervoor een (adequate) uitleg in het bestuursverslag ontbreekt ('pas-toe-of-leg-uit'). Om vast te kunnen stellen of de streefcijferregeling het gewenste effect heeft is het dus niet voldoende om alleen na te gaan in welke mate 'grote' vennootschappen aan het streefcijfer voldoen. Tevens moet worden onderzocht of zij in het geval dat zij het streefcijfer niet hebben gehaald aan de wettelijke verplichting voldoen om hierover transparantie te verschaffen. Naar de naleving van de transparantieverplichtingen is in het kader van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 en de Bedrijvenmonitor 2016 reeds uitvoerig onderzoek verricht. Par. 6.2.6 bevat een samenvatting van de voornaamste kwantitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot de wijze waarop 'grote' NV's en BV's die het streefcijfer van 30% nog niet hebben gehaald hierover verantwoording afleggen in hun bestuursverslag. Ook worden de kwantitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot de rol van de accountant samengevat.
In par. 6.2.7 zijn de conclusies met betrekking tot alle kwantitatieve bevindingen opgenomen.
Par. 6.3 van dit hoofdstuk bevat een samenvatting van de kwalitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015 (par. 6.3.1) en de resultaten van interviews gehouden door onderzoekers (par. 6.3.2). In par. 6.3.1 zijn niet alleen opgenomen de bevindingen uit het stakeholdersonderzoek dat ten behoeve van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 is verricht[272], maar ook een samenvatting van de opmerkingen van de ondervraagde vennootschappen naar aanleiding van de digitale vragenlijst die zij voor de verschillende edities van de

[271] Het betreft de longitudinale gegevens van alle bestuurders en toezichthouders van alle 'grote' NV's, BV's en stichtingen die de onderzoekers hebben verkregen via de Kamer van Koophandel. Deze gegevens zijn ten behoeve van deelonderzoek II gebruikt om inzicht te kunnen krijgen in de kwantitatieve effecten van de limiteringsregeling. Voor de verantwoording van deze gegevens verwijzen onderzoekers dan ook naar par. 7.1 van dat deelonderzoek. In aanvulling op deze verantwoording merken onderzoekers op dat in zowel de KvK-dataset 2012 als in de KvK-dataset 2017 het geslacht van 29% van de personen ontbreekt. Deze gegevens zijn vervolgens op basis van de beschikbare voornaam van de personen handmatig aangevuld. In geval van enige twijfel is met behulp van internet verder gezocht naar het geslacht van deze personen. Zo is een voldoende betrouwbaar databestand gecreëerd.
[272] In het kader van de Bedrijvenmonitor 2016 is geen stakeholdersonderzoek verricht.

Bedrijvenmonitor hebben ontvangen.[273] Uit deze opmerkingen zijn namelijk enige knelpunten met betrekking tot de toepassing van de streefcijferregeling in de praktijk af te leiden. De kwalitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015 zijn aangevuld met de bevindingen opgedaan tijdens de door onderzoekers gehouden interviews met vennootschappen, executive search bureaus en andere stakeholders. In het kader van de ten behoeve van Deelonderzoek I gehouden interviews is aan vier 'grote' vennootschappen waarbij voor vacante plaatsen in het bestuur geworven moest worden de vraag gesteld of bij het opstellen van het profiel rekening is gehouden met aan te trekken vrouwen. Een samenvatting van de antwoorden is in par. 6.3.2.1 opgenomen. Par. 6.3.2.2 bevat de bevindingen uit de ten behoeve van Deelonderzoek II gehouden interviews met executive search bureaus die relevant zijn voor de toepassing van de streefcijferregeling in de praktijk. In par. 6.3.2.3 zijn de bevindingen opgenomen uit een viertal interviews met stakeholders die ieder vanuit een specifieke betrokkenheid gevraagd is hun visie op de streefcijferregeling te geven. Gesproken is met:
- Rients Abma, directeur van Eumedion[274], een belangenorganisatie van institutionele beleggers, die in het bijzonder is gevraagd om de rol van de AV bij de streefcijferregeling te belichten;
- Cees van Geffen[275] en Sonja Visser van accountantsorganisatie EY, die in het bijzonder zijn bevraagd met betrekking tot de rol van de accountant bij de streefcijferregeling;
- Marry de Gaay Fortman, partner bij Houthoff Buruma, commissaris bij KLM en DNB en voorzitter van de stichting Topvrouwen[276];
- Mijntje Lückerath-Rovers, hoogleraar Corporate Governance aan de Tilburg University en commissaris bij Achmea; zij stelt jaarlijks de Female Board Index op (zie par. 6.2.2).

[273] De bevindingen naar aanleiding van de opmerkingen van respondenten bij de Bedrijvenmonitor 2012-2015 zijn aangevuld met de bevindingen naar aanleiding van de opmerkingen van respondenten bij de Bedrijvenmonitor 2016.
[274] Eumedion behartigt de belangen van de bij haar aangesloten institutionele beleggers op het gebied van corporate governance en duurzaamheid. Doel van de pensioenfondsen, verzekeringsmaatschappijen, beleggingsinstellingen en vermogensbeheerders die deelnemers zijn van Eumedion is om de governance, milieu- en sociale prestaties van de Nederlandse beursvennootschappen te verbeteren.
[275] Cees van Geffen is vaktechnisch secretaris van de Raad voor de Jaarverslaggeving (RJ). De Stichting voor de jaarverslaggeving heeft als doel de kwaliteit en bruikbaarheid van de externe verslaggeving, in het bijzonder van de jaarrekening, binnen Nederland door rechtspersonen en andere juridische entiteiten te bevorderen. Dit wordt gerealiseerd door het publiceren van 'Richtlijnen voor de jaarverslaggeving' en RJ-Uitingen en door het gevraagd en ongevraagd adviseren van de overheid en andere regelgevende instanties, zoals de International Accounting Standard Board (IASB) en de European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG).
[276] De Stichting Topvrouwen biedt via de database www.topvrouwen.nl een ingang voor bedrijven, instellingen en wervingsbureaus die op zoek zijn naar vrouwelijke kandidaten voor en raad van bestuur, de raad van commissarissen of een raad van toezicht. De database moet bijdragen aan de doelstelling dat in beide raden van bedrijven in 2023 het aandeel vrouwen minstens 30 procent is.

6.2 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de mate waarin 'grote' NV's en BV's het wettelijke streefcijfer hebben behaald

6.2.1 De Bedrijvenmonitor 2012-2015 en de Bedrijvenmonitor 2016

De Bedrijvenmonitor betreft een jaarlijks grootschalig veldonderzoek onder grote vennootschappen in Nederland die moeten voldoen aan de wettelijke streefcijferregeling. Inmiddels zijn drie edities van de Bedrijvenmonitor verschenen. De eerste editie verscheen in 2014 en bestrijkt de jaren 2012 en 2013. Onderdeel van de Bedrijvenmonitor is een onderzoek naar de voortgang van het aandeel vrouwen en mannen in de raden van bestuur en raden van commissarissen van 'grote' NV's en BV's. In 2015 verscheen de tweede editie waarin een meting van de m/v-samenstelling van raden van bestuur en raden van commissarissen is verricht over het jaar 2014, alsmede een tussenmeting halverwege 2015 heeft plaatsgevonden voor de 200 grootste vennootschappen[277]. De derde editie, de Bedrijvenmonitor 2016, bevat de resultaten van de meting over heel 2015 en de eerste helft van 2016, met ook weer een aparte meting onder de 200 grootste vennootschappen. Jaarlijks zijn tweeduizend grote NV's en BV's geselecteerd en benaderd om mee te doen. Daarvan hebben 803 vennootschappen meegedaan aan de monitor over 2012 en 2013 (responspercentage: 40,6%), 851 deden mee aan de monitor over 2104 (responspercentage 43,3%) en 843 namen deel aan de monitor over 2015 (45,4%).[278] Alle deelnemende vennootschappen is gevraagd hun bestuursmodel te vermelden. Dat leverde voor de derde editie van de Bedrijvenmonitor 740 vennootschappen met een raad van bestuur en 452 vennootschappen met (ook) een raad van commissarissen op.[279] Van de deelnemende vennootschappen heeft 4,5% een monistisch bestuur. Deze vennootschappen is gevraagd de informatie over de uitvoerende bestuurders ('directie') in te vullen bij de RvB en de informatie over de niet-uitvoerende bestuurders ('toezichthouders') bij de RvC.[280]
In par. 6.2 is een aantal figuren overgenomen uit de Bedrijvenmonitor 2016. Onder de overgenomen figuren wordt vermeld welke peildata zijn gehanteerd voor de in de metingen waarop de figuur is gebaseerd.

[277] Dit betreft de beursgenoteerde vennootschappen die genoteerd zijn op Euronext Amsterdam en de grote financiële instellingen, aangevuld met de top van Elsevier's top 500 van in omzet gemeten grootste bedrijven, voor zover deze statutair in Nederland gevestigd zijn en voldoen aan de groottecriteria van de streefcijferregeling (Bedrijvenmonitor 2016, p. 101).
[278] Er is trapsgewijs een steekproef getrokken uit de (via de databank Orbis) verkregen populatie van grote vennootschappen. Voor de eerste editie van de Bedrijvenmonitor zijn alle 'grote' (Nederlandse) beursvennootschappen geselecteerd. Vervolgens is de groep door aselecte trekking aangevuld tot 2000. Voor de andere twee edities zijn de vennootschappen die aan de eerdere editie(s) mee hebben gedaan opnieuw benaderd en is de steekproef aangevuld met nieuwe vennootschappen die aselect uit de populatie zijn geselecteerd (Bedrijvenmonitor 2016, p. 103). Door toepassing van een wegingsfactor is gecorrigeerd voor de vertekening die heeft kunnen optreden door de trapsgewijze selectie en eventuele selectieve non-respons (Bedrijvenmonitor 2016, p. 107).
[279] Bedrijvenmonitor 2016, p. 27-29.
[280] Zie eindnoot viii op p. 115 van de Bedrijvenmonitor 2016

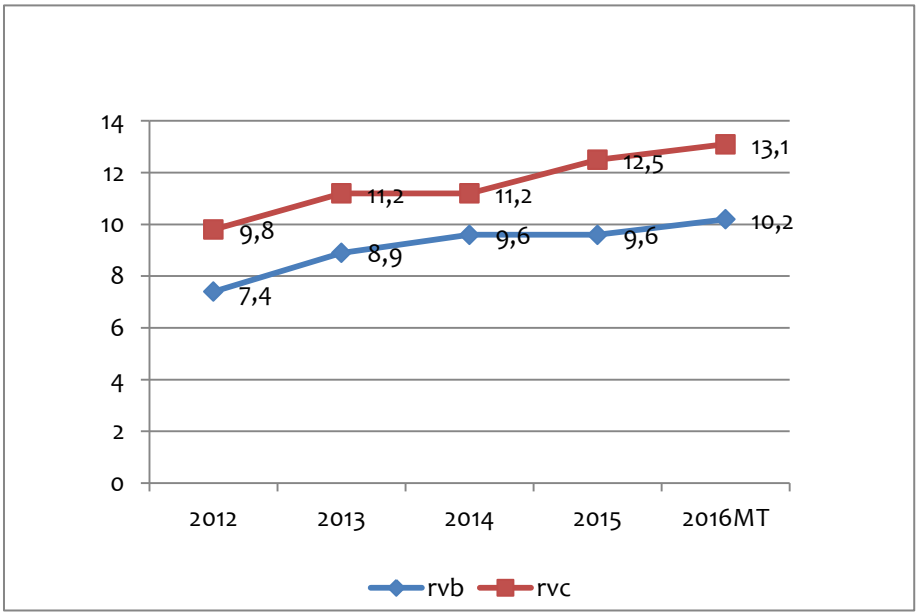
6.2.1.1 De voornaamste kwantitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot de realisatie van het streefcijfer van 30% bij grote NV's en BV's.[281]

Op 31 mei 2016 bedroeg het aandeel vrouwelijke commissarissen in 'grote' NV's en BV's met een raad van commissarissen 13,1%. Het aandeel vrouwelijke bestuurders in 'grote' vennootschappen met een raad van bestuur bedroeg 10,2%. Figuur 1 laat zien dat deze cijfers maar langzaam zijn gestegen sinds 2012. Indien de stijging zich doorzet in hetzelfde tempo zal er nog een lange tijd nodig zijn voordat de nagestreefde 30% wordt bereikt voor zowel de raden van bestuur als de raden van commissarissen. Op basis van deze cijfers ligt het niet voor de hand dat de streefcijfers voor 1 januari 2020 worden gehaald.

Bij deze cijfers verdient opmerking dat de stijging voor rekening komt van een kleine groep vennootschappen (5%), waar het percentage vrouwen in de raad van bestuur tussen 2014 en 2015 met gemiddeld 28,8% steeg. Bij 92,4% bleef het aantal vrouwelijke leden van de raad van bestuur gelijk en bij 2,6% nam het af.
Een zelfde beeld is te zien bij raden van commissarissen. Ook daar is een kleine groep koplopers zichtbaar (9,6%), waar het aandeel vrouwelijke commissarissen in 2015 gemiddeld toenam met 22,7%. Bij 84,8% bleef het aantal vrouwen gelijk en bij 5,6% nam het af.

Uit figuur 2 blijkt dat op 31 mei 2016 nog steeds een vrij groot aantal 'grote' NV's en BV's geen enkele vrouw in de raad van bestuur respectievelijk de raad van commissarissen heeft, namelijk 73,1% respectievelijk 61,2%. Die percentages nemen af, maar ook hier is het tempo van de afname laag.

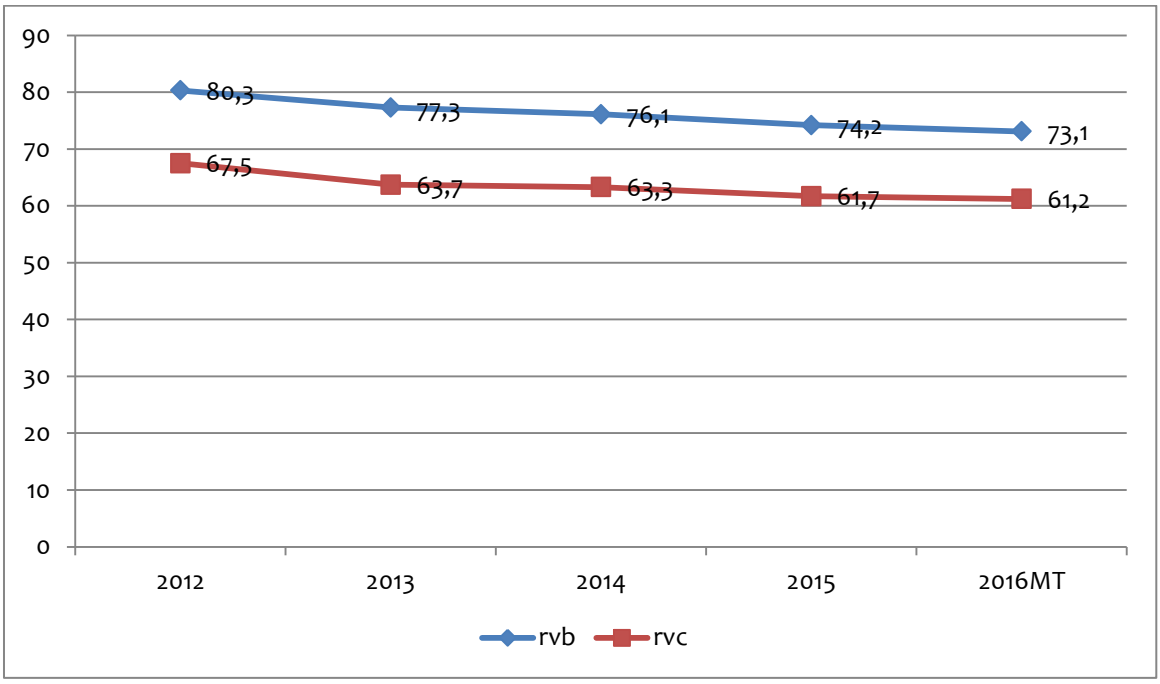
Figuur 1 - Gemiddeld aandeel vrouwen in de RvB en RvC, 2012-2016 in procenten



[281] Figuren 1 tot en met 8 in deze paragraaf zijn overgenomen uit de Bedrijvenmonitor 2016.

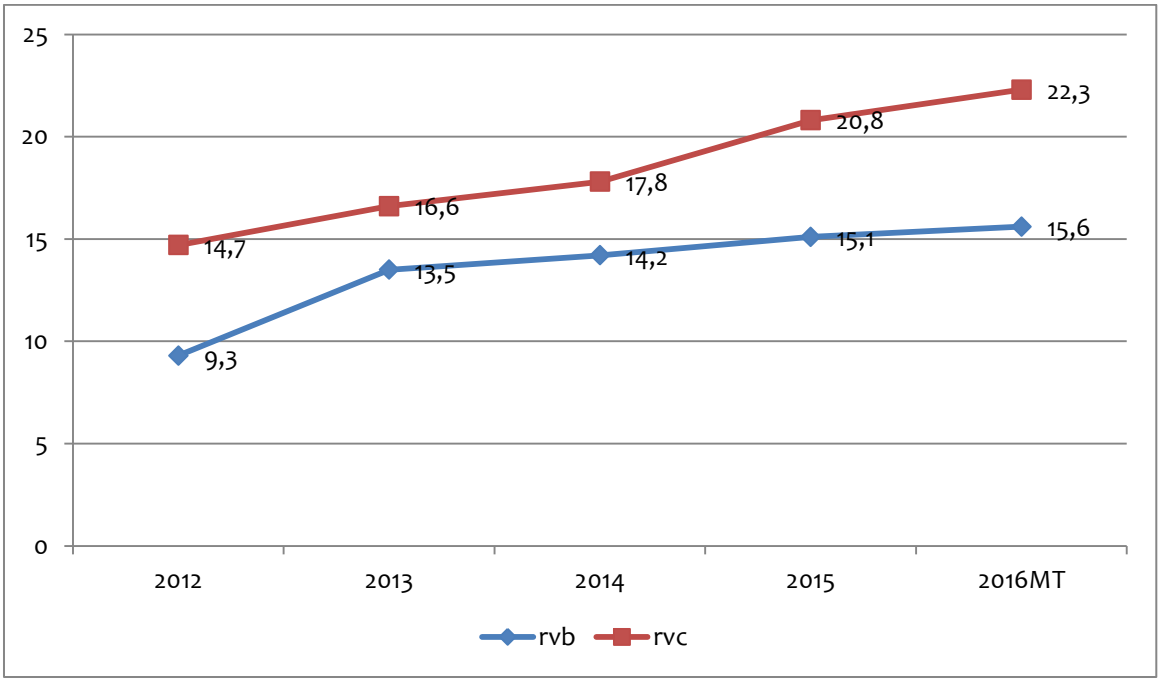
2012-2015 berekend op basis van het aantal natuurlijke personen in de RvB/RvC. Peildatum 2012-2015: 31 december van het monitorjaar; peildatum 2016: 31 mei.

Figuur 2 – RvB's en RvC's zonder vrouwen, 2012-2016 (in procenten)



Figuur 3 laat zien hoeveel grote NV's en BV's het streefcijfer van ten minste 30% vrouwen (en mannen) hebben gerealiseerd voor de raden van bestuur en commissarissen. Op 31 mei 2016 had 15,6% van hen een aandeel van ten minste 30% vrouwen in de raden van bestuur en 22,3% van hen had het streefcijfer gehaald voor de raden van commissarissen. Het percentage neemt sinds 2012 voor de raden van commissarissen langzaam maar gestaag toe. Bij de raden van bestuur was er een forse stijging in 2013, daarna is de jaarlijkse stijging afgevlakt en stijgt het percentage heel langzaam.
Van de bedrijven die het streefcijfer voor de raad van bestuur nog niet hebben gehaald geeft een vijfde (22%) aan niet aan het streefcijfer te kunnen voldoen omdat het bestuur uit één persoon bestaat. Voor de raad van commissarissen is dit percentage veel lager, namelijk 3,8%. Als eenhoofdige raden van bestuur en eenhoofdige raden van commissarissen niet worden meegeteld was eind 2015 19,1% van de raden van bestuur en 21,9% van de raden van commissarissen evenwichtig samengesteld.

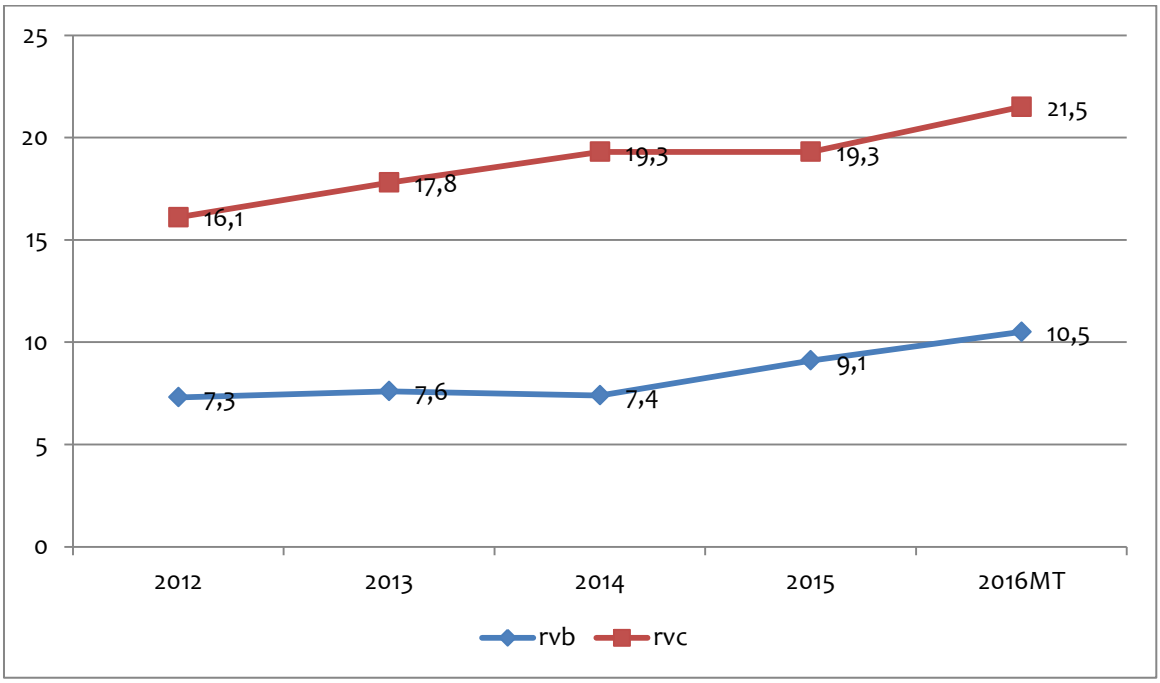
Figuur 3 - Evenwichtige verdeling (30% m/v) gerealiseerd in de RvB en RvC, 2012-2016 (in procenten van het aantal RvB's/RvC's met één persoon of meer



Peildatum 2012-2015: 31 december van het monitorjaar; peildatum 2016: 31 mei

Figuur 4 laat de resultaten zien voor de top 200 bedrijven. Voor wat betreft het aandeel vrouwen in de raden van commissarissen is het percentage duidelijk hoger dan bij het totale aantal grote NV's en BV's, namelijk 21,5% tegenover 13,1% op 31 mei 2016. Bij de raden van bestuur is het verschil verwaarloosbaar: 10,5% tegenover 10,2%.

Figuur 4 - Gemiddeld aantal vrouwen in de RvB en RvC bij de top 200, 2012-2016[282]

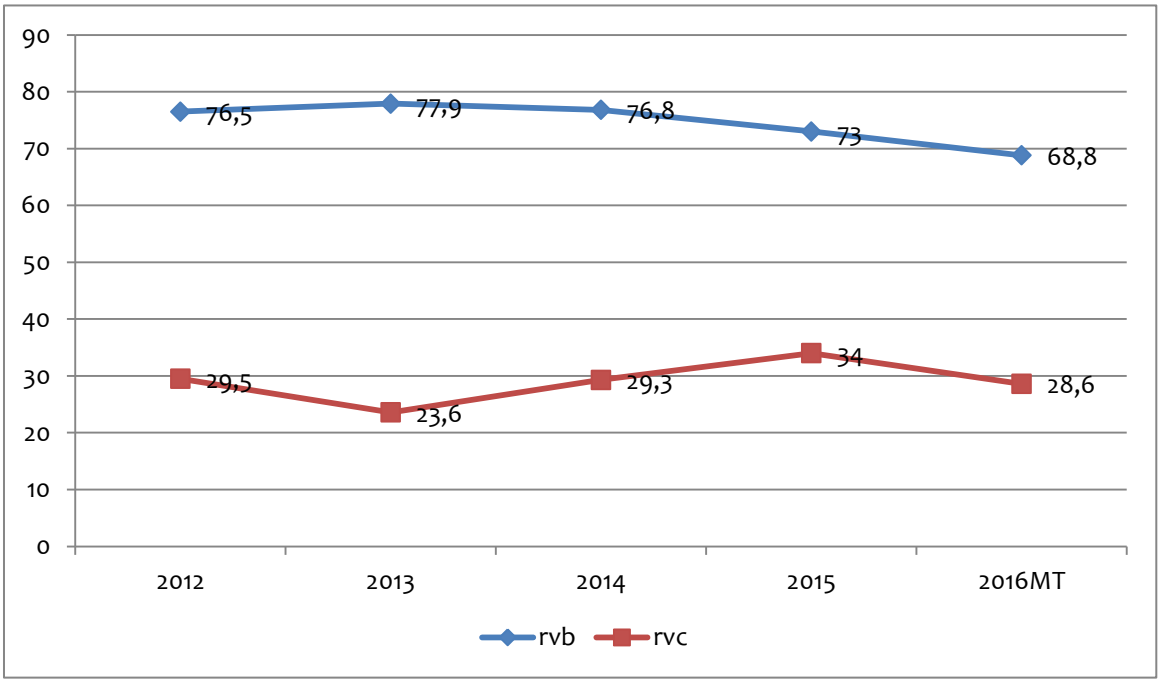


Verder verdient opmerking dat er ook binnen de top 200 grote verschillen zijn tussen vennootschappen: bij 17% steeg het aantal vrouwen in de raden van commissarissen terwijl het bij 13% daalde.

[282] De percentages zijn berekend over 111 respondenten uit de top 200 met een RvB en 100 met een RvC.

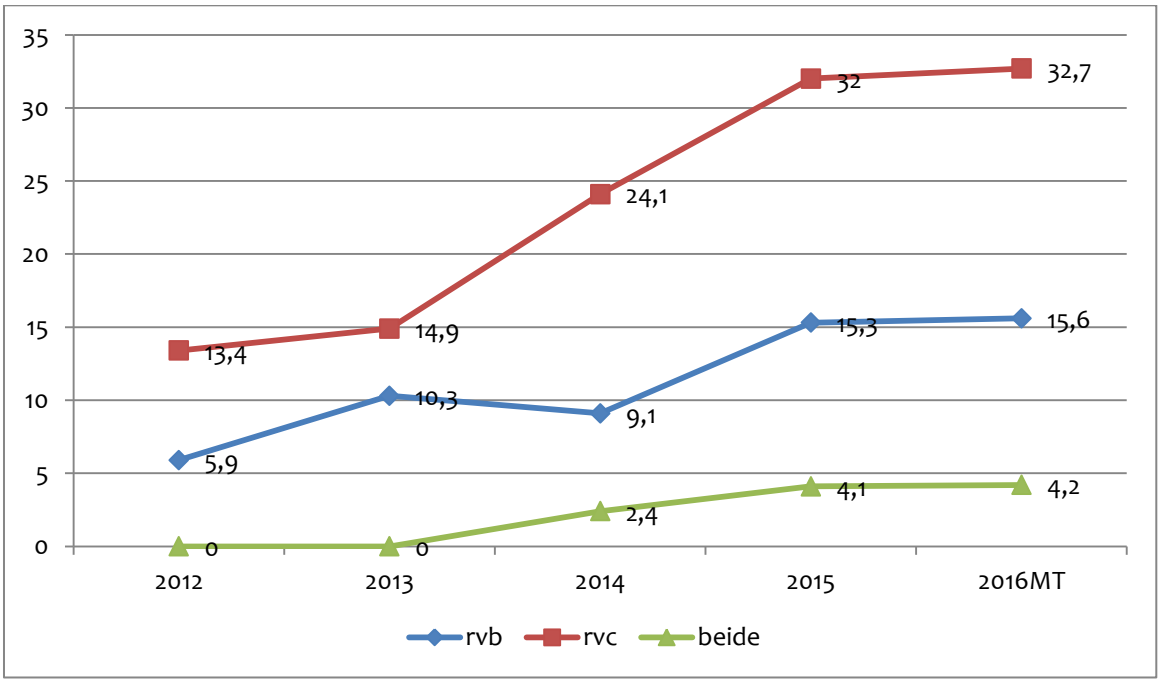
Figuur 5 laat zien dat het aantal vrouwen bij top 200-vennootschappen dat geen enkele vrouw in de raad van commissarissen heeft veel lager is dan bij de totale populatie NV's en BV's, namelijk 34% tegenover 61,2% op 31 december 2015. 68,8% van de top 200 vennootschappen had op 31 mei 2016 geen enkele vrouw in de raad van bestuur. Gemeten over alle grote vennootschappen was dit percentage op dat tijdstip 73,1%. Dit verschil is dus veel minder groot.

Figuur 5 - RvB's en RvC's zonder vrouwen bij de top 200 (in procenten)



Aan figuur 6 valt onmiddellijk op de sterke toename sinds 2013 van het percentage top 200 vennootschappen dat het streefcijfer heeft gehaald voor de raden van commissarissen. Dit was op 31 december 2012 nog maar 13,4% en bedroeg op 31 mei 2016 32,7%. Voor de raden van bestuur is het percentage veel lager, namelijk 17,4% (tegen 5,9 eind 2012). Het percentage top 200 vennootschappen dat zowel voor de raad van commissarissen als voor de raad van bestuur het streefcijfer heeft gehaald is laag: 4,2% op 31 mei 2016.

Figuur 6 - Evenwichtige verdeling (30% m/v) gerealiseerd in de RvB en RvC bij de top 200, 2012-2016



6.2.2 De Female Board Index 2016

Sinds 2009 publiceert Prof. Mijntje Lückerath van TIAS School for Business van de Universiteit Tilburg ieder jaar in oktober de Female Board Index.[283] Deze index geeft een overzicht van de vrouwelijke vertegenwoordiging in de raden van bestuur en raden van commissarissen van Nederlandse NV's die genoteerd zijn op Euronext Amsterdam. In 2016 bevatte de Female Board Index 83 vennootschappen, tegen 84 in 2015 (hierna worden deze vennootschappen aangeduid als 'FBI-vennootschappen'. De gehanteerde peildata zijn voor 2015 en 2016 respectievelijk 31 augustus 2015 en 31 augustus 2016. De gegevens waarop de index is gebaseerd zijn hoofdzakelijk verzameld via de Kamer van Koophandel en de websites van de in het onderzoek betrokken vennootschappen. De Female Board Index is in de Engelse taal opgesteld. In de Female Board Index worden de

[283] Ook in 2007 en 2008 monitorde zij de vertegenwoordiging van vrouwen in raden van bestuur en raden van commissarissen van Euronext-bedrijven al. Op de website https://www.tias.edu/dossiers/detail/female-board-index (geraadpleegd op 28 juli 2017) zijn de indices vanaf 2009 te vinden.

termen 'directors', 'executive directors' en 'non executive directors' gebruikt. Deze staan respectievelijk voor 'bestuurders en commissarissen', 'bestuurders' en 'commissarissen'.[284]

6.2.2.1 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de realisatie van het streefcijfer van 30% uit de Female Board Index 2016 (83 beursvennootschappen)

Uit tabel 1 volgt dat het gemiddelde percentage vrouwen in de raden van bestuur en raden van commissarissen op 31 augustus 2016 17,9% bedroeg. Dat percentage is in een jaar tijd licht gestegen, namelijk met 0,9%. De stijging komt geheel voor rekening van een toename van het aantal vrouwen in de raden van commissarissen, namelijk van 21,3% naar 23,1%. Het percentage vrouwen in de raden van bestuur van de FBI-vennootschappen is voor het eerst sinds 2007 teruggelopen.[285] In 2015 bedroeg dat percentage 7,8%, in 2016 slechts 7,1%.

Tabel 1. Female directors Female Board Index 2015 and Female Board Index 2016

83 listed companies	2015 n=84		2016 n=83	
	#	%	#	%
total directors	642		**653**	
-of which female	109	17.0%	**117**	**17.9%**
total executive directors	206		**212**	
-of which female	16	7.8%	**15**	**7.1%**
total non-executive directors	436		**441**	

Bron: Female Board Index 2016

[284] Op p. 7 van de Female Board Index 2016 schrijft Lückerath dat het dualistische bestuursmodel in Nederland dominant is. Zij expliciteert niet hoe zij Euronext-vennootschappen met een monistisch bestuursmodel - zoals bijvoorbeeld Unilever - in de index heeft verwerkt. Onderzoekers gaan er van uit dat gemaakte onderscheid *executive* versus *non executive* (dat immers ontleend is aan de terminologie die wordt gehanteerd in een monistisch bestuursmodel) ook ziet op uitvoerende versus niet uitvoerende bestuurders in een monistisch bestuur.

[285] Zie figuur 2 op p. 9 van de Female Board Index 2016.

Tabel 2. New board members and resignations

	FBI 2015 n=84		FBI 2016 n=83	
	#	%	#	%
APPOINTMENTS				
total new directors	92		**94**	
-of which female	22	23.9%	**23**	**24.5%**
total new executive directors	23		**26**	
-of which female	3	13.0%	**0**	**0.0%**
total new non-executive directors	69		**68**	
RESIGNATIONS				
total resigned directors	69		**69**	
-of which female	9	13.0%	**15**	**21.7%**
total resigned executive directors	25		**13**	
-of which female	1	4.0%	**2**	**15.4%**
total resigned non-executive directors	44		**56**	
Net change male directors	10		**17**	
Net change female directors	13		**8**	

Bron: Female Board Index 2016

Tabel 2 toont het aantal nieuw benoemde en het aantal afgetreden bestuurders en commissarissen. Het percentage vrouwen onder nieuw benoemde commissarissen is toegenomen. In 2016 was 33,8% van de nieuw benoemde commissarissen vrouw, in 2015 bedroeg dat percentage 27,5%. Alle nieuw benoemde bestuurders zijn man, wat nog nooit is voorgekomen sinds het bestaan van de Female Board Index.
Verder blijkt uit de Female Board Index 2016 dat 60 van de 83 FBI-vennootschappen in 2016 ten minste één vrouw heeft in de raad van bestuur of in de raad van commissarissen. Dat is er één meer dan in 2015. Van alle 83 FBI--vennootschappen voldoen in 2016 alleen AkzoNobel en PostNL aan het streefcijfer van 30% voor zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen. In 2015 voldeed hieraan geen enkele FBI-vennootschap. Twaalf vennootschappen voldoen in 2016 aan het streefcijfer van 40% vrouwen en mannen onder de niet-uitvoerende bestuurders[286] dat is opgenomen in de concept-richtlijn van de EU. In 2015 waren dat er negen.

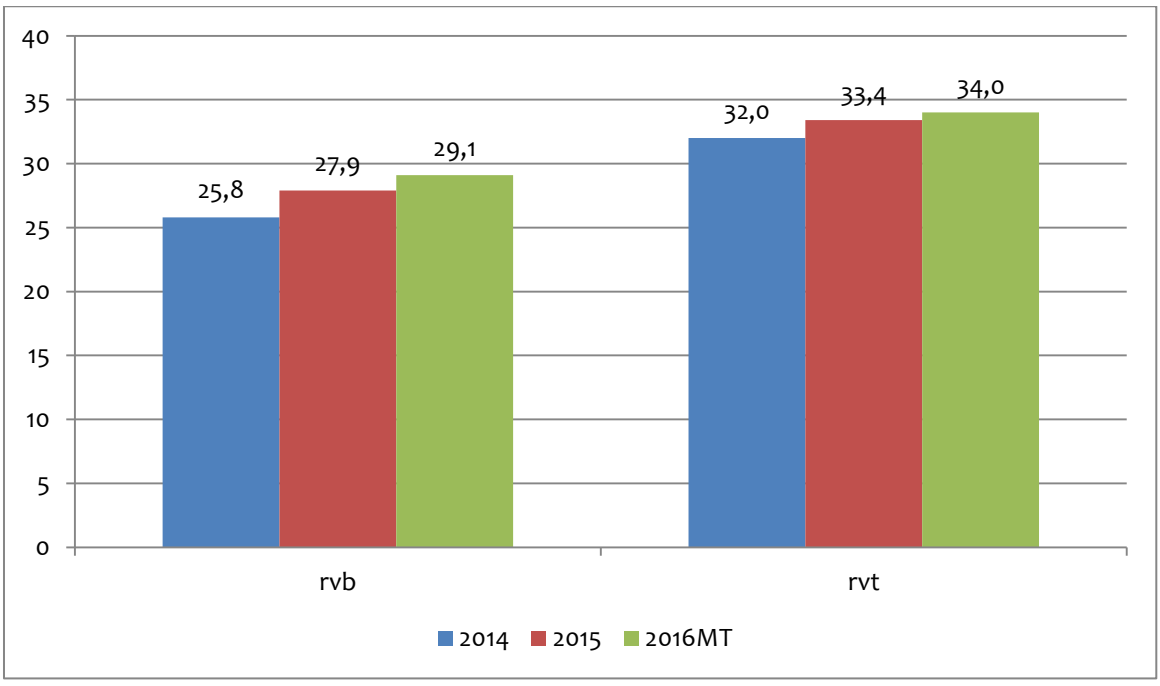
[286] Waaronder begrepen commissarissen.

6.2.3 De voornaamste kwantitatieve bevindingen uit de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot 'grote' organisaties in de publieke sector

Voor de Bedrijvenmonitor 2016 is niet alleen een meting uitgevoerd onder grote NV's en BV's, maar ook onder grote organisaties in de publieke sector. Daarbij is gekozen voor een steekproef van organisaties uit de publieke sector in het onderwijs, zorg en welzijn, woningcorporaties en sociaal-maatschappelijke organisaties. NV's en BV's zijn daarbij niet meegenomen. Wel meegenomen zijn: stichtingen, verenigingen, coöperaties, ZBO's, gemeenschappelijke regelingen, kerkgenootschappen en publiekrechtelijke organen.[287] Belangrijk criterium was verder dat deze organisaties qua grootte goed vergelijkbaar moesten zijn met 'grote' NV's en BV's en dat zij moesten beschikken over een 'aanwijsbaar' bestuur en toezichthoudend orgaan. Er zijn ruim 1000 organisaties uit de publieke sector in de steekproef opgenomen. Daarvan hebben er 727 de monitor ingevuld (netto respons van 73,5%).

De voornaamste conclusie van het monitoronderzoek onder 'grote' organisaties uit de publieke sector is dat deze veel meer vrouwelijke bestuurders en toezichthouders hebben dan 'grote' vennootschappen. Eind 2015 was gemiddeld 27,9% van de bestuurders in de raden van bestuur en 33,4% van de toezichthouders van publieke organisaties een vrouw. Op 31 mei waren deze percentages opgelopen tot respectievelijk 29,1% en 34% (zie figuur 7). Ter vergelijking: voor de 'grote' vennootschappen bedroegen de percentages op die datum respectievelijk 10,2% en 13,1 % (zie figuur 1).

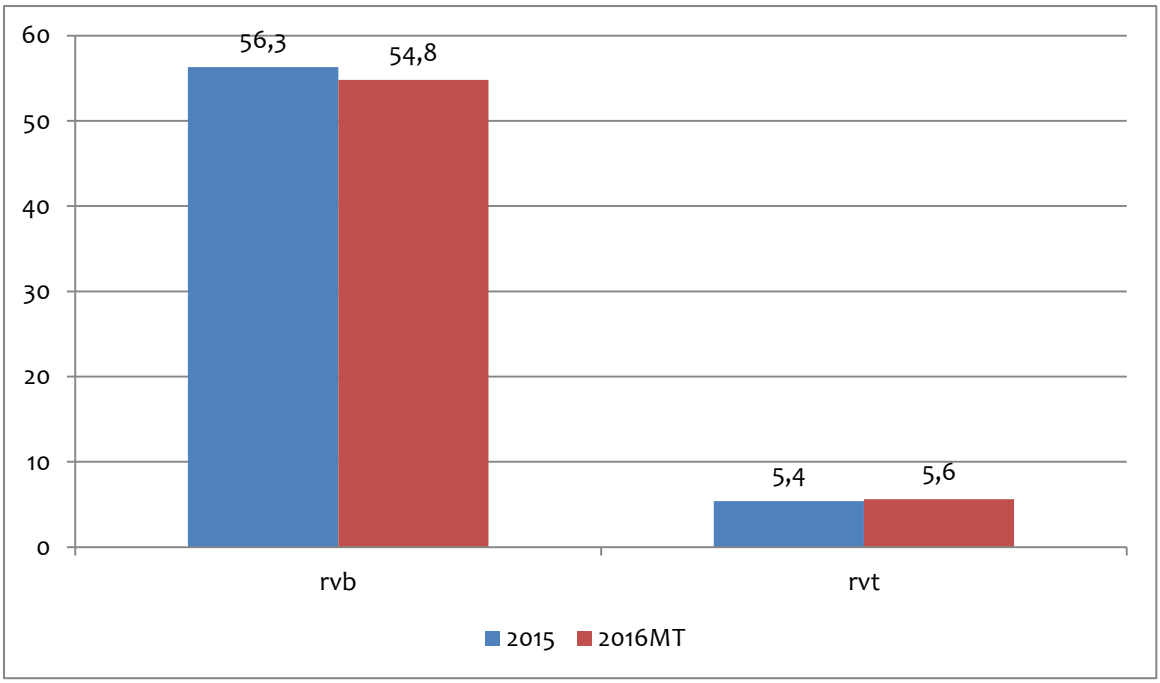
Figuur 7 – Gemiddeld aandeel vrouwen in de RvB en RvT, 2014-2016 (in procenten)



[287] Zie eindnoot xxvii op p. 117 van de Bedrijvenmonitor 2016.

Figuur 8 laat zien dat ondanks het hoge gemiddelde percentage vrouwen in de raden van bestuur 56,3% van de raden van bestuur in de grote publieke organisaties eind 2015 geen vrouwelijk lid heeft (bij de 'grote' vennootschappen is dit 73,1%, zie figuur 2).
Bij dit relatief hoge percentage 'vrouwloze' besturen bij 'grote' publieke organisaties moet worden opgemerkt dat bijna de helft (49,1%) van de 'grote' publieke organisaties een eenhoofdig bestuur heeft. Slechts 5% van de eenhoofdige besturen betreft een vrouw.[288]
'Grote' publieke organisaties zonder vrouw in de raad van toezicht komen veel minder vaak voor dan bij 'grote' en NV's en BV's. Het percentage bedraagt 31 mei 2016 slechts 5,6%, tegen 61%,2 voor grote NV's en BV's.

Figuur 8 – RvB's en RvT's zonder vrouwen, 2015-2016 (in procenten)



[288] Bedrijvenmonitor 2016, p. 65 en 30.

6.2.4 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de realisatie van het streefcijfer van 30% gebaseerd op de KvK-dataset 2012-2017

Via de Kamer van Koophandel hebben onderzoekers longitudinale gegevens verkregen van alle bestuurders en toezichthouders van alle 'grote' rechtspersonen die onder de limiteringsregeling vallen ('grote' NV's, BV's en stichtingen). Volgens de KvK-gegevens waren er in 2012 454 grote NV's, 2861 grote BV's en 226 grote commerciële/semipublieke stichtingen. In 2017 waren dat er respectievelijk 479, 3368 en 414.[289] Van de bestuurders en toezichthouders van deze grote rechtspersonen is het geslacht vastgesteld. Deze paragraaf bevat de bevindingen van een beperkte analyse van deze gegevens. Deze analyse heeft met name ten doel te kunnen vaststellen welke voortgang grote stichtingen hebben geboekt met de evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen over hun besturen en raden van toezicht in vergelijking met 'grote' BV's en NV's.
Tabel 3 laat zien dat van alle bestuurders en commissarissen bij 'grote' NV's, BV's en stichtingen op de peildatum in 2012 slechts 8,71% vrouw was. Op de peildatum in 2017 is dat percentage toegenomen tot 14,38%.

Tabel 3: Aantallen bestuurders naar geslacht

	2012			2017		
	Man	Vrouw	Totaal	Man	Vrouw	Totaal
Freq.	10,067	960	11,027	11,436	1,921	13,357
Percent	91,29	8,71	100	85.62	14.38	100
Cum.	91,29	100		85.62	100	

In tabel 4 worden deze cijfers uitgesplitst naar de verschillende functies die personen bekleden. In 2012 was 7,33% van de uitvoerende bestuurders vrouw, tegen 11,17% van de toezichthouders. In 2017 zijn die percentages toegenomen tot respectievelijk 11,41% en 19,58%.

Tabel 4: Personen naar geslacht en functie

	2012					2017					
	Man		Vrouw		Totaal	Man		Vrouw		Totaal	
	n	%	n	%	n	n	%	n	%	n	%
Uitvoerend	6,560	92.67	519	7.33	7,079	7,530	88.59	970	11.41	8,500	100
Toezichthouders	3,507	88.83	441	11.17	3,948	3,906	80.42	951	19.58	4,857	100
Totaal	10,067	91.29	960	8.71	11,027	11,436	85.62	1,921	14.38	13,357	100

[289] Zie tabel 2 in Deelonderzoek II.

Tabel 5 laat de cijfers zien uitgesplitst naar rechtsvorm. Duidelijk zichtbaar is dat 'grote' stichtingen al in 2012 een beduidend groter aantal vrouwelijke bestuurders en toezichthouders hadden dan 'grote' NV's en BV's. 'Grote' stichtingen hadden 13.14% vrouwelijke bestuurders, tegen respectievelijk 6,57% en 6,58% van de 'grote' NV's en BV's. De percentages vrouwelijke toezichthouders bedroegen voor 'grote' stichtingen, NV's en BV's respectievelijk 27,08%, 10,72% en 6,62%.

Tabel 5:	2012					2017				
	Man		Vrouw		Totaal	Man		Vrouw		Totaal
Uitvoerenden	n	%	n	%	n	n	%	n	%	n
BV	4,914	93.42	346	6.58	5,260	5,628	90.79	571	9.21	6,199
NV	939	93.43	66	6.57	1,005	1,005	88.78	127	11.22	1,132
Stichting	707	86.86	107	13.14	814	897	76.73	272	23.27	1,169
Totaal	6,560	92.67	519	7.33	7,079	7,530	88.59	970	11.41	8,500
Toezichthouders										
BV	2,059	93.38	146	6.62	2,205	2,078	89.53	243	10.47	2,321
NV	966	89.28	116	10.72	1,082	941	79.48	243	20.52	1,184
Stichting	482	72.92	179	27.08	661	887	65.61	465	34.39	1,352
Totaal	3,507	88.83	441	11.17	3,948	3,906	80.42	951	19.58	4,857
Totaal	10,067	91.29	960	8.71	11,027	11,436	85.62	1,921	14.38	13,357

Duidelijk is dat de 'grote' stichtingen in 2017 gemiddeld 23.27% vrouwelijke bestuurders hebben. Voor wat betreft de toezichthouders hebben zij als groep[290] met een gemiddeld percentage van 34,49% het streefcijfer ruim gehaald. Bovendien is zichtbaar dat de voortgang ten aanzien van de evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de besturen en toezichthoudende organen bij de 'grote' BV's duidelijk achterblijft, niet alleen bij de 'grote' stichtingen, maar ook bij de 'grote' NV's. Met percentages van 9,21% vrouwelijke bestuurders en 10,47% vrouwelijke toezichthouders zijn de 'grote' BV's als groep nog heel ver verwijderd van het streefcijfer van 30%.

[290] Individueel zullen er uiteraard afwijkingen naar beneden (en naar boven) zijn. Onderzoekers hebben de omvang van de afwijkingen niet geanalyseerd.

Op basis van de KvK-dataset 2012-2017 is voor alle RvC's en RvT's nagegaan hoe groot de percentages vrouwen zijn gerelateerd aan de onvang van de RvC/RvT. Dit levert het volgende beeld op.

Tabel 6: Verdeling qua geslacht naar omvang van de RvC/RvT

	2012			2017		
	Geslacht			Geslacht		
Omvang RvC/RvT	**M**	**V**	**Totaal**	**M**	**V**	**Totaal**
1	109 (94.0%)	7 (6.0%)	116	108 (94.7%)	6 (5.3%)	114
2	373 (96.6%)	13 (3.4%)	386	355 (92.7%)	28 (7.3%)	383
3	1175 (93.6%)	80 (6.4%)	1255	1111 (87.4%)	160 (12.6%)	1271
4	783 (94.2%)	48 (5.8%)	831	841 (85.2%)	146 (14.8%)	987
5	819 (86.9%)	124 (13.2%)	943	1124 (75.2%)	370 (24.8%)	1494
6	527 (85.6%)	89 (14.5%)	616	660 (72.4%)	252 (27.6%)	912
7	379 (78.6%)	103 (21.4%)	482	346 (70.6%)	144 (29.4%)	490
8	201 (83.8%)	39 (16.3%)	240	142 (77.2%)	42 (22.8%)	184
9	124 (86.1%)	20 (13.9%)	144	150 (79.4%)	39 (20.6%)	189
10	84 (86.6%)	13 (13.4%)	97	39 (78.0%)	11 (22.0%)	50
11	50 (90.9%)	5 (9.1%)	55	26 (81.3%)	6 (18.8%)	32
12	24 (100%)	0 (0%)	24	35 (97.2%)	1 (2.8%)	36
13	23 (88.5%)	3 (11.5%)	26	11 (84.6%)	2 (15.4%)	13
14				11 (78.6%)	3 (21.4%)	14
Totaal	4671 (89.6%)	544 (10,4%)	5215	4959 (80,4%)	1210 (19,6%)	6169

De tabel laat zien dat ook in 2017 de percentages vrouwen verwaarloosbaar zijn in RvC's/RvT's met een of twee leden. Iets hoger, maar nog steeds laag, zijn de percentages bij raden met drie of vier leden. Duidelijk hoger zijn de percentages voor de raden bestaande uit vijf tot en met elf leden. Deze raden hebben gemiddeld meer dan 20% vrouwen aan boord.

6.2.5 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de verklaringen voor het wel of niet behalen van het streefcijfer en het gevoerde en te voeren beleid (Bedrijvenmonitor 2016)

In de Bedrijvenmonitor 2016 wordt een onderscheid gemaakt tussen vennootschappen die het streefcijfer voor de raad van bestuur en/of de raad van commissarissen hebben bereikt ('succesvolle bedrijven') en vennootschappen die daarin (nog) niet zijn geslaagd. Aan de 'succesvolle' vennootschappen is gevraagd hoe zij de evenwichtige verdeling voor raad van bestuur c.q. raad van commissarissen hebben bereikt. Aan de 'niet succesvolle' vennootschappen is gevraagd welke verklaring zij hebben voor het feit dat zij het streefcijfer voor raad van bestuur c.q. raad van commissarissen niet hebben gerealiseerd. Aan alle vennootschappen is de vraag voorgelegd welk beleid zij hebben en welke maatregelen zij hebben genomen om een evenwichtige verdeling te bereiken.

Van de 'grote' vennootschappen die een evenwichtige verdeling in de raad van bestuur hebben gerealiseerd zegt in 2015 19% gekozen voor kwaliteit, waarbij de vrouwelijke kandidaat de beste was. In 2013 was dit nog 51%. De verklaring dat bij gelijke geschiktheid voor een vrouw is gekozen wordt door 1% gegeven. 45% van de vennootschappen die een evenwichtige verdeling in de raden van bestuur heeft bereikt zegt een bewust beleid te voeren om de zetels evenwichtig te verdelen. Dit cijfer is fors gestegen sinds 2013, toen het maar 29% bedroeg. Bijna drie kwart van de vennootschappen met een evenwichtige m/v-verdeling in de raad van commissarissen (72%) zegt daartoe een bewust beleid te hebben gevoerd. Slechts 13% zegt te hebben gekozen voor de beste kandidaat (die vrouw was). Geen van de 'succesvolle' vennootschappen zegt de evenwichtige m/v-verdeling in de raad van commissarissen door voorkeursbeleid te hebben bereikt. Het percentage 'succesvolle' vennootschappen dat een bewust beleid om het aandeel vrouwen in managementposities te vergroten noemt als verklaring voor de evenwichtige mv-verdeling is zowel ten aanzien van de raden van bestuur als de raden van commissarissen afgenomen: bij de raden van bestuur van 30% in 2013 naar 22% in 2015 en bij de raden van commissarissen van 36% in 2013 naar 25% in 2015.
Ruim de helft van de 'niet-succesvolle' vennootschappen (54% voor de RvC en 55% voor de RvB) geeft in 2015 zowel voor de onevenwichtige verdeling in de raden van bestuur als de onevenwichtige verdeling in de raden van commissarissen als verklaring dat er geen of onvoldoende nieuwe benoemingen zijn geweest. Op de tweede plaats staat als verklaring voor het ontbreken van een evenwichtige m/v-verdeling in de raden van bestuur dat deze uit één persoon bestaat (23%).

Bij de antwoorden op de vraag aan alle respondenten naar hun beleid/maatregelen om het streefcijfer te bereiken valt op dat maar liefst 45% zegt geen beleid te hebben voor de raad van bestuur en 36% zegt geen beleid te hebben voor de raad van commissarissen. De drie maatregelen die in 2015 het meest worden genoemd voor de raad van bestuur zijn:

- transparante benoemingsprocedure (21%);
- bij voordracht kandidaten streven naar evenwichtige m/v-verdeling (19%);
- m/v-diversiteit in de profielschets (17%).

Voor de raden van commissarissen ziet dit lijstje er voor 2015 zo uit:

- m/v diversiteit in de profielschets (32%);
- bij voordracht kandidaten streven naar evenwichtige m/v-verdeling (28%);
- transparante benoemingsprocedure (19%);
- bij benoeming streven naar evenwichtige m/v-verdeling (19%);
- m/v-samenstelling meenemen in de evaluatie RvC (19%).

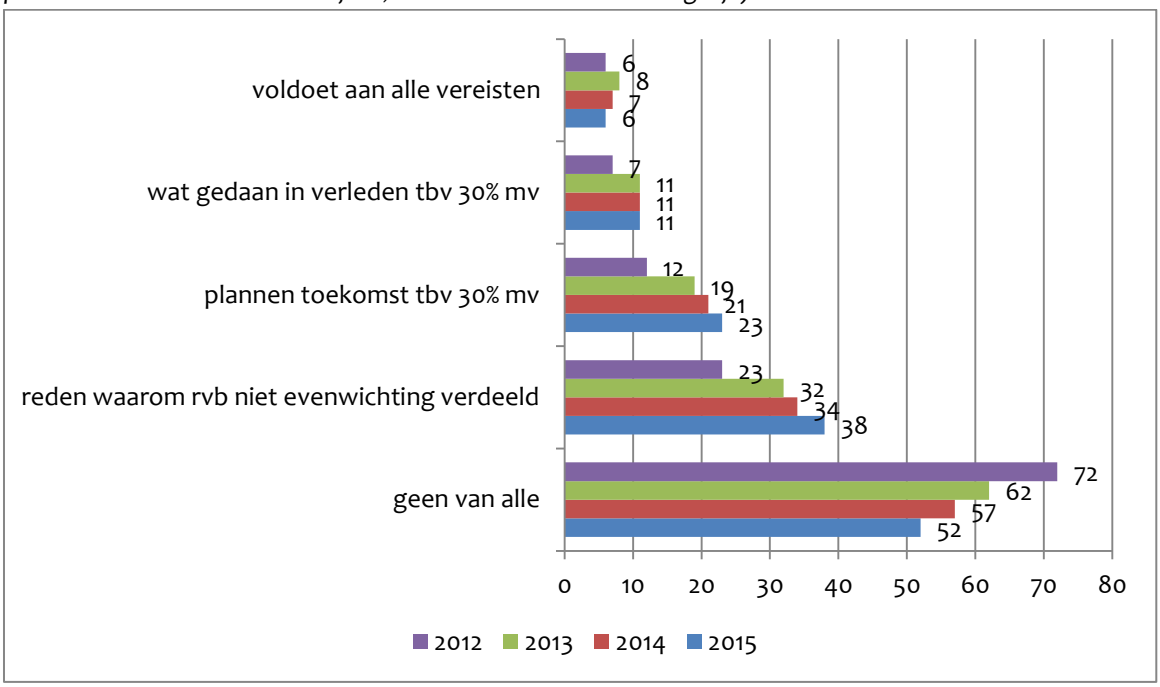
Opvallend is dat slechts een vijfde van de respondenten een transparante benoemingsprocedure zegt te hebben ingezet om het streefcijfer te behalen.
Bij de antwoorden op vraag aan alle respondenten naar hun toekomstig beleid/maatregelen om het streefcijfer voor de RvB en RvC te halen valt op dat nog steeds 26% zegt niets te gaan ondernemen/geen beleid te gaan ontwikkelen. Het meest genoemd wordt als beleid "bij de voordracht van kandidaten streven naar een evenwichtige m/v-verdeling" (36%). Van de meer concrete (*kwalificatie onderzoekers)* maatregelen wordt het meest genoemd "m/v-diversiteit in de profielschets" (31%). Een transparante benoemingsprocedure wordt ook voor de toekomst door slechts 22% van de respondenten genoemd.
Een derde van de respondenten (33%) zegt dat hun m/v-diversiteitsbeleid wordt beïnvloed door het instellen van het wettelijke streefcijfer. Een kwart (24%) zegt te zijn beïnvloed door de Corporate Governance Code. Bijna een kwart van de vennootschappen (22%) is geïnspireerd door goede voorbeelden.

6.2.6 Kwantitatieve bevindingen met betrekking tot de verantwoording over de naleving van de streefcijferregeling in het jaarverslag en de rol van de accountant (Bedrijvenmonitor 2016)

In het kader van de voor de Bedrijvenmonitor 2016 uitgevoerde monitoringstudie is aan 'grote' vennootschappen de vraag voorgelegd in hoeverre zij, als zij nog geen evenwichtige m/v-verdeling in hun raden van bestuur en commissarissen hebben bereikt, hierover in hun bestuursverslag verantwoording afleggen.

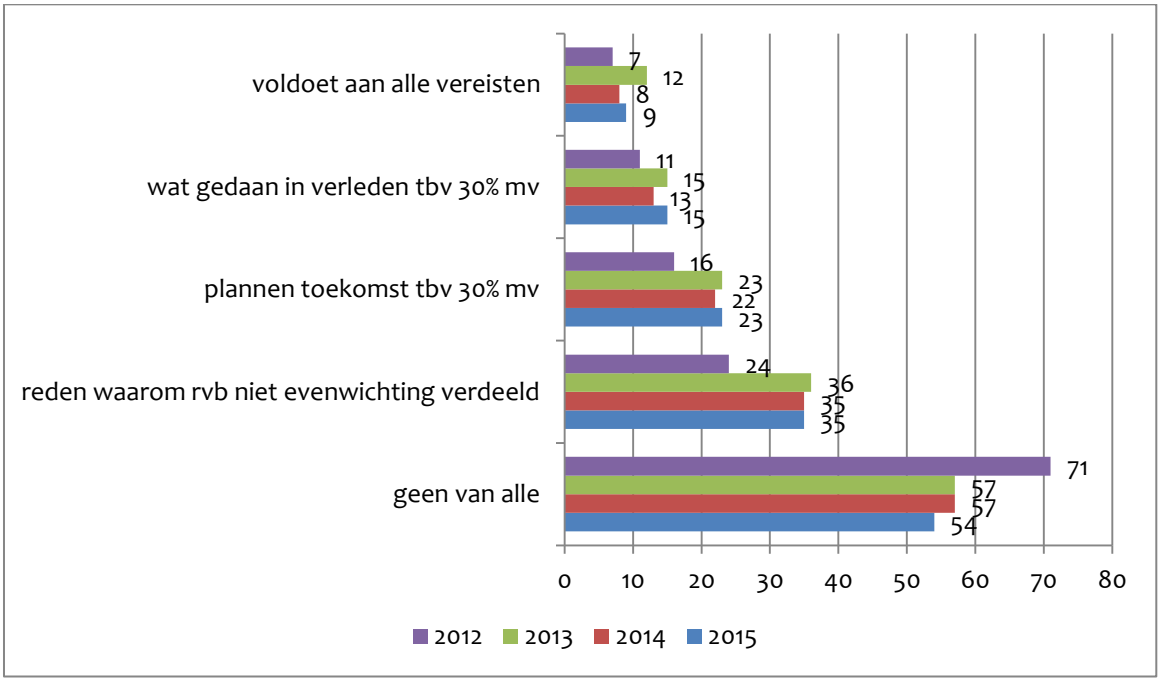
Figuur 9 laat zien hoe het is gesteld met de naleving van de wettelijke rapportageverplichting indien nog geen evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de raad van bestuur is bereikt. Sinds 2012 is het aantal grote NV's en BV's dat aan geen van de wettelijke verplichtingen voldoet met 20% afgenomen, maar het bedraagt voor 2015 nog steeds meer dan de helft (52%). Slechts 38% geeft in het bestuursverslag een reden waarom de m/v-samenstelling van de raad van bestuur niet evenwichtig is. Voor de maatregelen die zijn genomen in het verleden en de plannen voor de toekomst liggen de percentages 'nalevers' van de rapportageverplichting veel lager, namelijk respectievelijk 11% en 23%. Voor alle afzonderlijke rapportageverplichtingen geldt dat de groei van het percentage 'nalevers' sinds 2013 gering genoemd kan worden. Het percentage vennootschappen dat voor de raden van bestuur aan alle rapportageverplichtingen voldoet is in 2015 zelfs gelijk gebleven ten opzichte van 2012: het bedraagt slechts 6%.

Figuur 9 – Verantwoording in het jaarverslag over onevenwichtige m/v-verdeling in de RvB, 2012-2015 (in procenten van het aantal bedrijven; meerdere antwoorden mogelijk)



Figuur 10 maakt inzichtelijk dat het met de naleving van de rapportageverplichtingen niet wezenlijk beter is gesteld als het gaat om vennootschappen die nog geen evenwichtige m/v-verdeling in de raden van commissarissen hebben bereikt. Het percentage vennootschappen dat op dit punt aan geen van de rapportageverplichtingen voldoet is in 2015 zelfs twee procentpunten hoger, namelijk 54%. Ook het percentage dat aan alle rapportageverplichtingen voldoet is laag, namelijk slechts 9%. Dat is een groei van slechts 2% ten opzichte van 2012.

Figuur 10 - Verantwoording in het jaarverslag over onevenwichtige verdeling in de RvC, 2012-2015 (in procenten van het aantal bedrijven; meerdere antwoorden mogelijk)



Ten behoeve van de Bedrijvenmonitor 2016 is ook aan 'grote' vennootschappen gevraagd in hoeverre de account de rapportageverplichtingen met betrekking tot het wettelijke streefcijfer heeft gecontroleerd. Een vergelijking van de antwoorden over 2013-2015 levert op dat in 2015 veel meer vennootschappen dan voorheen melden dat de accountant heeft gekeken daar de (evenwichtige) m/v-verdeling, namelijk 64%. In 2013 lag dat percentage nog maar op 39%. 57% meldt dat de accountant heeft gekeken naar de verklaringen voor het niet-behalen van het streefcijfer (tegen 30% in 2013) en 47% meldt dat de plannen voor de toekomst zijn bekeken (tegen 30% in 2013). In de Bedrijvenmonitor 2016 wordt opgemerkt: *"De verhoogde aandacht die de accountant aan de rapportageverplichtingen van de wet schenkt, naar zeggen van de bedrijven, kan niet gerijmd worden met de uitkomst dat minder dan 10% van de bedrijven voldoet aan de wettelijke rapportagevereisten"*.[291]

[291] Bedrijvenmonitor 2016, p. 45.

6.2.7 Samenvatting kwantitatieve bevindingen Bedrijvenmonitor 2016, Female Board Index 2016 en eigen kwantitatief onderzoek

Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat het overgrote deel van de vennootschappen nog geen evenwichtige m/v-verdeling in de raden van bestuur en commissarissen heeft bereikt. Zelfs van de top 200 vennootschappen voldeed op 31 mei 2016 nog maar 4,2% voor zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen aan het streefcijfer. Uit de Female Board Index 2016 - die bestaat uit 83 vennootschappen genoteerd aan Euronext Amsterdam - blijkt dat medio 2016 slechts twee van deze 83 beursvennootschappen evenwichtig samengestelde raden van bestuur en commissarissen hadden, dat is slechts 2,4%. Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat er nog steeds veel vennootschappen zijn zonder vrouw in de raad van bestuur en/of raad van commissarissen. Hieronder vallen ook 23 beursgenoteerde vennootschappen uit de Female Board Index. Alle cijfers (ook de bevindingen op basis van de KvK-dataset 2012-2017) laten zien dat het aandeel vrouwen veel groter is in de raden van commissarissen dan in de raden van bestuur. De algemene trend is dat de percentages zowel voor de raad van bestuur als de raad van commissarissen blijven toenemen, maar dat de groei traag is. Uit de analyse van de Bedrijvenmonitor 2016 en de KvK-dataset 2012-2017 blijkt dat 'grote' publieke instellingen respectievelijk 'grote' stichtingen gemiddeld duidelijk beter scoren op m/v-verdeling in bestuur en raden van toezicht. Uit de KvK-dataset 2012-2017 blijkt voorts dat de gemiddelde percentages vrouwen en mannen in bestuur en toezichthoudend orgaan bij 'grote' BV's duidelijk achterblijven, niet alleen in vergelijking met de 'grote' stichtingen, maar ook in vergelijking met 'grote' NV's.

De kwantitatieve bevindingen van de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot de verklaringen van 'grote' vennootschappen voor het wel of niet halen van het streefcijfer en het gevoerde en te voeren beleid kunnen als volgt worden samengevat. Van de 'succesvolle' vennootschappen zegt 45% een bewust beleid te hebben gevoerd om de zetels in de raad van bestuur evenwichtig te verdelen. Voor de raad van commissarissen zegt 72% van de succesvolle vennootschappen dit te hebben gedaan. Als verklaring voor het niet bereiken van het streefcijfer wordt het meest genoemd dat er geen of onvoldoende benoemingen zijn geweest.

Een groot deel van alle 'grote' vennootschappen zegt geen beleid te hebben om het streefcijfer te bereiken voor de raad van bestuur (45%) en de raad van commissarissen (36%). Ruim een kwart van de vennootschappen zegt niets te gaan ondernemen/geen beleid te gaan ontwikkelen om een evenwichtige mv-verdeling te bereiken/behouden. Veel vennootschappen voldoen naar eigen zeggen niet aan de wettelijke verplichting om transparantie te verschaffen zolang een evenwichtige mv-samenstelling van de raad van bestuur en/of raad van commissarissen niet is bereikt terwijl tegelijkertijd een groot aantal vennootschappen zegt door de accountant te zijn gecontroleerd op naleving van deze verplichtingen.

6.3 Werking van de streefcijferregeling in de praktijk: kwalitatieve bevindingen

6.3.1 Voornaamste kwalitatieve bevindingen Bedrijvenmonitor 2012-2015 en 2016

6.3.1.1. Reacties bedrijven

In vorige edities van de Bedrijvenmonitor (Bedrijvenmonitor 2014 en de Bedrijvenmonitor 2012-2015) kwam uit reacties van de vennootschappen op de survey naar voren dat er onduidelijkheid was met betrekking tot de vraag of ze wel of niet aan de wet moesten voldoen. Een aantal onduidelijkheden blijkt ook in 2016 nog te bestaan[292]:

- niet goed duidelijk is voor sommige vennootschappen op welk orgaan of welke bestuurders de streefcijferregeling ziet;
- ook vennootschappen met een gestapelde structuur[293] en vennootschappen met een buitenlandse moedervennootschap vinden het veelal onduidelijk welke bestuurders en commissarissen van hun vennootschap precies onder de streefcijferregeling vallen;
- niet alle vennootschappen weten dat de streefcijferregeling ziet op zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen;
- voor sommige bedrijven is nog steeds onduidelijk dat ze slechts aan twee van de drie criteria voor grote vennootschappen hoeven te voldoen om onder de streefcijferregeling te vallen;
- familievennootschappen merken vaak op dat de opvolging voor de RvB 'al geregeld is' en dat ze 'daardoor' weinig invloed hebben op de m/v-samenstelling;
- veel vennootschappen hebben vragen over de handhaving van het wettelijk streefcijfer.[294]

In eerdere edities van de Bedrijvenmonitor werden naast bovenstaande punten de volgende onduidelijkheden genoemd[295]:

- niet duidelijk is hoe de streefcijferbepaling moet worden toegepast op een one-tier board; vaak wordt bepleit om het streefcijfer te laten gelden voor de hele board omdat de discussie over de voordracht en benoeming van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders ook in die board gevoerd wordt, en niet door uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders apart;

[292] Bedrijvenmonitor 2016, p. 24-25.
[293] Uit de Bedrijvenmonitoren 2012-2015 en 2016 volgt niet wat hier precies mee wordt bedoeld. Onderzoekers nemen aan dat bedoeld wordt een vennootschap met een rechtspersoon-bestuurder. In dat geval is dan niet duidelijk dat de streefcijferregeling via de doorgrijpbepaling moet worden toegepast op de natuurlijke personen die bestuurder zijn van de rechtspersoon-bestuurder.
[294] Bedrijvenmonitor 2016, p. 25. Helaas wordt uit de Bedrijvenmonitor niet duidelijk welke vragen er precies leven met betrekking tot de handhaving van de regeling.
[295] Bedrijvenmonitor 2012-2015, p. 23-25.

- vennootschappen met een eenhoofdig bestuur gingen er van uit dat ze niet aan de streefcijferregeling hoefden te voldoen omdat de zetels bij een dergelijk bestuur per definitie niet evenwichtig verdeeld kunnen worden;
- sommige vennootschappen lazen de wet zo dat het in sommige gevallen niet mogelijk is om het streefcijfer van precies 30% te bereiken; volgens hen kan bijvoorbeeld bij een raad van bestuur van vier personen niet aan de wet worden voldaan omdat één vrouw (25%) te weinig is en twee vrouwen (50%) te veel.

6.3.1.2 Stakeholdersonderzoek Bedrijvenmonitor 2012-2015[296]

In het kader van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 is de werking van het wettelijke streefcijfer geëvalueerd door middel van een stakeholdersonderzoek, dat bestond uit expertmeetings en interviews met 40 stakeholders.[297] Stakeholders worden in de Bedrijvenmonitor gedefinieerd als *"de diverse belanghebbende partijen die beïnvloed worden door of zelf invloed kunnen uitoefenen op de werking van het streefcijfer"*. Als belanghebbende partijen worden onderscheiden: juristen, wetenschappers, beleidsmakers, werkgevers, topvrouwen en accountants. In expertmeetings en individuele interviews is de respons van de belanghebbende partijen op de resultaten van de monitoringstudie geïnventariseerd en de visie van de stakeholders op de werking van het wettelijke streefcijfer in de praktijk besproken.

Over de werking van het wettelijke streefcijfer zijn de volgende vragen aan de belanghebbende partijen voorgelegd:

- hoe vallen de resultaten van de monitoringstudie samen met de beleving en ervaringen van de betrokken actoren?;
- hoe zijn de uitkomsten nader te verklaren en te becommentariëren?;
- hoe werkt het wettelijke streefcijfer in de praktijk, hoe gaan bedrijven er mee om?;
- waardoor wordt het effect belemmerd?;
- hoe wordt de naleving van het wettelijke streefcijfer gehandhaafd?;
- wat zijn de eventuele knelpunten in de regeling en hoe kunnen deze worden opgelost?;
- welke andere interventiemogelijkheden zijn er om evenredige vertegenwoordiging te realiseren?

De samenvatting van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 bevat een beknopte weergave van de conclusies van het stakeholdersonderzoek. Deze is hieronder woordelijk opgenomen.

[296] Deze paragraaf is bevat een samenvatting van de beschrijving van het stakeholdersonderzoek op p. 101 van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 en de samenvatting van de conclusies op p. 141-142, aangevuld met onderdelen uit de meer uitgebreide samenvatting van het stakeholdersonderzoek op p. 135-138 van de Bedrijvenmonitor 135-138.
[297] Zie voor de namen van de deelnemers p. 163 en 164 van de Bedrijvenmonitor 2012-2015.

- *"Stakeholders zijn het er over eens dat het wettelijk streefcijfer in de huidige vorm niet werkt. Met name het 'leg uit' principe blijkt niet te werken. Een deel van de stakeholders vindt het streefcijfer te vrijblijvend, er zijn geen sancties verbonden aan het niet toepassen van de wet.*
- *Stakeholders vinden dat sinds de invoering van het wettelijk streefcijfer het aandeel vrouwen in de rvb en rvc te weinig is toegenomen. Bovendien vindt men dat weinig bedrijven over de toepassing van het streefcijfer verantwoording afleggen in het jaarverslag. Opvallend vindt men het verschil tussen de kleine voorhoede van actieve bedrijven en de grote achterhoede van bedrijven waar niets gebeurt.*
- *Stakeholders delen de mening dat de urgentie van m/v-diversiteit niet wordt gevoeld door bedrijven. M/V-diversiteit is te zeer een 'vrouwending'. Voor veel bedrijven is het onvoldoende helder wat de meerwaarde is van m/v-diversiteit, dit zou beter over het voetlicht gebracht moeten worden.*
- *De meeste stakeholders zien de meerwaarde van de brede reikwijdte en scope van de Wbt, geldend voor zowel rvb als rvc en voor een grote range van bedrijven. Deze reikwijdte zou verder verbreed moeten worden tot stichtingen, coöperaties, overheidsinstellingen en de politiek.*
- *Over quota zijn de meningen van stakeholders verdeeld. Wel opperen stakeholders een scala van alternatieve oplossingen en interventiemogelijkheden.*
- *De duur van de streefcijferbepaling vinden stakeholders te kort om te kunnen concluderen of het wel of niet werkt. Men is van mening dat langer doorgegaan moet worden voordat een andere aanpak gekozen kan worden. Stoppen zou een verkeerd signaal afgeven. Monitoren van de voortgang en naleving is essentieel."*[298]

Bindende quota?

In de meer uitgebreide samenvatting van alleen het stakeholdersonderzoek wordt nader ingegaan op de verdeeldheid van stakeholders over de invoering van bindende quota. Het merendeel vindt quota niet goed passen in de Nederlandse poldercultuur, waarin het niet zou werken als iets wordt opgelegd. De tegenstanders van bindende quota vinden dat de overheid niet moet interveniëren in private ondernemingen, maar dat bedrijven het zelf moeten regelen. De markt moet haar werk doen: als er voldoende gekwalificeerde vrouwen zijn komen die vanzelf boven en zullen ze ook benoemd worden. De voorstanders vinden overheidsingrijpen gerechtvaardigd omdat er al lange tijd te weinig progressie is en het bedrijven zonder wettelijke regelingen en sancties blijkbaar niet lukt om de gewenste progressie te bereiken.

Als voordelen van quota worden genoemd:

- wetenschappelijk onderzoek laat zien dat quota werken;
- voorbeelden in andere Europese landen laten zien dat quota werken;
- met quota hangt de progressie niet meer af van de meerwaarde die bedrijven al

[298] Bedrijvenmonitor 2012-2015, p. 141-142.

dan niet zien in m/v-diversiteit;
- onderzoek toont aan dat quota bijdragen aan een verbreding van wat wordt verstaan onder 'een goede commissaris' of 'een goede bestuurder'.

Als nadelen worden genoemd:
- te veel overheidsbemoeienis in private ondernemingen is ongewenst en harde sancties passen niet in de Nederlandse poldercultuur;
- quota doen afbreuk aan de kwaliteit van bestuur en toezicht omdat het risico bestaat dat geselecteerd wordt op geslacht in plaats van op kwaliteit;
- quota houden het risico in van stigmatisering van vrouwen (het 'excuus-truus'-argument).

Oplossingen voor het handhavingsprobleem?
Uit de samenvatting van het stakeholdersonderzoek komt niet naar voren welke suggesties stakeholders hebben gedaan ter verbetering van de handhaving van de streefcijferregeling. Bestudering van de integrale weergave van het stakeholdersonderzoek[299] levert slechts een beperkt aantal deels weinig concrete suggesties op. Deze worden hieronder weergegeven, onder vermelding van de stakeholdersgroep die de suggestie heeft gedaan.

- De juristen opperen het idee om accountants een vergewisplicht voor bedrijven te geven. Dit wordt toegelicht met een citaat dat weinig verhelderend is: *"dat betekent dat ze het niet zelf actief hoeven te onderzoeken, maar ook niet met droge ogen mogen zeggen, 'ik was te goeder trouw, ik heb het goed gerekend'"*.[300]
- Volgens (sommige?) wetenschappers zou het helpen als er een raamwerk zou zijn waaraan de uitleg in het jaarverslag zou moeten voldoen. Het zou helpen als er richtsnoeren zouden komen, aan de hand waarvan accountants moeten controleren om zo de wet te handhaven. Volgens (sommige?) wetenschappers is het de vraag of deze controle bij de accountant neergelegd mag worden.[301]
- Een van de beleidsmakers oppert een sanctie die *"direct ingrijpt op het primaire proces van bedrijven"*: m/v-diversiteit als criterium voor het verkrijgen van overheidsopdrachten.
- Het kopje 'handhaving' ontbreekt in de weergave van de gesprekken met werkgevers. Wel is onder het kopje 'Andere oplossingen en interventiemogelijkheden' de diversiteitsparagraaf in richtlijn 2014/95/EU aan bod gekomen, die grote beursvennootschappen verplicht tot transparantie over hun diversiteitsbeleid (zie hierover hoofdstuk 4 van dit deelonderzoek). Eén van de

[299] Bedrijvenmonitor 2012-2015, p. 101-134.
[300] Bedrijvenmonitor 2012-2015, p. 104.
[301] Omdat de eerste twee zinnen van deze alinea niet goed te rijmen zijn met de laatste zin vermoeden onderzoekers dat de meningen onder wetenschappers op dit punt verdeeld zijn. Hieraan is uitdrukking gegeven door tussen haakjes 'sommige' met een vraagteken op te nemen.

werkgeversvertegenwoordigers zegt hierover: *"Papier is geduldig, je kunt het oplossen met mooipraterij. Tenzij je stakeholders hebt die dit belangrijk vinden, zeggen 'u moet uitleggen dat u het niet goed doet'".*[302]

- De groep topvrouwen constateert dat de vraag is hoe je de streefcijferregeling kunt handhaven. Een van de topvrouwen merkt op dat accountants *"hier waarschijnlijk niets in zullen zien".*[303] Verder wordt opgemerkt dat het AVA-toezicht alleen iets is voor de hele grote ondernemingen.
- De accountants benadrukken dat zij controleren of de wet goed wordt uitgevoerd, maar dat zij zich niet kunnen bemoeien met het beleid dat vennootschappen voeren met betrekking tot m/v-diversiteit. Zij kunnen in een zogenoemde management letter uiteen zetten dat bijvoorbeeld geen uitleg en voorgenomen acties zijn aangevoerd in het bestuursverslag. De management letter komt bij de RvC op tafel. En daarmee houdt de rol van de accountant op, lijkt uit dit citaat te volgen: *"Als accountant kun je slechts nagaan of de wet goed wordt toegepast en of de juiste punten aan de orde komen in de verslaglegging. Je kunt het op dit moment niet formeel eisen."*[304]

6.3.2 Kwalitatieve bevindingen interviews deelonderzoeken I, II en III met betrekking tot de streefcijferregeling

6.3.2.1. Interviews deelonderzoek I

Aan vier vennootschappen die als 'groot' kwalificeren en waarbij voor vacante plaatsen in het bestuur geworven moest worden, is de vraag gesteld of bij het opstellen van het profiel rekening is gehouden met aan te trekken vrouwen. De achtergrond van deze vraag is de wettelijke streefcijferregeling die moet leiden tot een evenwichtige verdeling van de zetels over mannen en vrouwen in de raden van bestuur en raden van commissarissen van 'grote' NV's en BV's. Eén van de gesprekspartners gaf nadrukkelijk te kennen dat de streefcijferregeling niet alleen voor de board, maar ook voor Executive Committees (ExCo's) zou moeten gelden.

Alle gesprekspartners gaven aan dat bij het profiel de gevraagde (specifieke) expertise/deskundigheid welke verband houdt met de business een belangrijke rol speelt. Ervan uitgaande dat daaraan wordt voldaan, staat men heel positief ten aanzien van het benoemen van vrouwen als bestuurder. Bij twee beursvennootschappen is voor een nub-functie ook een vrouw geworven, hoewel dat bij één beursvennootschap wel veel moeite kostte. Dit kon volgens de gesprekspartner worden teruggevoerd op een drietal factoren. Ten eerste werd gezocht naar personen met een specifieke deskundigheid welke verband houdt met de business. De tweede factor was de (destijds nog) relatieve onbekendheid van de vennootschap. Als derde factor werd de limiteringsregeling genoemd. De genoemde factoren maakten het met name lastig om gekwalificeerde

[302] Bedrijvenmonitor 2016, p. 124.
[303] Bedrijvenmonitor 2012-2015, p. 129. Niet duidelijk is waar "hier" precies op ziet.
[304] Bedrijvenmonitor 2012-2015, p. 132.

vrouwen aan te trekken. In dit verband merkte de gesprekpartner op dat vrouwen vaak toezichthoudende functies combineren en dan sneller tegen de limiteringsregeling[305] oplopen dan mannen. De gesprekspartner signaleerde dat mannen vaker ub zijn en dat dan combineren met maximaal twee toezichthoudende functies. Meer is voor hen tijdstechnisch vaak ook niet haalbaar, aldus de gesprekspartner. Bij de derde beursvennootschap is het (uiteindelijk) niet gelukt om voor een nub-functie een vrouw te werven. De gesprekspartner had hiervoor de volgende verklaring. De vijver met vrouwelijke kandidaten die én over de vereiste specifieke expertise van de industrie beschikken én tijd hebben om een functie als nub te vervullen, is vandaag de dag nog klein. Op dit moment zijn er wel vrouwen met specifieke kennis van de industrie, maar zij hebben vaak een fulltime-baan waarmee een nub-functie tijdstechnisch lastig te combineren is. Het is volgens deze gesprekspartner een 'natuurlijk' proces waar we doorheen moeten. Na verloop van tijd hebben de gekwalificeerde vrouwen hun fulltime-carrière achter de rug en wordt de vijver met beschikbare vrouwen die de vereiste expertise hebben, groter.
Bij een grote familievennootschap zijn de meeste vacatures door de jaren heen ingevuld door mannen. De verklaring hiervoor is een demografische: in de familie komen verhoudingsgewijs veel mannen voor.

6.3.2.2 Interviews deelonderzoek II

Uit de ten behoeve van deelonderzoek II gehouden interviews met executive search bureaus komt naar voren dat het wervings- en selectieproces sterk is geprofessionaliseerd, wat ten koste is gegaan van de informele rekrutering in kleine kring die oorspronkelijke leidde tot het ontstaan van het ‘old-boys-network’. Volgens de search bureaus is de vraag naar vrouwelijke toezichthouders (zeer) groot en wordt in het overgrote deel van de trajecten expliciet om een vrouw gevraagd. Dit is lang niet altijd eenvoudig en vraagt om creatieve zoekprocessen, voor de internationale bedrijven ook in het buitenland. Hierdoor wordt de poel van mogelijke toezichthouders uiteindelijk vergroot. Er wordt door een geinterviewde ook een nadeel genoemd. Het is door de grote vraag mogelijk voor vrouwen om op relatief jonge leeftijd vlak voor het bereiken van het hoogste uitvoerende niveau van de uitvoerende naar de toezichtfuncties over te stappen. Vrouwen komen dan RvT/RvC’s binnen op basis van hun potentie als toezichthouder en missen net dat zeer belangrijke stuk uitvoerende ervaring op de hoogste niveau. Juist deze ervaring had hen volgens de geinterviewde op termijn nog betere commissarissen gemaakt.

Ook de bevindingen uit de interviews met de executive search bureaus die betrekking hebben op de inrichting van het wervings-en selectieproces zijn relevant voor de werking van de streefcijferregeling in de praktijk. Daarom wordt hierna een korte samenvatting van die bevindingen gegeven.

[305] Zie over de limiteringsregeling en het monistische bestuursmodel: Deelonderzoek II, par. 2.3.1.4.

Naar voren komt dat bij private ondernemingen de werving (op basis van de aangeleverde profielschets) verloopt via het netwerk van het executive search bureau, terwijl in de semipublieke sector bovendien advertenties worden gebruikt om de vacature breed bekend te maken. Volgens de executive search bureaus vraagt het wervingstraject in toenemende mate om creatieve zoektochten omdat de criteria verschuiven als gevolg van groeiende eisen qua diversiteit (vrouwen, jongeren, nieuwe vaardigheden).
De tweede stap in het traject is het opstellen van een '*longlist*' met potentiële kandidaten. Deze lijst wordt met de opdrachtgever besproken en er wordt een 'short list' gemaakt van geschikte kandidaten. Deze worden vervolgens persoonlijk benaderd en hun belangstelling wordt gepolst. Indien een mogelijke kandidaat interesse heeft, wordt deze bijgepraat door het search bureau over de precieze vacature. Als deze belangstelling houdt, wordt deze met de andere geïnteresseerden voorgedragen aan de raad die de opdracht heeft verstrekt. Hier is dus sprake van concurrentie tussen kandidaten, een verschijnsel dat voor de professionalisering veel minder voor kwam. Met een paar kandidaten vinden vervolgens selectiegesprekken plaats waarna getracht wordt een positieve match te creëren tussen de opdrachtgever en een geschikte kandidaat. In deelonderzoek II wordt opgemerkt dat de limiteringsregeling in dit hele proces op een paar momenten een rol speelt: bij het opstellen van de vacature, het opstellen van de long list, de selectie van de kandidaten voor de short list en bij het eerste gesprek met de kandidaten op de short list. Het feit dat de executive search bureaus zelf over de vraag naar vrouwelijke toezichthouders zijn begonnen in interviews over de limiteringsregeling is een aanwijzing dat ook het streefcijfer een serieuze rol speelt in het rekruteringsproces. Hoe die rol er precies uitziet vergt nader onderzoek.

6.3.2.3. Stakeholder-interviews deelonderzoek III

In de vier gesprekken die in het kader van deelonderzoek III met stakeholders zijn gevoerd, is een aantal aspecten van de streefcijferregeling aan bod gekomen. De bevindingen van de interviews worden hierna geclusterd weergegeven aan de hand van terugkerende thema's in de gesprekken. De onderzoekers merken op dat niet ieder van de stakeholders op elk van de aspecten even diep is ingegaan (en daartoe ook niet is uitgenodigd) omdat de stakeholders op verschillende wijze betrokken zijn bij de streefcijferregeling.

Ratio van de streefcijferregeling

Een belangrijk thema in de gesprekken was de onduidelijkheid over de ratio van de streefcijferregeling. De regeling hinkt op twee gedachten: enerzijds lijkt de regeling gebaseerd te zijn op een emancipatiedoelstelling. Een van de geïnterviewden spreekt van het "*democratisch rechtvaardigheidsheidsbeginsel*". Daarnaast is er ook volgens sommigen een bedrijfseconomische ratio: een eenzijdig samengesteld bestuur is slecht voor de governance en dat beïnvloedt de waardecreatie negatief. Dit is het corporate governance argument achter de streefcijferregeling. Opvallend is dat alle geïnterviewden juist deze laatste ratio benadrukken, ieder vanuit hun eigen rol. Eén van hen wijst er op dat steeds meer onderzoeken laten zien dat een divers samengestelde RvB en RvC het

meest bijdragen aan waardecreatie. Daarom is het voor aandeelhouders belangrijk dat een diversiteits- en competentiematrix voor de samenstelling van RvB en RvC in het bestuursverslag wordt opgenomen. Een ander zegt: *"Doel van de regeling is dat er een zorgvuldige besluitvorming tot stand komt als je meer diversiteit hebt in die boards, dus er zit echt wel een ratio achter en het valt me op hoe weinig die intrinsiek wordt beleefd."* Weer een ander merkt op dat een moeilijkheid bij het democratische rechtvaardigheidsargument is dat het leidt tot lastige discussies. *"Mensen gaan dan berekenen hoeveel vrouwen we in het land hebben, hoe veel daarvan er fulltime werken etc. en als je dat doortrekt kom je uit op x% vrouwen die recht hebben op een bestuursfunctie. Terwijl als je het bedrijfseconomische aspect benadrukt, dan zeg je 'al is er maar 1 vrouw, we nemen haar want ze voegt waarde toe aan het bedrijf'. Bij het rechtvaardigheidsbeginsel, daar heb je als overheid een taak te vervullen als je vindt dat er een groep gediscrimineerd wordt, maar dan moet je er ook van uitgaan dat mensen dat onderuit gaan halen door te gaan zeggen 'er wordt helemaal niet gediscrimineerd want als je kijkt naar parttime wekende vrouwen dan kom je uit op x% en dat klopt precies, dus helemaal geen discriminatie'."*

Reikwijdte van de streefcijferregeling

Tijdens de gesprekken is enkele keren een opmerking gemaakt met betrekking tot de reikwijdte van de regeling. Zo merkt één van de geïnterviewden op dat het niet verstandig is dat het streefcijfer direct ook voor de raden van bestuur in de wet is neergelegd: omdat de kans dat je dat haalt zo veel kleiner is dan bij de RvC weet je per definitie al dat het gaat mislukken. In twee gesprekken komt de trend van de steeds kleiner wordende besturen en de opmars van de ExCo bij beursvennootschappen ter sprake. Men is van mening dat het streefcijfer ook voor de ExCo zou moeten gelden. Er wordt echter terecht op gewezen dat de AV geen bevoegdheid (en dus ook geen duidelijke controlerende rol) heeft met betrekking tot de benoeming van ExCo-leden voor zo ver deze niet tevens statutair bestuurder zijn.

Besproken is ook de relatie tussen het percentage vrouwen in de raden van bestuur en commissarissen en het percentage vrouwen in hogere managementlagen, waarop de streefcijferregeling niet van toepassing is. Vooral als het gaat om bestuurs- of toezichtsfuncties waarvoor operationele branche-ervaring wordt verlangd is het in de praktijk immers een probleem dat in sommige branches nog onvoldoende vrouwen met de gewenste ervaring in de hogere managementfuncties werkzaam zijn. Hier wordt door een aantal geïnterviewden aan gerefereerd. In dat verband rijst de vraag of het niet wenselijk zou zijn dat vennootschappen die onder de streefcijferregeling vallen niet alleen over het percentage vrouwen in de top, maar over het percentage vrouwen in het hele bedrijf zouden moeten rapporteren. Er wordt op gewezen dat veel beursvennootschappen dit al op vrijwillige basis doen. Vennootschappen die voldoen aan de Global Reporting Initiative (GRI) 4.0 richtlijnen[306] nemen deze cijfers op in hun duurzaamheidsrapport of in de kerncijfers van hun integrated report. In dit geval zijn de diversiteitscijfers openbaar. De diversiteitscijfers zijn ook een onderdeel van de

[306] https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx.

RobecoSAM-score, die dient als basis voor opname in de Dow Jones Sustainability Index.[307] In dit geval worden de cijfers niet openbaar.

'Pas-toe-of-leg- uit'

Een prominent onderwerp van gesprek was ook de wijze waarop de streefcijferregeling wordt gehandhaafd: het zogenoemde 'pas-toe-of-leg-uit' principe. De geïnterviewden zijn het er over eens dat dit principe niet goed werkt, althans niet bij alle 'grote' vennootschappen. Bij de beursvennootschappen is de uitleg sinds 2016 sterk verbeterd: *"De beursfondsen doen het heel goed, die zijn zich er heel bewust van wat ze moeten rapporteren, daar heb je een bestuurssecretaris zitten, die bijvoorbeeld ook kijkt wat de Code vraagt."* Dit ligt anders voor niet-genoteerde 'grote' vennootschappen: *"Beursfondsen zijn gewend aan heel uitgebreide regelgeving waaraan ze moeten voldoen maar de (*niet-genoteerde, onderzoekers) *grote ondernemingen hebben vaak zoiets van 'wat een onzin allemaal' en 'ik doe het minimale'. Beursfondsen worden ook door de AFM op de kop gezeten, dus als ze niet voldoen dan is er een extra externe toezichthouder, maar ik zie bij grote ondernemingen heel vaak dat ze zich er met een jantje-van-leiden vanaf maken."*
Eén van de geïnterviewden kwalificeert de slechte rapportage over de streefcijfers (en het in dat kader gevoerde en te voeren beleid) als hét grote probleem van de werking van de wet. Doordat er zo slecht wordt uitgelegd vervalt immers de argumentatie om ondernemingen na verloop van tijd op het niet behalen van het streefcijfer aan te spreken. Accountants zouden in ieder geval moeten controleren of in het bestuursverslag staat *"hoe veel is het, wat heb je er aan gedaan en wat is je beleid?"* . Een andere geïnterviewde merkt op dat de accountants zouden kunnen vragen hoe het proces is ingericht. Als het streefcijfer niet wordt gehaald "*is de vraag: mogen we het profiel zien want accountants vragen van alles."*
Opgemerkt wordt door de accountants dat zij heel veel weerstand hadden te overwinnen toen de streefcijferregeling werd ingevoerd. De regeling werd als symboolwetgeving ervaren. Waar accountants zich op het standpunt stelden dat gewoon aan de wettelijke rapportageverplichting voldaan moest worden *"had je zeker ondernemingen die zeiden 'daar hebben we helemaal geen behoefte aan, dat gaan we helemaal niet doen'. Als accountant zeg je dan 'het staat in de wet, dus je moet het toelichten'. Maar de wijze waarop het dan toegelicht wordt....Er zijn dan ondernemingen die het op een heldere manier opschrijven, maar er waren er ook bij die bij wijze van spreken met één regeltje volstonden."*
De accountant probeert dan - net zoals bij onvoldoende gemotiveerde afwijkingen van principes van de Corporate Governance Code - de uitleg verduidelijkt te krijgen: *"maar wat kun je er meer van maken als het een onderneming helemaal niet interesseert of er 1, 2, 3, 4 of 5 vrouwen in de RvC zitten?"* Het teruggeven van het bestuursverslag wordt in een dergelijk geval niet als een reële optie gezien.
Bij de bespreking van de rol van de accountant wordt niet alleen door de accountants zelf maar ook door een andere geïnterviewde naar voren gebracht dat de accountant niet in het (diversiteits)beleid van de vennootschap kan treden: *"Als je het hebt over de inhoud*

[307] www.robecosam.com/en/sustainability-insights/about-sustainability/corporate-sustainability-assessment/index.jsp.

van het diversiteitsbeleid, daar moet een accountant zich niet mee bemoeien, dat is iets voor de RvC en RvB." De accountants wijzen er zelf op dat het hen aan een toetsingskader ontbreekt: *"Of er doelstellingen zijn, dat kun je controleren, maar of die doelstellingen voldoende uitdagend zijn, dat kun je niet beoordelen. Er is geen toetsingskader en dat is wat wordt vergeten. Wat moet je toetsen? Je moet proberen om 30% van de zetels te halen. En dan legt de onderneming uit wat ze heeft gedaan en dat het niet is gelukt. En dan moet de accountant zeggen 'dat is niet genoeg'? Dat heeft niks met de accountant te maken'."* Een van de geïnterviewden oppert dat de richtlijnen aan de hand waarvan accountants zouden moeten controleren *"in feite zijn: is er een profielschets opgesteld, is er een longlist gemaakt waarop in voldoende mate gekwalificeerde vrouwen staan. Stel dat het gaat om een RvB of RvC zonder vrouwen, dan zou je een longlist moeten kunnen maken waar vrouwen op staan, bij de beta-achtige achtergronden zou je dan nog een slag om de arm kunnen houden, maar niet als je een CFO zoekt. (...) Dus het is mogelijk om dat soort richtlijnen te maken dat je een profielschets maakt waarin staat dat het gelet op de functie mogelijk is om deze met een vrouw te vervullen."* Een andere geïnterviewde vindt dat de overheid dit soort richtlijnen niet bij wet zou moeten opleggen.
In verband met het 'pas-toe-of-leg-uit' principe komt in twee interviews ook de recent ingevoerde verplichting voor 'grote' beursvennootschappen om in het bestuursverslag transparantie te verschaffen over hun diversiteitsbeleid ter sprake. De consensus is dat deze verplichtingen behalve een verbreding van de rapportage tot het diversiteitsbeleid in brede zin niets nieuws inhoudt voor de handhaving van de streefcijferregeling. De werkzaamheden van de accountant beperken zich in de hoofdzaak tot het controleren of een diversiteitsbeleid aanwezig is[308] en zo nee, of dit wordt uitgelegd. Wel is te verwachten dat grote (institutionele) aandeelhouders hier een controlerende taak zullen uitoefenen omdat zij belang hechten aan een (in meer opzichten dan alleen qua geslacht) divers samengesteld bestuur.
Bij de 'pas-toe-of-leg-uit' regeling heeft uiteindelijk de AV het laatste woord. Zij bepaalt of zij genoegen neemt met de gegeven uitleg. De controlerende rol van aandeelhouders krijgt ook vorm in de dialoog die (vertegenwoordigers van) grote aandeelhouders met vennootschappen voeren over hun corporate governance. Over de controlerende rol van aandeelhouders met betrekking tot het diversiteitsbeleid merkt een van de respondenten op dat institutionele beleggers goed kijken naar de criteria op grond waarvan de RvC tot een bepaalde voordracht is gekomen en aan de hand van welke diversiteits- en competentiematrix ze hebben gezocht of opdracht hebben gegeven aan een search bureau om een aantal kandidaten te vinden en te testen. Bij beursvennootschappen is gebruikelijk dat er een profielschets is waarop de RvC kan worden afgerekend. Deze wordt openbaar gemaakt of is onderdeel van het RvC-reglement. *"Afgelopen jaar hebben we gevraagd 'maak nou inzichtelijk of alle competenties gedekt zijn die in de profielschets staan'. Dan krijg je toch reacties dat men het lastig vindt om een vinkje bij een persoon in een bepaald veld te zetten. Er zijn al wel best practices, sommige ondernemingen doen het al, maar uit verschillende gesprekken blijkt dat sommige ondernemingen wel wat*

[308] Onder vermelding van: de doelstellingen van het beleid; de wijze waarop het is uitgevoerd en de resultaten van het beleid. Zie hoofdstuk 4.

koudwatervrees hebben om de verschillende vinkjes te zetten achter de namen." Dezelfde respondent benadrukt dat de definitie van diversiteit die institutionele beleggers hanteren breder is dan alleen de m/v-verhouding, maar dat als een vennootschap nog onder het streefcijfer zit met de RvB of RvC daar namens de institutionele beleggers in de dialogen met de vennootschappen vragen bij worden gesteld. *"Als het percentage nog niet is gehaald terwijl er wel vacatures zijn is er aandacht voor in de dialoog om te zoeken naar een vrouw."*

Vast of flexibel streefcijfer?

Met betrekking tot de vraag of het goed is dat een vast streefcijfer van 30% geldt voor alle 'grote' vennootschappen zijn de meningen verdeeld. Een van de geïnterviewden merkt op dat de 30-procentregeling wel een bepaalde druk op raden van commissarissen heeft gelegd om nog meer hun best te doen om op dat cijfer te komen in de raad van commissarissen zelf en ook bij het zoeken naar nieuwe bestuurders. Een ander is uitgesproken voorstander van een zelf gekozen streefcijfer: *"Laat bedrijven die in de technische sector zitten, waar veel minder in de techniek afgestudeerde vrouwen werken maar uitleggen dat ze daarom op 20% zijn blijven hangen, dat ze een beleid zijn gestart om vanaf de onderkant de aanstroom naar 50/50 te krijgen en dat zal er toe leiden dat we in een periode van 15 jaar door kunnen groeien naar 40%, ik noem maar wat. Laat ze veel meer zelf de verantwoordelijkheid nemen."*

Bindende quota?

Over de vraag of er bindende quota moeten komen zijn de meningen onder de vijf geïnterviewden zeer verdeeld. De groep bevat zowel een uitgesproken voorstander als een uitgesproken tegenstander. De uitgesproken voorstander bepleit een quotum voor de raden van commissarissen van alle grote vennootschappen gesanctioneerd met een nietigheid van de benoeming. *"Nietigheid is als sanctie effectiever dan een boete omdat je bij boetes altijd (juridische) discussies krijgt. Nietigheid van de benoeming maakt dat men altijd aan de veilige kant gaat zitten."* In de quota-regeling zou volgens deze voorstander niet het criterium moeten worden opgenomen dat alleen bij gelijke geschiktheid een vrouw moet worden benoemd. *"De mythe dat geschikte vrouwen er niet zijn is ontkracht door het feit dat er inmiddels een database is met 1200 board ready vrouwen*[309]*, wat betekent dat er nog veel meer vrouwen zijn."*

Interessant is dat de meest uitgesproken tegenstander van bindende quota ook weinig op heeft met het gelijke geschiktheidscriterium. *Er is immers niemand die gaat zeggen 'we nemen een vrouw en we doen wat minder kwaliteit'. "Gelijke geschiktheid kun je op verschillende manieren uitleggen. Je moet voor een functie tien competenties hebben, er is dan niemand die aan alle competenties voldoet, het gaat er om welke competenties je doorslaggevend vindt. Wat je vaak in boardrooms ziet gebeuren is dat men zegt 'we hebben voor de beste kandidaat gekozen' en ik blijf er dan op hameren* <u>waarom</u> *is dit dan de beste kandidaat? Ik ben erg voor die argumenten. (...) Als je kunt beargumenteren dat dit de kandidaat is die we nodig hebben, dan heb ik overal vrede mee, dan wil ik me dus niet*

[309] www.topvrouwen.nl.

vasthouden aan een quotum." Deze tegenstander van quota voert het principiële argument aan dat het aan de stakeholders, werknemers of aandeelhouders is om bedrijven aan te spreken op de ondervertegenwoordiging van vrouwen in hun raden van bestuur en commissarissen. *"Als die overal lak aan hebben, wie zijn wij dan om te bepalen dat wij het wel belangrijk vinden?"*
Een van de (vrouwelijke) geïnterviewden zegt over de optie van een bindend quotum (zonder gelijke geschiktheidseis): *"Dat gaat wel heel ver, dan krijg je van die excuustruzen."*
Een ander zegt over een bindend quotum: *"Dat gaat ons veel te ver, uiteindelijk gaat het om de beste mensen op de plek, man/vrouw is daar ondergeschikt aan. We gaan uit van het bredere begrip diversiteit, je moet dan niet op één onderdeel daarvan wetgeving gaan maken."*

Andere aspecten
Tijdens de interviews zijn ook nog enkele opmerkingen gemaakt die niet direct betrekking hebben op de (werking van de) streefcijferregeling, maar die wel aandacht verdienen. Zo wijst bijvoorbeeld een van de geïnterviewden er op dat je bij de werving voor een vacature afhankelijk bent van het een-tweetje tussen de voorzitter van de raad van commissarissen en de bestuursvoorzitter. Zij moeten het proces zo inrichten dat er ook werkelijk een long list komt met vrouwen en een professionele werkwijze die er toe leidt dat een geschikte vrouw wordt benoemd. Als de voorzitter het proces niet zo inricht en het profiel samen met een headhunter bepaalt zonder dat aan diversiteit aandacht word besteed *"dan staat er niemand in de hiërarchie op om te zeggen 'hallo!, tenzij het echt iemand uit de 'believers-groep' is".*
Een ander vraagt aandacht voor het bewustwordingsproces dat nodig is bij headhunters, die toch nog te weinig moeite doen om naar vrouwen te zoeken en te veel volgens oude patronen zoeken. Er moet nog meer aandacht voor komen dat het bij de samenstelling van dit soort kleine teams *"niet gaat om meer van hetzelfde, maar om de voordracht van een kandidaat die iets toevoegt aan het team".*

6.3.3 Samenvatting kwalitatieve bevindingen
Uit de reacties van 'grote' vennootschappen op de Bedrijvenmonitor komt naar voren dat er nog vrij veel onduidelijkheden zijn met betrekking tot de juiste toepassing van de regeling. Opvallend is dat bij sommige vennootschappen kennelijk niet eens duidelijk is dat de wet niet alleen op de raad van commissarissen, maar ook op de raad van bestuur ziet. Voorts valt op dat bedrijven ook vragen hebben met betrekking tot kwesties waarop in de literatuur over het streefcijfer al is gewezen, zoals de toepassing van het streefcijfer op een eenhoofdig bestuur en hoe je het streefcijfer van 30% moet toepassen als de uitkomst een gebroken getal oplevert.
Uit zowel het stakeholdersonderzoek dat is uitgevoerd in het kader van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 als uit de door onderzoekers gehouden interviews volgt ten eerste dat het wenselijk zou zijn om meer duidelijkheid te creëren over de ratio van de streefcijferregeling: dat het geen 'vrouwending' is maar dat het doel is een verbetering

van de corporate governance door te streven naar divers samengestelde raden van bestuur en commissarissen.
Ten tweede is men unaniem van mening dat het pas-toe-leg-uit-principe maar beperkt wordt nageleefd door de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen, zeker voor zover het de niet-beursgenoteerde 'grote' vennootschappen betreft. Uit de gesprekken komt geen pasklare oplossing voor dit handhavingsprobleem naar voren. Geopperd wordt dat er richtsnoeren zouden moeten komen voor accountants, aan de hand waarvan ze hun controletaak beter kunnen uitoefenen. Maar hiertegen wordt het bezwaar aangevoerd dat de overheid door eisen aan het diversiteitsbeleid te stellen te diep ingrijpt in de vrijheid van ondernemingen. Bovendien wordt betwijfeld of een dergelijke vergaande controletaak bij de accountant neergelegd mag worden.
Ten derde komt uit alle gesprekken met stakeholders een sterke verdeeldheid over bindende quota naar voren, ook als deze beperkt zouden worden tot de raad van commissarissen van beursvennootschappen. Ook hier voeren tegenstanders het principiële argument aan dat de overheid niet moet ingrijpen in de beleidsvrijheid van ondernemingen en dat de stakeholders het zelf moeten oplossen. Voorstanders vinden overheidsingrijpen gerechtvaardigd omdat het anders niet opschiet.
Ten slotte komt uit de gesprekken naar voren dat voor een betere vertegenwoordiging van vrouwen in de top van het bedrijfsleven een professionele en transparante inrichting van het wervings- en selectieproces een belangrijke rol speelt. Op verschillende momenten in dat proces kan het streefcijfer aan de orde worden gesteld: bij het opstellen van de profielschets, de longlist en de shortlist. Hiervoor is bewustwording nodig van alle bij het wervings- en selectieproces betrokkenen en met name: de voorzitters van de raden van commissarissen, de bestuursvoorzitters en de executive search bureaus.

Hoofdstuk 7. Deelonderzoek III: conclusies en aanbevelingen

7.1 Inleiding

Deelonderzoek III heeft betrekking op de streefcijferregeling die is opgenomen in art. 2:166/2:276 BW. Met deze regeling wordt beoogd om een evenwichtige verdeling over vrouwen en mannen te bereiken van de zetels in de raden van bestuur en commissarissen van 'grote' NV's en BV's. Van een evenwichtige verdeling is sprake indien ten minste 30% van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen. De onder de regeling vallende 'grote' vennootschappen zijn op grond van art. 2:391 lid 7 BW verplicht om transparantie te verschaffen over hun genderdiversiteitsbeleid zolang zij nog niet aan het streefcijfer hebben voldaan ('pas-toe-of-leg-uit').

De centrale vraag van dit deelonderzoek betreft de achtergrond, doeleinden, praktische toepassingsproblemen, naleving en effectiviteit van het wettelijke streefcijfer.

In het navolgende beantwoorden de onderzoekers de verschillende door het WODC gestelde deelvragen. Bovendien doen de onderzoekers enkele aanbevelingen. Deze zien niet alleen op de geldende streefcijferregeling maar hebben ook betrekking op de mogelijkheid dat de wetgever in de toekomst de invoering van een bindende quotaregeling voorstelt.

7.2. Wat was de beleidstheorie ten aanzien van de streefcijferregeling en waarom zijn daarin juist de grote naamloze en besloten vennootschappen daartoe aangewezen? (onderzoeksvraag 1)

7.2.1. Doel en ratio van de streefcijferregeling

Uit de in hoofdstuk 2 weergegeven analyse van de parlementaire geschiedenis lijkt[310] te volgen dat de beleidstheorie achter de wettelijke streefcijferregeling is dat met het - voor een tijdelijke duur (namelijk initieel tot 1 januari 2016 en na verlenging van de streefcijferregeling tot 1 januari 2020) - neerleggen in de wet van een op het principe 'pas-toe-of leg-uit' gebaseerde streefcijferregeling een percentage van ten minste 30% voor beide geslachten vrouwen (en mannen) in raden van bestuur en de raden van commissarissen van grote NV's en BV's zou kunnen worden bereikt.
Volgens de toelichting bij het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling is de motivering voor invoering van een wettelijke streefcijferregeling dat Nederland in vergelijking tot andere landen een erg laag aantal vrouwen in bestuurlijke functies kent en dat dit aantal naar verwachting niet op natuurlijke wijze zal groeien. Internationaal onderzoek heeft aangetoond dat een te eenzijdige samenstelling van raden van bestuur en commissarissen leidt tot slechtere financiële resultaten en ook

[310] Onderzoekers drukken zich voorzichtig uit, gelet op de summiere toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling en de beperkte omvang van het debat dat in het parlement heeft plaatsgevonden over dit onderdeel van het wetsvoorstel bestuur en toezicht.

tot een lagere economische groei. De streefcijferregeling is daarom volgens de indieners van het amendement niet alleen vanuit emancipatoir oogpunt, maar ook om economische redenen wenselijk.

7.2.2. Beleidstheorie met betrekking tot streefcijfer van 30%, beperking tot NV's en BV's en het grootte-criterium onduidelijk

Noch uit de toelichting op het amendement dat ten grondslag ligt aan de streefcijferregeling, noch uit de overige parlementaire stukken is te achterhalen welke beleidstheorie ten grondslag ligt aan:
1) de keuze voor een 'vast' streefcijfer van 30%;
2) de beperking van de reikwijdte van de regeling tot (grote) NV's en BV's (en het niet onder de regeling brengen van andere grote rechtspersonen);
3) de keuze voor beperking van de reikwijdte door middel van een grootte-criterium dat is ontleend aan het jaarrekeningenrecht.

Voor de keuze voor een vast streefcijfer van 30% (in plaats van een door de vennootschappen zelf te kiezen streefcijfer) is in het geheel geen motivering te vinden. Met betrekking tot het tweede punt lijkt het standpunt van de wetgever te zijn dat een streefcijfer voor grote stichtingen, verenigingen en coöperaties pas aangewezen is indien vaststaat dat ook bij deze rechtspersonen sprake is van een onevenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in het bestuur en het toezichthoudende orgaan. Met betrekking tot het laatste punt hebben de onderzoekers slechts kunnen achterhalen dat de bedoeling van het aan het jaarrekeningenrecht ontleende grootte-criterium is om een beperking aan te brengen in het aantal vennootschappen dat onder de streefcijferregeling valt. Waarom ter beperking van de reikwijdte voor dit specifieke grootte-criterium is gekozen is niet duidelijk. Vermoedelijk is voor dit criterium gekozen omdat het ook wordt gehanteerd ter afbakening van de limiteringsregeling, die bij dezelfde wet is ingevoerd.

7.2.3 Beleidstheorie met betrekking tot 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de regeling

Meer licht werpt de wetsgeschiedenis op de beleidstheorie met betrekking tot de verplichtingen die uit de regeling voortvloeien voor grote NV's en BV's. Er is gekozen voor een dwingende regeling, die is gebaseerd op het principe 'pas-toe-of-leg-uit'. Dit betekent dat verslaglegging voor vennootschappen die niet aan het streefcijfer voldoen verplicht is, maar dat zij in die verslaglegging uitleg kunnen geven waarom het streefcijfer (nog) niet is gehaald. Of de bestaande samenstelling van het bestuur en/of raad van commissarissen moet worden gewijzigd, hangt af van het oordeel van de algemene vergadering. Er is pas sprake van niet-naleving van de streefcijferregeling indien een vennootschap niet aan het wettelijke streefcijfer ’ voldoet én een adequate uitleg in het bestuursverslag ontbreekt.

7.2.4 Beleidstheorie met betrekking tot de wijze waarop het streefcijfer moet worden behaald onduidelijk

Grote NV's en BV's moeten "zoveel mogelijk rekening houden" met een evenwichtige verdeling over mannen en vrouwen bij het benoemen en voordragen van bestuurders, het opstellen van een profielschets voor de raad van commissarissen/niet-uitvoerende bestuurders en bij het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van commissarissen/niet-uitvoerende bestuurders. Uit de wetsgeschiedenis is niet duidelijk wat de wetgever precies voor ogen heeft met betrekking tot de wijze waarop c.q. de mate waarin grote NV's en BV's rekening kunnen en mogen houden met een evenwichtige verdeling. Zo is met name niet duidelijk in hoeverre een voorkeursbeleid is toegestaan om het streefcijfer van 30% te bereiken.

7.2.5 Bedoeling van de horizonbepaling niet helemaal duidelijk

Ook de beleidstheorie die ten grondslag ligt aan het tijdelijke karakter van de regeling is niet helemaal duidelijk. Enerzijds lijkt de beleidstheorie te zijn dat het streefcijfer vóór 1 januari 2020 kan worden behaald door middel van een combinatie van de wettelijke streefcijferregeling en flankerende (stimulerende) maatregelen zoals het programma Vrouwen naar de Top dat de Minister van OCW in samenwerking met de voorzitter van VNO-NCW heeft opgezet. Het door de regering verwoorde uitgangspunt is dat "via stimulering van zelfregulering het gewenste doel kan worden bereikt", maar anderzijds wordt er ook op gewezen dat in 2019 zal worden bezien of het aantal vrouwen in topposities voldoende is toegenomen. Het is niet geheel duidelijk wat wordt bedoeld met 'voldoende'. Als hiermee wordt bedoeld dat het streefcijfer van 30% moet worden gehaald lijkt het er op dat de mogelijkheid wordt opengehouden dat het streefcijfer niet wordt gehaald.

7.3 Onduidelijkheden en aandachtspunten bij de toepassing van het streefcijfer (onderzoeksvragen 3, 4 en 5)

In de vorige paragrafen is geconstateerd dat de beleidstheorie met betrekking tot de toepassing van het streefcijfer op een aantal punten onduidelijk is. Dit beeld wordt bevestigd door de analyse van de rechtswetenschappelijke literatuur en komt ook naar voren uit de reacties van de vennootschappen die hebben deelgenomen aan de Bedrijvenmonitor. De door de onderzoekers verrichte literatuuranalyse en de bevindingen van het kwalitatieve onderzoek brengen behalve onduidelijkheden ook enkele aandachtspunten aan het licht. Aan de hand van de relevante onderzoeksvragen worden hierna de voornaamste onduidelijkheden en aandachtspunten weergegeven.

7.3.1 Wat zijn de voor- en nadelen van de toepassing van het streefcijfer op grote naamloze en besloten vennootschappen? Tegen welke – vermeende - problemen voor wat betreft organisatiestructuren en/of typen sectoren loopt men op? En welke oplossingen zijn daarvoor denkbaar? (onderzoeksvraag 3)

In de beperkte hoeveelheid juridische literatuur over de streefcijferregeling wordt niet als zodanig ingegaan op de 'voor- en nadelen' van toepassing van het streefcijfer op grote naamloze en besloten vennootschappen. Evenmin wordt als zodanig aandacht geschonken aan – vermeende – toepassingsproblemen voor bepaalde organisatiestructuren en of typen sectoren. Wel worden verschillende onduidelijkheden ten aanzien van de toepassing van het streefcijfer en mogelijke praktische toepassingsproblemen (aandachtspunten) gesignaleerd en besproken.

Met betrekking tot de reikwijdte van de regeling qua functies wordt gesignaleerd dat de beperking van de streefcijferregeling tot zetels in de raden van bestuur en commissarissen tot omzeiling van de regeling kan leiden, bijvoorbeeld door aanstelling van een louter uit mannen bestaand management team en benoeming van slechts één statutaire bestuurder. Omzeiling zou kunnen worden tegengegaan door uitbreiding van de streefcijferregeling tot andere (management)functies dan formele bestuursfuncties. Het is echter de vraag of het omzeilingsprobleem zo groot is dat dit uitbreiding van de reikwijdte van de regeling rechtvaardigt.

Met name beursvennootschappen beschikken behalve over een bestuur en (in een dualistisch model) een raad van commissarissen steeds vaker over een executive committee (ExCo), waarin behalve bestuurders ook personen met hoge managementfuncties zijn opgenomen. Het streefcijfer geldt niet voor de ExCo. Dit is in zoverre een aandachtpunt dat bij beursvennootschappen met een dualistisch bestuursmodel het bestuur vaak uit slechts twee personen bestaat, wat betekent dat om een evenwichtige m/v-verdeling in het bestuur te bereiken een 50-50 verhouding moet worden nagestreefd. Uitbreiding van de reikwijdte van de streefcijferregeling tot de ExCo, zoals in enkele interviews is gesuggereerd, zou dit probleem voor het dualistische bestuursmodel kunnen oplossen door het streefcijfer toe te passen ten aanzien van alle formele bestuursfuncties plus de niet-formele bestuursfuncties binnen de ExCo. De ExCo komt ook voor bij beursvennootschappen met een monistisch bestuursmodel. Bij beursvennootschappen met een monistisch bestuursmodel zou het streefcijfer dan moeten worden toegepast ten aanzien van de uitvoerende bestuurders plus de ExCo-leden zonder formele bestuursfunctie (zie par. 7.3.2). De onderzoekers zien als een bezwaar van uitbreiding van de streefcijferregeling tot de executive committee dat deze geen formeel orgaan van de vennootschap is, waardoor het onduidelijk is wanneer er precies sprake is van een executive committee. De onderzoekers geven in overweging om alle grote NV's en BV's verplicht te laten rapporteren over de m/v-verdeling ten aanzien van de senior managementfuncties (en het hele personeelsbestand). Veel - maar

niet alle - beursvennootschappen verschaffen al op vrijwillige basis transparantie over de m/v-verdeling in verschillende lagen van het personeelsbestand. Invoering van een wettelijke transparantieverplichting leidt ertoe dat bij alle beursvennootschappen zichtbaar wordt in hoeverre ten aanzien van de managementfuncties direct onder het bestuur - dus ook de managementfuncties die zijn opgenomen in de ExCo - sprake is van een evenwichtige m/v-verdeling.

Specifiek ten aanzien van structuur-NV's en -BV's wordt in de literatuur gesignaleerd dat onduidelijk is hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast ten aanzien van de aanbeveling van de ondernemingsraad. Er wordt van uitgegaan dat de raad van commissarissen in ieder geval een aanbeveling van de ondernemingsraad niet kan afwijzen met als reden dat het op grond van de streefcijferregeling een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht had moeten zijn.

Meer algemeen wordt in de literatuur opgemerkt dat de streefcijferregeling niet voorschrijft dat een profielschets wordt opgesteld voor de samenstelling en omvang van het bestuur en dat geen eisen worden gesteld aan de profielschets die moet worden opgesteld voor de commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders. Dit bemoeilijkt een vergelijking van kandidaten op basis van vooraf vastgestelde, heldere en neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria. Daarbij is gewezen op de concept-streefcijferrichtlijn van de EU op grond waarvan benoemingen gebaseerd moeten zijn op een vergelijkende analyse van kandidaten door de toepassing van vooraf vastgestelde, heldere, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria. Deze criteria zouden als uitgangspunt kunnen dienen bij het opstellen van een profielschets.

In aansluiting op het vorige punt merken de onderzoekers op dat niet duidelijk is in hoeverre 'grote' NV's en BV's een voorkeursbeleid mogen voeren om aan het streefcijfer te voldoen. De vraag is met name of vennootschappen slechts bij 'gelijke geschiktheid' voorrang mogen geven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, zoals volgt uit vaste jurisprudentie van het HvJEU. In de literatuur houdt de meerderheid van de auteurs hier aan vast, er klinkt echter ook een tegengeluid. Onzekerheid met betrekking tot de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid kan vennootschappen belemmeren in hun ambitie om het streefcijfer te halen. Opmerking verdient dat het in de vorige alinea genoemde voorstel voor een Europese streefcijferrichtlijn geheel is gemodelleerd naar de eisen die het HvJEU aan een te voeren voorkeursbeleid heeft gesteld (zie par. 5.2.5.2).

Een aandachtspunt is ten slotte dat om te voldoen aan het streefcijfer van *ten minste* 30% in veel gevallen een hoger percentage van het ondervertegenwoordigde geslacht moet worden benoemd. Zo is bij een vierhoofdige raad van commissarissen pas aan het streefcijfer voldaan als de raad twee vrouwelijke leden kent (50%). Uit de reacties van de vennootschappen die hebben deelgenomen aan de Bedrijvenmonitor blijkt dat

onduidelijkheid bestaat over de vraag hoe veel personen van het ondervertegenwoordigde geslacht moeten worden benoemd indien toepassing van het percentage van 30% tot een gebroken getal leidt. De onduidelijkheid op dit punt zou kunnen worden weggenomen door aan de hand van een tabel te verduidelijken hoe veel personen van het ondervertegenwoordigde geslacht moeten worden benoemd om aan het streefcijfer te voldoen (zoals de tabel bij het voorstel voor een Europese streefcijferrichtlijn (zie par. 5.2.5.2)). Voorts zou kunnen worden overwogen om afronding naar beneden (expliciet) toe te staan indien toepassing van het streefcijfer tot een gebroken getal leidt.

7.3.2 Zijn er verschillen in toepassing van de streefcijferregeling tussen vennootschappen met een one-tier board en vennootschappen met een raad van commissarissen? (onderzoeksvraag 4)

Uit de literatuur blijkt niet zo zeer van verschillen als wel van een onduidelijkheid bij toepassing van de streefcijferregeling op vennootschappen met een one-tier board. De vraag is hoe het streefcijfer moet worden toegepast op een monistisch bestuur; geldt het voor het bestuur als geheel of afzonderlijk voor uitvoerende respectievelijk niet-uitvoerende bestuurders? Deze vraag komt ook naar voren in de reacties van deelnemende vennootschappen op de Bedrijvenmonitor. De literatuur geeft op dit punt geen uitsluitsel. Het voorstel voor een Europese streefcijferrichtlijn gaat bij het 33%-quotum ten aanzien van zowel uitvoerende bestuurders als niet-uitvoerende bestuurders ook voor een dualistisch bestuur uit van een 'overall' benadering. Dat wil zeggen dat bij een bestuursstructuur bestaande uit een bestuur en een raad van commissarissen voor kan worden gekozen om het 33%-quotum te behalen door benoeming van louter voldoende vrouwelijke commissarissen. Dit is op grond van de Nederlandse streefcijferregeling *niet* mogelijk. De wet bepaalt immers uitdrukkelijk dat het percentage afzonderlijk moet worden nagestreefd ten aanzien van de bestuurszetels. De onderzoekers zijn daarom van mening dat het meeste recht wordt gedaan aan de ratio van de streefcijferregeling door bij de one-tier board zowel ten aanzien van de niet-uitvoerende als de uitvoerende bestuursfuncties het percentage van 30% na te streven.

7.3.3 Hoe kunnen bedrijven met één bestuurder of commissaris aan het streefcijfer voldoen? (onderzoeksvraag 5)

In de literatuur wordt deze vraag niet expliciet beantwoord. Uit de Bedrijvenmonitor blijkt dat er vennootschappen zijn die er van uit gaan dat de streefcijferregeling niet kan worden toegepast ten aanzien van eenhoofdige bestuurs- c.q. toezichtsorganen. De onderzoekers hebben begrip voor dit standpunt. De tekst van de streefcijferregeling sluit namelijk uit dat zij toepassing vindt in geval van een eenhoofdig bestuur: de evenwichtige verdeling waar de tekst van spreekt kan dan niet worden bereikt. Dit vormt in zoverre een aandachtspunt dat omzeiling van de streefcijferregeling mogelijk is door - zoals hiervoor reeds opgemerkt- aanstelling van een louter uit mannen bestaand management team en benoeming van één (mannelijke) statutaire bestuurder. In aanvulling op het

voorgaande merken de onderzoekers op dat het probleem van de toepassing van een quotum/streefcijfer op een eenhoofdig bestuursorgaan of toezichthoudend orgaan zich in de in hoofdstuk 5 onderzochte regelingen niet kan voordoen. Uit de in par. 7.3.1 genoemde tabel die als bijlage bij de EU-concept-richtlijn is gevoegd volgt dat de streefcijfers die in de richtlijn zijn opgenomen toepassing missen in geval van een eenhoofdig (én tweehoofdig) orgaan. Zie hierover nader par. 5.2.5.2. Voor de onderzochte nationale quotaregelingen geldt dat deze zien op meerhoofdige organen ofwel omdat de wet meerhoofdigheid voorschrijft (België, Duitsland en Frankrijk) ofwel omdat de onder de regeling vallende organen - omdat het uitsluitend beursvennootschappen betreft - in de praktijk met meer personen zijn bezet (Italië). Bij een flexibele streefcijferregeling, zoals Duitsland die kent, speelt het probleem niet omdat vennootschappen dan bij de keuze van het streefcijfer rekening kunnen houden met het feit dat een bestuurs- of toezichtsorgaan slechts uit één persoon bestaat. Zij mogen het cijfer op 0% stellen, maar zullen dit wel moeten uitleggen.

7.3.4 Aanbevelingen

In het voorgaande is geconcludeerd dat de streefcijferregeling op een aantal punten onduidelijk is, wat toepassing ervan door de vennootschappen die er onder vallen bemoeilijkt. Dit geldt met name voor een deel van de niet aan de beurs genoteerde 'grote' vennootschappen. Uit de gesprekken met stakeholders is naar voren gekomen dat deze vennootschappen veel minder aandacht hebben voor governance vraagstukken dan de beursgenoteerde 'grote' vennootschappen. Zij hebben doorgaans minder (of geen) juristen in huis die hier specifieke kennis van hebben. Externe adviseurs zullen zij minder snel inschakelen vanwege de daarmee gepaard gaande kosten. De onderzoekers achten het wenselijk dat wordt verduidelijkt voor de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen aan welke verplichtingen zij precies moeten voldoen. Hiertoe zou door het Ministerie van V&J een website kunnen worden ingericht die bij alle onder de regeling vallende 'grote' vennootschappen onder de aandacht wordt gebracht. De controlerende accountant die een gebrek aan kennis van de regeling constateert zou de vennootschap op deze website moeten wijzen. De website zou in heldere taal geformuleerde antwoorden moeten geven op vragen als:

- Waarom bestaat de streefcijferregeling (expliciteren dat m/v-diversiteit bijdraagt aan de kwaliteit van de besluitvorming in raden van bestuur en raden van commissarissen);
- Wanneer moet ik als 'grote' NV of BV aan de streefcijferregeling voldoen;
- Op welke functies is de streefcijferregeling van toepassing;
- Hoe pakt de toepassing van het streefcijfer uit gerelateerd aan de omvang van mijn raad van bestuur/raad van commissarissen (met een tabel of voorbeelden);
- Wat voor maatregelen kan de vennootschap nemen om het streefcijfer te bereiken (waaronder richtlijnen voor het opstellen van een profielschets, de inrichting van een transparant wervings- en selectieproces en uitleg over voorkeursbeleid)?

De onderzoekers bevelen voorts aan dat wordt verduidelijkt dat de streefcijferregeling niet geldt voor bedrijven met slechts één bestuurder of commissaris. Omdat zij niet kunnen voldoen aan de verplichting om te streven naar een evenwichtige verdeling heeft het geen zin om aan hen een verplichting op te leggen om hier een uitleg voor te geven.

7.4. Welke sancties zijn verbonden aan het wettelijke streefcijfer op basis van 'pas-toe-of-leg-uit'? Welke rol speelt de AV respectievelijk de accountant? Hoe is de effectiviteit van die rollen te vergroten? (onderzoeksvraag 6)

7.4.1 Sancties

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat pas sprake is van niet-naleving van de streefcijferregeling indien het streefcijfer niet wordt behaald én daarvoor een adequate uitleg ontbreekt. De rol van de accountant is om te controleren of de uitleg aanwezig is terwijl het aan de AV is om te beoordelen of de uitleg adequaat is. De streefcijferregeling bevat geen sancties. Als het streefcijfer niet is gehaald maar niet wordt uitgelegd hoe dit komt en wat de vennootschap gaat doen om het streefcijfer alsnog te bereiken moet de accountant dit in zijn verklaring vermelden. In geval van het ontbreken van de vereiste uitleg voldoet het bestuursverslag niet aan de wet. Iedere belanghebbende kan dan in beginsel een jaarrekeningprocedure starten (art. 2:448 BW).

7.4.2 Rol van de accountant

Uit het in het kader van de Bedrijvenmonitor verrichte onderzoek blijkt dat accountants niet altijd melding maken van het ontbreken van de vereiste uitleg. Het probleem van het geheel ontbreken van uitleg doet zich vooral voor bij niet-beursvennootschappen. Een probleem dat ook bij beursvennootschappen voorkomt is dat een zeer summiere uitleg wordt gegeven. Bij gebrek aan richtlijnen waaraan het m/v-diversiteitsbeleid moet voldoen is het moeilijk voor de accountant om druk uit te oefenen op de vennootschap om meer inhoud aan de uitleg te geven. Uit de gesprekken die zijn gevoerd met stakeholders komt geen pasklare oplossing voor dit probleem naar voren. Voorstelbaar is dat een toetsingskader (richtlijnen) voor het te voeren m/v/-diversiteitsbeleid wordt ontwikkeld voor accountants, aan de hand waarvan ze hun controletaak beter kunnen uitoefenen. De accountant zou dan het volgens de vennootschap gevoerde beleid langs het toetsingskader kunnen leggen en kunnen vaststellen of aan de richtlijnen is voldaan. Een dergelijk toetsingskader zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat er behalve een profielschets ook een longlist moet zijn waarop voldoende vrouwen staan die geschikt zijn voor de functie. In de stakeholdersgesprekken werden twee bezwaren tegen een dergelijke aanpak aangevoerd. Een eerste bezwaar is dat de overheid door het stellen van inhoudelijke eisen aan het m/v-diversiteitsbeleid te diep ingrijpt in de vrijheid van ondernemingen. Een tweede bezwaar is dat de taak om het diversiteitsbeleid te toetsen niet thuishoort bij de accountant. Dit bezwaar werd geuit naar aanleiding van het voorbeeld dat het toetsingskader zou voorschrijven dat er een longlist moet zijn met

'voldoende' vrouwelijke kandidaten. Hoe moet de accountant dan beoordelen wat 'voldoende' is? Ten slotte wijzen de onderzoekers op het niet ondenkbeeldige risico van afvinkgedrag. Als er al voldoende heldere maatstaven zouden kunnen worden ontwikkeld, dan is dit nog geen garantie dat daadwerkelijk naar een evenwichtige m/v-verdeling wordt gestreefd. Een profielschets die aan alle te ontwikkelen regels voldoet en een longlist met voldoende vrouwelijke kandidaten die aan die schets voldoen kan niet verhinderen dat bij de beoordeling van de kandidaten aan andere dan objectieve geschiktheidscriteria de doorslag wordt gegeven.

7.4.3 Rol van de AV

Bij de rol van de AV zijn de volgende kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste staat of valt de rol van de AV als handhaver van de streefcijferregeling met het antwoord op de vraag hoe veel belang de AV - althans invloedrijke leden daarvan - hecht/hechten aan genderdiversiteit in de top van de vennootschap. Voor beursvennootschappen laat monitoringonderzoek (met betrekking tot de naleving van de Corporate Governance Code) zien dat zelfregulering niet werkt voor regels die aandeelhouders niet belangrijk vinden. Niet zonder meer kan worden gezegd dat aandeelhouders in het algemeen genderdiversiteit niet belangrijk vinden. Uit de gesprekken met stakeholders komt naar voren dat institutionele beleggers diversiteit in de top van beursvennootschappen zeer belangrijk vinden omdat deze bijdraagt aan een goede besluitvorming; m/v-diversiteit is daarvan slechts één – zij het belangrijk – onderdeel. Dit is ook het uitgangspunt van het besluit diversiteitsbeleid en de Nederlandse Corporate Governance Code, die in hoofdstuk 4 zijn besproken. Uit de gesprekken met stakeholders komt bovendien naar voren dat institutionele beleggers bij de voordracht van nieuwe bestuurders en commissarissen - behalve naar de gewenste diversiteit van bestuur en RvC - in toenemende mate kijken naar de gewenste competenties die de voorgedragen kandidaat toevoegt. Bij niet-beursvennootschappen zal het mede afhangen van de aard van het bedrijf en de samenstelling van de AV in hoeverre de AV een punt zal maken van genderdiversiteit in bestuur en raad van commissarissen. Zo is het bijvoorbeeld denkbaar dat de AV van een familievennootschap accepteert dat bestuur en RvC overwegend uit mannen bestaan omdat voor de bezetting daarvan traditioneel uit familieleden wordt geput en binnen de familie geen vrouwen beschikbaar zijn. Een tweede belangrijke kanttekening bij de rol van de AV als 'handhaver' van de streefcijferregeling is dat zij naleving van de streefcijferregeling alleen echt kan afdwingen door de inzet van paardenmiddelen: weigering verlening decharge of vaststelling jaarrekening of het entameren van een enquêteprocedure. Het is volgens de onderzoekers niet realistisch om er van uit te gaan dat deze zware middelen zullen worden ingezet om naleving van de streefcijferregeling af te dwingen.

De onderzoekers zien geen mogelijkheden om de rol van de AV bij de handhaving van de streefcijferregeling te verbeteren. Inherent aan het 'pas-toe-of-leg-uit' karakter van de

streefcijferregeling is dat de AV in vrijheid beslist of zij kan leven met de gegeven uitleg of niet.

7.4.4 Aanbeveling

Aanbeveling verdient om naast de AV ook de ondernemingsraad een rol te geven bij de handhaving van de streefcijferregeling door invoering van een spreekrecht in de AV met betrekking tot het m/v-diversiteitsbeleid in de top van de vennootschap (vergelijk de suggestie van de Stichting MNO die is vermeld in hoofdstuk 4, par. 4.2). Gelet op het feit dat de streefcijferregeling niet alleen een kwestie is van corporate governance, maar ook een emancipatiedoelstelling dient is het volgens de onderzoekers goed verdedigbaar dat naast de AV ook de werknemers iets te zeggen krijgen over de vertegenwoordiging van vrouwen in de top van de vennootschap.

7.5 De toepassing van de streefcijferregeling in de praktijk

7.5.1 Wat zijn de voornaamste kwantitatieve en kwalitatieve bevindingen met betrekking tot de toepassing van de streefcijferregeling op grote NV's en BV's? (onderzoeksvraag 2)

In hoeverre hebben grote NV's en BV's het streefcijfer gehaald? Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat het overgrote deel van de vennootschappen nog geen evenwichtige m/v-verdeling in de raden van bestuur en commissarissen heeft bereikt. Zelfs van de top 200 vennootschappen voldeed op 31 mei 2016 nog maar 4,2% voor zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen aan het streefcijfer. Uit de Female Board Index 2016 - die bestaat uit 83 vennootschappen genoteerd aan Euronext Amsterdam - blijkt dat medio 2016 slechts twee van deze 83 beursvennootschappen evenwichtig samengestelde raden van bestuur en commissarissen hadden, dat is slechts 2,4%. Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat er nog steeds veel vennootschappen zijn zonder vrouw in de raad van bestuur en/of raad van commissarissen. Hieronder vallen ook 23 beursgenoteerde vennootschappen uit de Female Board Index. Alle cijfers (ook de bevindingen op basis van de KvK-dataset 2012-2017) laten zien dat het aandeel vrouwen veel groter is in de raden van commissarissen dan in de raden van bestuur. De algemene trend is dat de percentages zowel voor de raad van bestuur als de raad van commissarissen blijven toenemen, maar dat de groei traag is. Uit de KvK-dataset 2012-2017 blijkt voorts dat de gemiddelde percentages vrouwen en mannen in bestuur en toezichthoudend orgaan bij 'grote' BV's duidelijk achterblijven in vergelijking met 'grote' NV's.

Wat doen grote NV's en BV's om het streefcijfer te halen? Voldoen NV's en BV's die het streefcijfer niet hebben gehaald aan de wettelijke transparantieverplichting?
De kwantitatieve bevindingen van de Bedrijvenmonitor 2016 met betrekking tot de verklaringen van 'grote' vennootschappen voor het wel of niet halen van het streefcijfer en het gevoerde en te voeren beleid kunnen als volgt worden samengevat.

Van de 'succesvolle' vennootschappen zegt 45% een bewust beleid te hebben gevoerd om de zetels in de raad van bestuur evenwichtig te verdelen. Voor de raad van commissarissen zegt 72% van de succesvolle vennootschappen dit te hebben gedaan. Als verklaring voor het niet bereiken van het streefcijfer wordt het meest genoemd dat er geen of onvoldoende benoemingen zijn geweest.
Een groot deel van alle 'grote' vennootschappen zegt geen beleid te hebben om het streefcijfer te bereiken voor de raad van bestuur (45%) en de raad van commissarissen (36%). Ruim een kwart van de vennootschappen zegt niets te gaan ondernemen/geen beleid te gaan ontwikkelen om een evenwichtige mv-verdeling te bereiken/behouden.
Veel vennootschappen voldoen naar eigen zeggen niet aan de wettelijke verplichting om transparantie te verschaffen zolang een evenwichtige mv-samenstelling van de raad van bestuur en/of raad van commissarissen niet is bereikt terwijl tegelijkertijd een groot aantal vennootschappen zegt door de accountant te zijn gecontroleerd op naleving van deze verplichtingen.

De bevindingen uit gesprekken met stakeholders
Uit zowel het stakeholdersonderzoek dat is uitgevoerd in het kader van de Bedrijvenmonitor 2012-2015 als uit de door onderzoekers gehouden interviews volgt ten eerste dat het wenselijk zou zijn om meer duidelijkheid te creëren over de ratio van de streefcijferregeling: dat het geen 'vrouwending' is maar dat het doel is een verbetering van de corporate governance door te streven naar divers samengestelde raden van bestuur en commissarissen.
Ten tweede is men unaniem van mening dat het pas-toe-leg-uit-principe maar beperkt wordt nageleefd door de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen, zeker voor zover het de niet-beursgenoteerde ‘grote’ vennootschappen betreft. Uit de gesprekken komt geen pasklare oplossing voor dit handhavingsprobleem naar voren. Geopperd wordt dat er richtsnoeren zouden moeten komen voor accountants, aan de hand waarvan ze hun controletaak beter kunnen uitoefenen. Maar hiertegen wordt het bezwaar aangevoerd dat de overheid door eisen aan het diversiteitsbeleid te stellen te diep ingrijpt in de vrijheid van ondernemingen. Bovendien wordt betwijfeld of een dergelijke vergaande controletaak bij de accountant neergelegd mag worden.
Ten derde komt uit alle gesprekken met stakeholders een sterke verdeeldheid over bindende quota naar voren, ook als deze beperkt zouden worden tot de raad van commissarissen van beursvennootschappen. Ook hier voeren tegenstanders het principiële argument aan dat de overheid niet moet ingrijpen in de beleidsvrijheid van ondernemingen en dat de stakeholders het zelf moeten oplossen. Voorstanders vinden overheidsingrijpen gerechtvaardigd omdat het anders niet opschiet.
Ten slotte komt uit de gesprekken naar voren dat voor een betere vertegenwoordiging van vrouwen in de top van het bedrijfsleven een professionele en transparante inrichting van het wervings- en selectieproces een belangrijke rol speelt. Op verschillende momenten in dat proces komt nu - zo blijkt uit de interviews gehouden in het kader van

deelonderzoek II - de limiteringsregeling ter sprake. Op al die momenten zou ook de streefcijferregeling aan de orde moeten komen: bij het opstellen van de profielschets, de longlist en de shortlist. Hiervoor is bewustwording nodig van alle bij het wervings- en selectieproces betrokkenen en met name: de voorzitters van de raden van commissarissen, de bestuursvoorzitters en de executive search bureaus.

7.5.2 Hoe groot is het aandeel van vrouwen in de besturen en raden van toezicht van grote publieke organisaties (Bedrijvenmonitor 2016) respectievelijk grote stichtingen (KvK-dataset 2012-2017)? (onderzoeksvraag 7)

De voornaamste conclusie van het monitoronderzoek onder 'grote' organisaties uit de publieke sector verricht in het kader van de Bedrijvenmonitor 2016 is dat deze veel meer vrouwelijke bestuurders en toezichthouders hebben dan 'grote' vennootschappen. Eind 2015 was gemiddeld 27,9% van de bestuurders in de raden van bestuur en 33,4% van de toezichthouders van publieke organisaties een vrouw. Op 31 mei 2016 waren deze percentages opgelopen tot respectievelijk 29,1% en 34%.
Uit de analyse van de KvK-dataset 2012-2017 volgt dat de 'grote' stichtingen in 2012 gemiddeld 13,14% vrouwelijke bestuurders en 27,08% vrouwelijke toezichthouders hebben, tegen gemiddeld respectievelijk 23,27% en 34,49% in 2017. Gemiddeld hebben de 'grote' stichtingen voor hun raden van toezicht het streefcijfer dus ruim gehaald.

7.5.3 Aanbevelingen

De kwantitatieve gegevens met betrekking tot de m/v-verdeling bij ‘grote’ stichtingen laten zien dat stichtingen ver voorlopen op ‘grote’ NV’s en BV’s als het gaat om een evenwichtige m/v-verdeling in hun raden van toezicht. Zij hebben gemiddeld het percentage van 30% vrouwen in de raden van toezicht al ruimschoots bereikt. Aan dit resultaat kan hebben bijgedragen dat in de (semi)publieke sector veelal open wordt geworven voor bestuurs- en toezichtfuncties. Gelet op het bereikte resultaat lijkt uitbreiding van het streefcijfer tot ‘grote’ stichtingen niet nodig. Hierbij moet echter worden bedacht dat het bij de gepresenteerde data om gemiddelden gaat. Bovendien hebben de ‘grote’ stichtingen gemiddeld nog niet het streefcijfer van 30% bereikt voor hun raden van bestuur. Daarom verdient het aanbeveling dat de streefcijferregeling wordt uitgebreid tot ‘grote’ stichtingen en ook tot ‘grote’ coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De laatste twee rechtsvormen vallen onder het jaarrekeningenrecht van Titel 9 van Boek 2 BW, zodat door een aanpassing van art. 2:391 lid 7 BW ook het ‘pas-toe-of-leg-uit’ mechanisme ook voor hen kan gaan gelden. Bij de stichting ligt dat gecompliceerder omdat alleen ‘ondernemende’ stichtingen onder Titel 9 vallen en bovendien stichtingen die krachtens de wet verplicht zijn om een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in Titel 9 zijn uitgezonderd van de toepassing van die titel.[311] Voorbeelden van de laatste categorie zijn zorginstellingen, woningcorporaties en onderwijsinstellingen. Overigens

[311] Zie het criterium in art. 2:360 lid 3 BW.

wordt in de sectorale regelgeving die op deze instellingen van toepassing is Titel 9 van Boek 2 BW veelal van toepassing verklaard. Hierbij merken de onderzoekers op dat art. 1 van de Regeling verslaggeving WTZi sinds 1 januari 2015 niet langer verwijst naar art. 2:391 BW zodat zorginstellingen op grond van de sectorale verslaggevingsregels geen bestuursverslag hoeven op te stellen. In de praktijk voegen de meeste zorginstellingen vrijwillig een bestuursverslag toe aan de jaarrekening. Dat doet er echter niet aan af dat de in art. 2:391 lid 7 BW opgenomen verplichting om in het bestuursverslag uitleg te geven over het m/v-diversiteitsbeleid niet geldt voor rechtsvormen die buiten het toepassingsgebied van Titel 9 van Boek 2 BW vallen, ook al zou in art. 2:391 lid 7 BW naar die rechtsvorm worden verwezen. Aanbevolen wordt daarom dat in de Regeling verslaggeving WTZi weer een verwijzing naar art. 2:391 BW wordt opgenomen. Het hiervoor besproken knelpunt speelt niet bij woningcorporaties. Art. 36 lid 1 van de Woningwet verwijst wél naar afdeling 7 van Titel 9 Boek 2 BW (en dus naar art. 2:391 BW). Woningcorporaties moeten dus wel een bestuursverslag publiceren.

7.6 Wat kan er geleerd worden van regelingen in andere EU-lidstaten en van de concept-richtlijn van de EU? (onderzoeksvragen 8, 9, 10)

In hoofdstuk 5 zijn de regelingen ter bevordering van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen in de top van private bedrijven in een viertal Europese lidstaten geanalyseerd: België, Duitsland, Frankrijk en Italië. In de analyse is voorts betrokken de concept-richtlijn van de EU inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen. De overkoepelende onderzoeksvraag die in hoofdstuk 5 wordt beantwoord is wat er van de onderzochte regelingen geleerd kan worden (onderzoeksvraag 8). Daartoe zijn de volgende aspecten van de regelingen onderzocht:

- de reikwijdte van de regeling, wat betreft zowel de door de regeling bestreken rechtsvormen/bedrijven (onderzoeksvraag 9: aan de hand van welke criteria wordt bepaald of een bedrijf onder de buitenlandse regeling valt?) als de eronder vallende functies (zetels in raden van bestuur, raden van commissarissen, hogere managementlagen);
- het via een streefcijfer dan wel bindend quotum te bereiken percentage vrouwen (en mannen), de wijze waarop wordt berekend of aan het streefcijfer/quotum is voldaan en in hoeverre een voorkeursbeleid kan worden gevoerd om het streefcijfer/quotum te bereiken;
- de wijze waarop de handhaving van de regeling is geregeld (sanctie(s)) (onderzoeksvraag 10: welke sancties hanteert men in het buitenland als niet aan de regeling wordt voldaan?).

Om een vergelijking van de verschillende regelingen te vergemakkelijken zijn de voornaamste resultaten van de rechtsvergelijkende analyse in onderstaande tabel opgenomen:

	België	**Duitsland**	**Frankrijk**	**Italië**	**Nederland**	**EU-rl**
1. bindende quota/ vaste of flexibele streefcijfers	bindend quotum: één derde, gebruikelijke afronding	beide: -bindend quotum: 30%, gebruikelijke afronding - streefcijfer: flexibel	bindend quotum: 40% N.B. correctie bij *conseil* < 9, dan geldt: verschil m/v niet > 2	bindend quotum 30%, afronding alleen naar boven	vast streefcijfer 30%, afronding alleen naar boven	- vast streefcijfer: 40% nub's of 33% 'overall' - flexibel streefcijfer ub's (bij keuze voor 40% nub's) - bijzondere afrondingsregel opgenomen
2. reikwijdte qua entiteiten	[- autonome overheids-bedrijven (aob) +] 'genoteerde' venn. (gen. venn)	-bindende quota: 'grote' beursvenn. (1000 resp. 2000 wn.) - flexibel streefcijfer: alle beurs-venn. + alle 'mitbe-stimmte' rechtsp.	- beursvenn. + - andere 'grote' venn.: A. 500 wn + jaaromzet/balans-totaal EUR 50 mio; B. 250 wn + omzet/balans-totaal EUR 50 mio	- beursvenn. [+ staatsbedrijven]	- 'grote' NV's en BV's - niet 'groot' zijn venn. die voldoen aan twee van deze criteria : - waarde activa ≤ EUR 20 mio; - netto jaaromzet EUR ≤ 40 mio - < dan 250 wn.	- beursvenn. - uitgezonderd: < 250 wn. + jaaromzet < EUR 50 mio dan wel balanstotaal < EUR 43 mio
3. reikwijdte qua functies	leden raad van bestuur	- bindende quota: leden *Aufsichtsrat* - flexibel streefcijfer: ook bestuur en 2 hoogste managementlagen	leden *conseil d'administra-tion + conseil de surveillance*	leden *consiglio di amministra-zione*, *collegio sindacale*, *consiglio di gestione + consiglio di sorveglianza*	leden bestuur en RvC	- 40%-streefcijfer: nub's (met flexistreefcijfer ub's, zie 1.) - 33%-streefcijfer: nub's en ub's
4. ingangs-datum quota/ streefdatum streefcijfer	1-1-2012/ 1-7-2012 (aob) c.q. 1-1-2017/ 1-7-2017 ('grote' gen. venn.) c.q. 1-1-2019/ 1-7-2019 ('kleine' gen. venn.)	- quotum: 1-1-2016 - streef-cijfers: flexibele streefdatum	1-1-2017: beursvenn. en grote niet-beursvenn. A, zie 2. resp. 1-1-2020: grote niet-beursvenn. B, zie 2.	tweede bestuurs-verkiezing na inwerking-treding* wet * voor beursvenn: 12-08-2012	- ingangsdatum wet 1-1-2013 - geen streefdatum bepaald	- vast streefcijfer 40%/33%: 1-1-2022 - flexibel streef-cijfer ub's: 31 december 2022
5. voorkeurs-beleid cf. EU-recht?	nee, absolute quota	- quotum: nee - streefcijfer: is mogelijk	nee, absolute quota	nee, absolute quota	is mogelijk	ja, opgenomen in tekst
6. hand-having	vernietig-baarheid benoeming + verlies voordelen	- quotum: nietigheid benoeming - streefcijfers: 'pas-toe-of-leg-uit'	- vernietig-baarheid benoeming + verlies vergoedingen	getrapt: 1. waarsch. *Consob* 2. waarsch. + boete 3. nietigheid benoeming	'pas-toe-of-leg-uit'	doeltreffende, evenredige en afschrikwekken-de sancties, te regelen door LS

7.6.1 Aan de hand van welke criteria wordt bepaald of een entiteit onder de bindende quota/streefcijferregeling valt? (onderzoeksvraag 9)

De bindende quotaregelingen in België, Duitsland en Italië zijn beperkt tot vennootschappen met een notering aan een gereglementeerde markt. België gaat daarbij expliciet uit van een ruime definitie. Onder het begrip 'genoteerde' vennootschappen vallen ook vennootschappen die andere effecten dan aandelen hebben genoteerd. Duitsland heeft juist een beperking aangebracht door de bindende quota alleen voor 'grote' beursvennootschappen te laten gelden. Het gaat hier om beursvennootschappen waarbij de werknemers recht hebben op een evenredige vertegenwoordiging in de Aufsichtsrat van de vennootschap ('paritätische Mitbestimmung') Het betreft - afhankelijk van de sector - vennootschappen met ten minste 1000 dan wel 2000 werknemers. Duitsland kent naast het bindende quotum voor 'grote' beursvennootschappen een flexibel (namelijk zelf te kiezen) streefcijfer voor de overige beursvennootschappen en voor niet-beursvennootschappenmet een vorm van werknemersmedezeggenschap die recht geeft op een vertegenwoordiging van werknemers in de Aufsichtsrat 'Mitbestimmung'). Hierbij gaat het in de regel om vennootschappen met ten minste 500 werknemers. Van de vier onderzochte landen kent alleen Frankrijk een bindend quotum dat ook van toepassing is op 'grote' *niet* beursgenoteerde vennootschappen. In de Franse regeling gelden hiervoor de volgende criteria: ten minste 250 werknemers plus een balanstotaal dan wel omzet van EUR 50 miljoen.

Het Europese richtlijnvoorstel legt - in beginsel[312] - aan 'grote' vennootschappen waarvan de effecten zijn genoteerd aan een gereglementeerde markt (hierna: beursvennootschappen) een vast streefcijfer op. *Niet* als 'groot' worden aangemerkt: beursvennootschappen met minder dan 250 werknemers en een jaaromzet van minder dan EUR 50 miljoen dan wel een balanstotaal van minder dan EUR 43 miljoen. Deze 'kleine' vennootschappen zijn uitgezonderd omdat de verplichtingen van de richtlijn voor hen een onevenredige belasting kunnen opleveren.

7.6.2 Welke sancties worden gehanteerd als niet aan de regeling wordt voldaan?

De vier quotaregelingen in België, Duitsland, Frankrijk en Italië kennen alle (uiteindelijk) de sanctie van nietigheid van een benoeming in strijd met de quotaregeling. In de uitwerking zijn de nietigheidssancties wel verschillend. In België blijkt bij nadere beschouwing sprake te zijn van *vernietigbaarheid* van de benoeming, waarop binnen een vrij korte termijn beroep moet worden gedaan. Na het verstrijken van de termijn kan de nietigheid niet meer worden ingeroepen. In Frankrijk is iedere benoeming in strijd met de quotaregeling *van rechtswege* nietig, evenals in Duitsland. In Italië komt de nietigheid van de benoeming pas in zicht nadat de voor de handhaving van de regeling verantwoordelijke autoriteit, de Consob, twee maal heeft gewaarschuwd (waarbij de

[312] Er is een 'flexibility clause' opgenomen voor lidstaten die al vóór inwerkingtreding van de richtlijn 'equally effective' maatregelen hebben genomen, zie par. 5.2.5.2.

tweede waarschuwing gepaard gaat met oplegging van een boete aan de vennootschap). In België en Frankrijk is uitdrukkelijk bepaald dat een nietige benoeming geen consequenties heeft voor de geldigheid van de besluitvorming binnen de vennootschap. De reden hiervoor is dat op grond van art. 8 van Richtlijn 2017/1132 van het Europese parlement en de raad een onregelmatigheid in de benoeming na openbaarmaking ervan niet aan derden te goeder trouw kan worden tegengeworpen.

België en Frankrijk kennen naast de nietigheid van de benoeming een tweede sanctie die *alle* leden raakt van het in strijd met de quotaregeling samengestelde orgaan: opschorting van alle aan het bestuursmandaat verbonden voordelen (België) respectievelijk alle vergoedingen (zoals presentiegelden) (Frankrijk).

In verschillende nationale regelingen zijn transparantieverplichtingen opgenomen. Zo moeten de onder de Belgische quotaregeling vallende vennootschappen in hun corporate governance verklaring rapporteren over de samenstelling van hun bestuur en hun inspanningen om de quota te bereiken. Het ontbreken van deze gegevens kan leiden tot de oplegging van een boete aan de vennootschapsbestuurders van max. EUR 10.000. In Duitsland moeten de vennootschappen die onder de flexibele streefcijferregeling vallen hun streefcijfers en streefdata rapporteren. Ook moeten zij na het verstrijken van een streefdatum (gemotiveerd) rapporteren over het al dan niet bereiken van het streefcijfer. Ook op overtreding van deze rapportageverplichting staat een boete die kan worden opgelegd aan bestuurders en leden van de Aufsichtsrat, van maximaal EUR 50.000. Helaas is over de naleving van deze rapportageverplichting vanwege de recente inwerkingtreding van de Duitse regeling nog weinig te zeggen.

7.6.3 Wat kan er verder worden geleerd van de regelingen in België, Frankrijk, Duitsland en Italië?

7.6.3.1 Reikwijdte qua functies

Bij de onderzochte bindende quotaregelingen valt op dat deze een vrij beperkte reikwijdte qua functies hebben. De quota zien doorgaans niet op de belangrijkste uitvoerende functies. Zo zijn de bindende quota in Duitsland, waar de onder de quotaregeling vallende beursvennootschappen dwingendrechtelijk een dualistisch bestuur hebben, beperkt tot de *Aufsichtsrat* (de Duitse pendant van de raad van commissarissen). Voor hun besturen moeten de onder de quota-regeling vallende beursvennootschappen echter op grond van de streefcijferregeling zelf een na te streven percentage vaststellen. Dit flexibele streefcijfer geldt bovendien voor de twee hoogste managementlagen direct onder het bestuur. Bij het bepalen welke twee functies binnen die hoogste managementlagen vallen hebben de bedrijven de nodige vrijheid. Met een dergelijke genuanceerde aanpak (een combinatie van quota en (flexibele) streefcijfers) kan tegemoet worden gekomen aan de bezwaren van het bedrijfsleven tegen de inbreuk die quota maken op de vrijheid van ondernemen. Door ook de hoogste

managementlagen onder het bestuur in een flexibele streefcijferregeling op te nemen worden ondernemingen geprikkeld om ook in de 'kweekvijver' voor bestuursfuncties een m/v-diversiteitsbeleid te voeren.

7.6.3.2 Voorkeursbeleid cf. EU-recht?

De vier onderzochte nationale quotaregelingen gaan uit van *absolute* quota. Zij leggen niet de beperking aan dat alleen bij gelijke geschiktheid de voorkeur aan een vrouw mag worden gegeven. Op dit punt wijken zij af van de vaste jurisprudentie van het HvJEU met betrekking tot de vraag in hoeverre een voorkeursbeleid mag worden gehanteerd om een achterstandspositie van een bepaalde groep (in dit geval het ondervertegenwoordigde geslacht) op te heffen. Deze jurisprudentie vormt de basis van de concept-richtlijn van de EU. Deze schrijft voor dat vennootschappen zich bij het nastreven van de streefcijfers aan de volgende procedureregels moeten houden:

- de selectie van kandidaten die worden voorgedragen voor benoeming of verkiezing moet plaatsvinden op basis van een vergelijkende analyse van de kwalificaties van iedere kandidaat, onder toepassing van heldere, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria die voorafgaand aan de selectieprocedure moeten zijn opgesteld;
- bij het maken van een keuze tussen twee even geschikte kandidaten wordt voorrang gegeven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, tenzij een objectieve beoordeling van alle criteria die specifiek op de individuele kandidaten van toepassing zijn, de balans doet uitslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht;
- een afgewezen kandidaat ontvangt op diens verzoek niet alleen de bij de selectie gebruikte kwalificatiecriteria, maar ook de objectieve vergelijkende beoordeling van die criteria en zo nodig de overwegingen die de balans deden doorslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht (informatieplicht).

De invoering van de streefcijferregeling in Nederland is niet gepaard gegaan met een brede discussie over de verenigbaarheid met het (Europese) recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Dit is verklaarbaar doordat de streefcijferregeling niet dwingt tot het voeren van voorkeursbeleid. De Nederlandse discussie is dan ook beperkt gebleven tot de vraag in hoeverre vennootschappen een voorkeursbeleid mogen voeren om het streefcijfer te halen. De streefcijferregeling is daarmee niet als zodanig ter discussie gesteld. Dit ligt fundamenteel anders bij een bindende quota-regeling. Deze dwingt immers wel tot het voeren van een voorkeursbeleid. Bij het ontwerpen van een dergelijke regeling zal de Nederlandse wetgever zich ervan moeten vergewissen of de regeling verenigbaar is met het Europese recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De concept-richtlijn van de EU zou dan als richtsnoer kunnen dienen.

7.6.3.3 Flexibele invoering quota/streefcijfers en beperkte geldingsduur quotaregelingen

De rechtsvergelijking laat zien dat de verschillende wetgevers bij invoering van bindende quota hebben nagedacht over een redelijke termijn die de onder de regeling vallende vennootschappen moet worden gegund om zich op het regime van de bindende quota in te stellen. In België en Frankrijk zijn de quota voor verschillende groepen vennootschappen op verschillende tijdstippen gaan gelden. Kort gezegd komt het er op neer dat kleinere vennootschappen iets meer tijd hebben gekregen om zich op het regime van de bindende quota in te stellen. De Italiaanse wetgever heeft voor alle beursvennootschappen gekozen voor een geleidelijke invoering van de regeling door voor te schrijven dat bij de eerstvolgende bestuursverkiezing een quotum van 20% moet worden gehaald en bij de volgende twee bestuursverkiezingen één derde.
Interessant aan de Italiaanse regeling is bovendien dat de geldingsduur ervan uitdrukkelijk is beperkt tot drie bestuursverkiezingen. De gedachte is kennelijk dat quota niet meer nodig zijn zodra het doel is bereikt. Hierdoor wordt de inbreuk beperkt die bindende quota op de vrijheid van ondernemen maken.

7.6.3.4 Effectiviteit van de buitenlandse regelingen?

Op basis van de beperkte hoeveelheid beschikbare (recente) gegevens die zijn onderzocht met betrekking tot de effectiviteit van de verschillende regelingen kunnen enkele (voorzichtige) conclusies worden getrokken. Hierbij merken de onderzoekers vooraf op dat deze conclusies de effectiviteit van bindende quota-regelingen betreffen omdat de enige onderzochte streefcijferregeling, de Duitse, te kort van kracht is om uitspraken te kunnen doen over haar effectiviteit.
Een sterke stijging van het percentage vrouwen in de top kan worden vastgesteld in Italië. Gemiddeld was daar eind juni 2016 meer dan 30% van de bestuursleden van de onder de quotaregeling vallende beursvennootschappen vrouw. Sinds 2012, toen dat percentage 11,6% bedroeg, is het percentage dus bijna verdrievoudigd. Die sterke stijging kan worden toegeschreven aan de beperking van de regeling tot beursvennootschappen en de keuze van de Italiaanse wetgever om de verantwoordelijk toezichthouder, de Consob, met de handhaving van de quotaregeling te belasten. De praktijk laat zien dat beursvennootschappen het wel uit hun hoofd laten om twee waarschuwingen van de Consob te negeren. Bij het Italiaanse succes zijn een paar observaties te maken. De quota hebben er niet toe geleid dat er wezenlijk meer vrouwen in 'positions of power' worden benoemd. Er zijn namelijk maar heel weinig vrouwelijke CEO's en chairpersons in de onder de regeling vallende vennootschappen. Voort zijn er aanwijzingen dat het aantal 'interlocking directorships' onder vrouwen is gestegen sinds de invoering van de quotaregeling, wat er op zou kunnen duiden dat in een beperkte vijver naar vrouwen wordt gevist.

Ook in België hebben de voor genoteerde vennootschappen geldende quota duidelijk effect gehad. Uit monitoringonderzoek blijkt dat al vóór de invoering van de quota het percentage vrouwen in de raden van bestuur jaarlijks toenam, maar tussen 2014 en 2016 heeft het percentage bedrijven dat aan het wettelijk vereiste voldoet een sprong gemaakt. Dat nam toe van 21% in 2014 naar 38,7% in 2016. Het gemiddelde percentage vrouwen in de Belgische quota-vennootschappen bedraagt in 2016 21,6%. Een observatie bij dit resultaat is dat ook in België het percentage vrouwen achterblijft als het gaat om de 'positions of power' in de directiecomités, waarvoor geen wettelijk quotum geldt.
Het beeld dat quota goed werken bij beursvennootschappen vindt ook bevestiging in Duitsland. Daar is het percentage vrouwen in de Aufsichtsräte gemiddeld in iets minder dan twee jaar tijd met 6,3% toegenomen tot 28,1% (stand maart 2017). Er zit echter nauwelijks beweging in het percentage vrouwen in de raden van bestuur (waarvoor geen quota, maar wel zelf te bepalen streefcijfers gelden).
In Frankrijk, waar de quota-regeling ook geldt voor andere dan beursvennootschappen, kan van wisselend succes worden gesproken. Uit een recent monitoring-onderzoek blijkt dat de 160 voornaamste beursvennootschappen gemiddeld meer dan 30% vrouwen in hun *conseils* hebben. Bij nadere beschouwing is ook bij dit resultaat een observatie te maken: evenals in Italië, België en Duitsland blijft de benoeming van vrouwen in 'positions of power' achter. Het grote knelpunt in Frankrijk zijn de niet-genoteerde vennootschappen die onder de quota-regeling vallen: zij halen volgens reeds genoemd monitoringonderzoek gemiddeld een aandeel van nog geen 15% vrouwen in hun *conseils*.
Uit het monitoringonderzoek blijkt dat sommige onder de Franse quota-regeling vallende vennootschappen niet op de hoogte zijn van de regeling en dat het aan monitoring- en controlemechanismen ontbreekt. De wet bevat geen rapportageverplichtingen. Voorts is onduidelijk wie de nietigheid van benoemingen in strijd met de quota- regeling in kan roepen in het geval dat externe aandeelhouders ontbreken (en of dat überhaupt gebeurt). Eveneens onduidelijk is of bij vennootschappen met een beperkte kring van aandeelhouders de sanctie van opschorting van de bestuursvergoeding wordt toegepast.
De matige naleving van de Franse quota-regeling door niet-genoteerde vennootschappen kan er dus op duiden dat veel vennootschappen inderdaad eenvoudigweg (nog) niet beseffen dat zij onder de quotaregeling vallen. Het kan echter ook zo zijn dat zij dit wel beseffen, maar dat zij zich niets aantrekken van de sancties omdat er 'geen haan naar kraait'.

7.7 Tot slot: hoe kan de naleving en de effectiviteit van het streefcijfer van 30% worden vergroot? (onderzoeksvraag 13)

7.7.1 Een meer flexibele regeling in plaats van 'one size fits all'?

Het verbeteren van de naleving en effectiviteit van de streefcijferregeling is een lastige opgave. Een deel van de onder de regeling vallende vennootschappen, met name een aantal beursgenoteerde, is er heel serieus mee bezig en draagt ook uit dat zij m/v-diversiteit aan de top belangrijk vinden. Zij worden daarin gestimuleerd doordat zij meer in de publieke belangstelling staan en doordat (institutionele) aandeelhouders aandacht voor dit thema vragen. Bovendien beschouwen zij de kwestie van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen aan de top als één van de aspecten die kunnen bijdragen aan een betere corporate governance. Er is echter ook een grote groep 'grote' vennootschappen die kennelijk veel minder verantwoordelijkheid voelt voor het bereiken van een meer evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen over hun besturen en raden van commissarissen. Veel van deze vennootschappen hebben maar één bestuurder. Als ze al een raad van commissarissen hebben is deze in de regel (veel) kleiner dan bij beursvennootschappen. En dan is er ook nog het probleem dat sommige vennootschappen opereren in sectoren waar traditioneel weinig vrouwen werken. Ongeacht de gesignaleerde verschillen zijn de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen louter op basis van het grootte-criterium aan hetzelfde vaste streefcijfer van 30% onderworpen. Problematisch is ten slotte dat van meet af aan niet duidelijk was, of en zo ja, binnen welke periode dit streefcijfer daadwerkelijk zou moeten worden behaald. De genoemde factoren hebben er volgens de onderzoekers toe bijgedragen dat een deel van de 'grote' vennootschappen moeite heeft met de streefcijferregeling.

De Duitse flexibele streefcijferregeling is in dit verband interessant. Deze prikkelt de ongeveer 3500 onder deze regeling vallende vennootschappen om zelf verantwoordelijkheid te nemen voor het bereiken van een betere m/v-diversiteit in de top door hun eigen streefcijfer en streefdatum vast te stellen. Als deze aanpak blijkt te werken - wat op dit moment nog niet duidelijk is - zou kunnen worden overwogen om in de toekomst in Nederland de niet-beursgenoteerde 'grote' vennootschappen hun eigen streefcijfers en streeftermijnen vast te laten stellen. Naar Duits voorbeeld zouden ook de hoogste managers direct onder het bestuur onder de reikwijdte van een dergelijke regeling kunnen worden gebracht.

7.7.2 Het verbinden van een sanctie aan niet-naleving van de transparantieverplichting?

In hoofdstuk 1 is vastgesteld dat de beleidstheorie is dat van naleving van de streefcijferregeling ook sprake kan zijn indien het streefcijfer niet wordt gehaald, mits daarvoor een (adequate) uitleg wordt gegeven. Geconstateerd is in hoofdstuk 6 dat uit het monitoringonderzoek blijkt dat veel 'grote' vennootschappen die het streefcijfer niet hebben gehaald nog in het geheel niet aan de uitlegverplichting voldoen. De accountant zou daarop moeten wijzen, maar dat mechanisme blijkt in de praktijk niet steeds goed te

werken. Bij beursvennootschappen lijkt de naleving beter te zijn dan bij niet-beursgenoteerde vennootschappen. Uit het rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat in sommige van de onderzochte lidstaten in het kader van de quota- of streefcijferregelingen ook transparantieverplichtingen met betrekking tot het genderdiversiteitsbeleid worden opgelegd aan de onder de regelingen vallende vennootschappen. In België – waar de quota en de daaraan gekoppelde transparantieverplichting alleen gelden voor beursvennootschappen - en in Duitsland – waar de transparantieverplichting met betrekking tot het flexibele streefcijfer ook geldt voor bepaalde niet-beursgenoteerde vennootschappen - kan in geval van niet-naleving van de transparantieverplichting een boete worden opgelegd aan de vennootschapsbestuurders respectievelijk de leden van de *Vorstand* en de leden van de *Aufsichtsrat*. De reden waarom niet de vennootschap zelf met de sanctie wordt bedreigd is dat deze de overtreding dan kan afkopen waardoor de sanctie minder effectief is. De onderzoekers merken op dat dit slechts opgaat voor zover de opgelegde boetes niet op de vennootschap kunnen worden verhaald. De onderzoekers hebben niet kunnen achterhalen in hoeverre de mogelijkheid van oplegging van een sanctie aan bestuurders c.q. leden van de *Aufsichtsrat* bijdraagt aan de naleving van de transparantieverplichtingen. Voorts wijzen zij er op dat bij gebrek aan richtlijnen waaraan het m/v-diversiteitsbeleid moet voldoen de mogelijkheid van oplegging van een boete de naleving hooguit de formele naleving van de uitlegverplichting zal kunnen verbeteren. Voor het afdwingen van meer inhoudelijke uitleg zijn behalve de dreiging met een boete richtlijnen nodig waaraan die uitleg moet voldoen. Op het ontbreken van dergelijke richtlijnen en de bezwaren die verbonden zijn aan de invoering ervan zijn de onderzoekers reeds ingegaan in par. 7.4.2, waar de rol van de accountant is besproken.

7.7.3 Uitbreiding verplichting tot verschaffing transparantie met betrekking tot de actuele m/v-verdeling tot hogere managementlagen en het hele personeelsbestand

In par. 7.4.3 hebben de onderzoekers aanbevolen om naast de AV ook de ondernemingsraad een rol te geven bij de handhaving van de streefcijferregeling door invoering van een spreekrecht in de AV (vergelijk de suggestie van de Stichting MNO die is vermeld in hoofdstuk 4, par. 4.2). De rol voor de ondernemingsraad zou kunnen worden versterkt door de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen - evenals in het Verenigd Koninkrijk het geval is - te verplichten om tevens te rapporteren over de m/v-verdeling ten aanzien van de senior managementfuncties en het hele personeelsbestand. Invoering van een verplichting tot rapportage over de m/v-verdeling ten aanzien van de hoogste managementfuncties verdient zeker overweging bij beursvennootschappen. Hier doet zich namelijk een trend voor zich dat de raden van bestuur worden beperkt tot slechts enkele personen - bijvoorbeeld alleen een CEO en een CFO. Daarnaast is er dan vaak een een executive committee, waarvan behalve de statutaire bestuurders bepaalde leden van het hogere management deel uitmaken. Het recent in werking getreden Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid heeft voor beursvennootschappen geen verplichting geïntroduceerd om ook ten aanzien van leden

van de executive committee de m/v-verdeling transparant te maken. Wel geldt voor beursvennootschappen die een executive committee hebben op grond van de Code 2016 dat zij daarvoor een diversiteitsbeleid moeten opstellen. Voor deze bepaling geldt echter het principe pas-toe-of-leg-uit. Veel beursvennootschappen verschaffen al op vrijwillige basis transparantie over de m/v-verdeling in verschillende lagen van het personeelsbestand. Vennootschappen die voldoen aan de Global Reporting Initiative (GRI) 4.0 richtlijnen[313] nemen diversiteitscijfers op in hun duurzaamheidsrapport of in de kerncijfers van hun *integrated report*. In dit geval zijn de diversiteitscijfers openbaar. De diversiteitscijfers zijn ook een onderdeel van de RobecoSAM-score die dient als basis voor opname in de Dow Jones Sustainability Index.[314] In dit geval worden de cijfers niet openbaar.
Overwogen zou kunnen worden om een uitgebreide transparantieverplichting met betrekking tot de actuele m/v-verdeling in verschillende lagen van het personeelsbestand aan alle onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen op te leggen (mits dit voor deze vennootschappen geen te grote administratieve belasting oplevert). De onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen kunnen de gepubliceerde m/v-verdeling in de verschillende lagen van het bedrijf gebruiken om (de resultaten van) hun m/v-diversiteitsbeleid ten aanzien van de raden van bestuur en raden van commissarissen te verantwoorden. Het zal moeilijker worden om uit te leggen dat er geen vrouwen in de top worden benoemd als deze wel te vinden zijn in de lagen direct onder de top. Bovendien zal in geval van het zichtbaar ontbreken van een evenwichtige m/v-verdeling in de lagen direct onder de top ook hierover een discussie kunnen ontstaan, wat ertoe kan bijdragen dat het m/v-diversiteitsbeleid ten aanzien van de 'kweekvijver' voor de top serieuzer ter hand wordt genomen.

7.7.4 Een andere aanpak: bindende quota?

In hoofdstuk 5 zijn vier bindende quota-regelingen in EU-lidstaten onderzocht. Deze regelingen houden in dat een benoeming in strijd met wettelijk vastgelegde quota nietig respectievelijk vernietigbaar is. Een analyse van monitoringonderzoek in de onderzochte landen laat zien dat deze regelingen effectief zijn voor zover zij gelden voor beursvennootschappen. De ervaringen in Frankrijk - waar de quota ook voor bepaalde niet-beursvennootschappen gelden - laten zien dat de niet-beursvennootschappen duidelijk achter blijven bij de beursvennootschappen. Opmerking verdient bovendien dat de onderzochte quotaregelingen niet alle functies in de top van de vennootschappen bestrijken. Grof gezegd vallen de hoogste uitvoerende functies ofwel geheel ofwel ten dele buiten de reikwijdte van de quotaregelingen. De vertegenwoordiging van vrouwen in de niet onder de regelingen vallende uitvoerende functies is in de onderzochte landen duidelijk achtergebleven bij de vertegenwoordiging van vrouwen in de functies die wel onder de quota vallen.

[313] https://globalreporting.org/Pages/default.aspx
[314] www.robecosam.com/en/sustainability-insights/about-sustainability/corporate-sustainability-assessment/index.jsp

De onderzoekers laten het oordeel of ook in Nederland een bindende quotaregeling zou moeten worden ingevoerd aan de wetgever. Hierna gaan de onderzoekers in op de vraag hoe de Nederlandse wetgever bij het uitwerken van een bindende quotaregeling tegemoet zou kunnen komen aan bezwaren gebaseerd op de vrijheid van ondernemen en het recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Tenslotte maken de onderzoekers nog een relativerende opmerking over de effectiviteit van bindende quota.

Beperking inbreuk op vrijheid van ondernemen
Een bindende quotaregeling roept vanwege de inbreuk die zij maakt op de vrijheid van ondernemen meer weerstand op bij het bedrijfsleven dan de geldende streefcijferregeling. De verrichte rechtsvergelijking laat zien dat de wetgevers in de onderzochte landen bij verschillende onderdelen van de regelingen hebben geprobeerd de inbreuk die quota maken op de vrijheid van ondernemen te beperken.
Een eerste onderdeel waar dit zichtbaar wordt is de reikwijdte qua bedrijven die onder de regeling vallen. In drie van de vier onderzochte lidstaten en in de Europese concept-richtlijn is ervoor gekozen om alleen aan beursvennootschappen bindende quota op te leggen. Daarbij gaat het dan om ten hoogste enkele honderden vennootschappen. Alleen in Frankrijk is ervoor gekozen om aan een veel grotere groep vennootschappen (in 2011 naar schatting 1400 tot 2000) bindende quota op te leggen. De onderzoekers hebben twijfels bij het opleggen van bindende quota aan de duizenden vennootschappen waarvoor thans de streefcijferregeling geldt. Bindende quota zullen grote weerstand oproepen bij vennootschappen met kleinere bestuurs- en toezichtsorganen, die moeilijker aan de quota kunnen voldoen. Ook van grote familievennootschappen kunnen bezwaren tegen bindende quota worden verwacht. De inbreuk die bindende quota maken op de vrijheid van ondernemen zou kunnen worden beperkt door de reikwijdte qua functies - voor de Nederlandse situatie - te beperken tot leden van de raad van commissarissen (c.q. de nub's in een monistisch bestuursmodel). Hiermee zou worden aangesloten bij de onderzochte buitenlandse regelingen en de EU-conceptrichtlijn. Overwogen zou kunnen worden om ten aanzien van alle grote NV's en BV's alleen voor de raad van commissarissen respectievelijk de nub's in een one-tier board bindende quota in te voeren. Deze quota zouden alleen moeten gelden voorzover een vennootschap drie of meer commissarissen dan wel nub's heeft. Voor de besturen c.q. de ub's zou hiernaast de streefcijferregeling kunnen blijven gelden.

Beperking inbreuk op gelijk behandelingsrecht
De onderzoekers hebben in par. 7.6.3.2 al opgemerkt dat een bindende quotaregeling vennootschappen *dwingt* tot het voeren van een voorkeursbeleid, waarbij de vraag rijst in hoeverre dit verenigbaar is met het (Europese) recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De inbreuk die bindende quota maken op dit recht kan worden beperkt door procedureregels in de quotaregeling op te nemen waaraan het te voeren voorkeursbeleid moet voldoen. Zie ook hiervoor par. 7.6.3.2.

De inbreuk die een bindende quotaregeling maakt op zowel de vrijheid van ondernemen als het gelijke behandelingsrecht zou bovendien kunnen worden beperkt door:
- de onder de bindende quota-regeling vallende bedrijven voldoende tijd te gunnen om zich op de quota in te stellen (waarbij onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen verschillende categorieën bedrijven);
- de bindende quota-regeling slechts voor een beperkte duur te laten gelden (door opname van een horizonbepaling in de wet).
Zie in dit verband par. 7.6.3.3.

Effectiviteit van bindende quota?
De onderzoekers vragen zich af of invoering van een nietigheidssanctie bij alle vennootschappen die thans onder de streefcijferregeling vallen het gewenste effect zal hebben. De ervaringen met de Franse quotaregeling - die niet alleen voor beursvennootschappen, maar ook voor andere grote vennootschappen geldt - laten zien dat straffe sancties als nietigheid van de benoeming en opschorting van bestuursvergoedingen op zich niet voldoende zijn om naleving van de quotaregeling te bereiken. Bij vennootschappen met een beperkte kring van aandeelhouders kan worden betwijfeld of deze zich iets van de sancties zullen aantrekken. De vraag is immers wie bij deze vennootschappen de nietigheid van een benoeming zal inroepen of zal aandringen op opschorting van de vergoedingen die toekomen aan commissarissen. Voor Nederland zou hier tegen kunnen worden ingebracht dat de limiteringsregeling, die ook een nietigheidssanctie kent, goed wordt nageleefd. Deze geldt evenals de Franse quotaregeling niet alleen voor beursvennootschappen, maar voor alle grote NV's en BV's (en commerciële/semipublieke stichtingen). Hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat een nietigheidssanctie niet alleen bij vennootschappen met een brede kring van aandeelhouders de naleving van de wet bevordert. Het is echter volgens onderzoekers de vraag of deze conclusie zonder meer kan worden getrokken. Uit deelonderzoek II blijkt immers dat de door de limiteringsregeling verboden cumulatie van functies door de markt zelf al als onwenselijk werd ervaren. De naleving van de limiteringsregeling kan dus niet zonder meer op het conto van de nietigheidssanctie worden geschreven. Zeker zo belangrijk is dat de stakeholders zelf niet meer accepteren dat een groot aantal toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen wordt vervuld door één persoon. Stakeholdersonderzoek laat zien dat ten aanzien van m/v-diversiteit in de top van het bedrijfsleven nog geen consensus is bereikt. Er zijn bedrijven die hierin vooroplopen en die de streefcijfers voor zowel bestuur als RvC hebben bereikt. Onder de duizenden binnen de reikwijdte van de wet vallende vennootschappen bevindt zich ook een aanzienlijk aantal bedrijven dat niet in de buurt van de streefcijfers komt. In dit licht bezien kan er niet zonder meer van uit worden gegaan dat alle grote NV's en BV's zich aan een bindende quotaregeling zullen houden.

Bijlage 1: Literatuurlijst bij deelonderzoek III

Literatuur Hoofdstuk 3

Eva Cremers en Petra Oden, 'Voorkeursbeleid voor topvrouwen', *NJB* 2016/146.

E. Cremers-Hartman en A. Eleveld, 'Meer vrouwen aan de top in de vennootschap', *TRA* 2014/4.

J.H. Bennaars en I. Zaal, 'Arbeidsrechtelijke consequenties van het wetsvoorstel bestuur en toezicht', *TAO* 2012, p. 23.

P.J. Dortmond, M.J. Kroeze, R.G.J. Nowak, 'De aangenomen amendementen bij de wetsvoorstellen bestuur en toezicht, flexibilisering bv-recht, spreekrecht OR, uitvoeringswet aandeelhoudersrichtlijn en invoeringswet titel 7.13 BW', *Ondernemingsrecht* 2010/9.

P.A. van de Ende, 'Wetsvoorstel bestuur en toezicht: een drietal amendementen nader belicht', *V&O* 2010, p. 27.

C.J.A. van Geffen, 'Wet Bestuur en toezicht: relatie met de groottecriteria jaarrekeningenrecht en uitbreiding voorschriften jaarverslag', *TvJ* 2013, p. 48.

M.S. Houwerzijl, 'Opzij?! Wettelijke streefcijfers voor vrouwelijke bestuurders en commissarissen', *TRA* 2010/34.

M. Lückerath-Rovers en Simone Paans, 'De haalbaarheid van het quota wetsvoorstel', *Ondernemingsrecht* 2011/31.

M. Lückerath, 'Gender Quota in the Boardroom: The Dutch Approach', *Deakin Law Review* 2015, p. 86-87.

K.I.A. Middelkoop en M. van der Holst, 'Gender diversity: van zelfregulering naar regulering; was dit nu echt nodig?', *V&O* 2013, p. 98.

M. Westerbeek, 'Onze hersenen willen een man als baas', *ArbeidsRecht* 2014/41.

Th. van der Windt, 'Het onbehagen bij het quotumvereiste', *ArbeidsRecht* 2012/3.

Literatuur hoofdstuk 5

Atria, *Internationale voorbeelden beleid Topvrouwen*, Amsterdam 7 oktober 2015, www.atria.nl laatst geraadpleegd op 4 juli 2017.

AMF, *Rapport annuel 2016 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des*

dirigeants, http://www.amf-france.org, geraadpleegd op 11 juli 2017.

M.C.L. van den Brink, L. Blommaert, B. Leest S. Elfering, *Black Box tussen aanbod, werving en selectie van vrouwen*, Radbouduniversiteit november 2016, https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/11/01/black-box-tussen-aanbod-werving-en-selectie-van-vrouwen, geraadpleegd op 16 juli 2017.

Tina Coen en Marieke Wyckaert, 'Time's up: vertegenwoordiging van beide geslachten in de raad van bestuur is een feit', *TRV-RPS* 2016, p. 1036.

E. Cremers-Hartman en A. Eleveld, 'Meer vrouwen aan de top in de vennootschap', *TRA* 2014/4.

Consob, *Report on Corporate Governance of Italian Listed Companies 2016*, p. 23, www.consob.it, geraadpleegd op 10 juli 2017.

Bruno Dondero, 'Égalité des sexes dans les conseils d'administration', 5 augustus 2014, www.brunodondero.com, geraadpleegd op 10 juli 2017.

Tim Drygala, 'Harte Quote, weiche Quote und die Organpflichten von Vorstand und Aufsichtsrat', *NZG*, p. 1130 e.v.

Bertrand Fages, *Synthèse des réponses à la consultation publique du 24 mai 2016 relative à la révision du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, p. 8, www.afep.com/contenu/focus/code-de-gouvernement-d-entreprise-des-societes-cotees, geraadpleegd op 10 juli 2017.

Giulia Ferrari, Valeria Ferraro, Paola Profeta, Chiara Pronzato, *Gender Quotas: Challenging the Boards, Performance and the Stock Market*, CESifo Working Paper No. 6084, 2016, p. 10, www.ssrn.com, geraadpleegd op 10 juli 2017.

Guido Ferrarini, Gian Giacomo Peruzzo en Marta Roberti, 'Corporate Boards in Italy', in: Paul Davies, Klaus Hopt, Richard Nowak en Gerard van Solinge (Eds.), *Corporate Boards in Law and Practice: A Comparative Analysis in Europe*, Oxford: OUP, 2013, p. 374.

Dirk van Gerven, *Alle mensen zijn gelijk, ook vrouwen*, Antwerpen: KnopsPublishing, 2016, p. 119.

Brigitte Grésy, 'France: The Measures of Positive Discrimination Within the Boards of Directors of Undertakings', in: Marc de Vos and Philippe Culliford (eds.), *Gender Quotas for Company Boards*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, 2014, p. 126.

Guberna - VBO, Onderzoeksrapport naleving Belgische Corporate Governance Code - Bij de BEL 20, de BEL Mid en de BEL Small ondernemingen Jaarverslagen 2016, www.commissiecorporategovernance.be, geraadpleegd op 7 juli 2017.

Johannes van Herck, *De impact van de onafhankelijkheid en de grootte van de raad van bestuur op de marktliquiditeit - Belgische vrouwenquota in de raad van bestuur in het licht van het Europese recht*, Masterscriptie KU Leuven, academiejaar 2013-2014.

HCEfh/CSEP, *Towards equal access of women and men to positions of professional responsibility: proportion of women on boards - mid-term report assessing the implementation of the Acts of 27 January 2011 and 12 March 2012*, 2016, p. 3, www.haut-conseil-egalite.gouv.fr, geraadpleegd op 10 juli 2017.

Raphael Koch, 'Board Gender Quotas in Germany and the EU: an Appropriate way of Equalising the participation of Women and Men?', *Deakin Law Review* 2015, p. 58-59.

Sonja Kruisinga, Loes Lennarts en Linda Senden, 'Vrouwen naar de top', *NJB* 2016, p. 1478.

Philippe Lambrecht, 'The law of 28 July 2011 to guarantee the presence of women on the decision-making bodies of autonomous public undertakings, listed companies and the national lottery', in: Marc de Vos and Philippe Culliford, *Gender Quotas for Company Boards*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, p. 83-107.

Carmen di Marino, *Country Report Italy*, www.paulhastings.com/genderparity/index.html, geraadpleegd op 10 juli 2017.

Hanna Olbricht en Christopher Krois, "Das Verhältnis von "Frauenquote" und AGG", *NZA* 2015, p. 1288 e.v.

Paola Profeta, Livia Amidani Aliberti, Alessandra Casarico, Marilisa d'Amico, Anna Puccio, *Women Directors - The Italian Way and Beyond*, New York: Palgrave, 2014, p. 124.

Julia Redenius-Hoevermann en Daniela Weber-Rey, 'La représentation des femmes dans les conseils d'administration et de surveillance en France et en Allemagne', *Revue des sociétés* 2011, p. 203 e.v.

Ulricht Seibert, "Frauenförderung durch Gesellschaftsrecht - Die Entstehung des Frauenförderungsgesetzes", *NZG* 2016.

Bernd Waas, 'Gender Quota in Company Boards: Germany', in: Marc de Vos and Philippe Culliford (eds.), *Gender Quotas for Company Boards*, Cambridge - Antwerp - Portland: Intersentia, 2014, p. 141-146.

Literatuur hoofdstuk 6

Wilma Henderikse en Babette Pouwels, 'Topvrouwen in de wachtkamer', Bedrijvenmonitor 2012-2015, www.rijksoverheid.nl.

Wilma Henderikse en Babette Pouwels, 'Waiting on the world to change', Bedrijvenmonitor 2016, www.rijksoverheid.nl.

Mijntje Lückerath-Rovers, The Dutch Female Board Index 2016,
https://www.tias.edu/dossiers/detail/female-board-index.

Bijlage 2: Verwijzingen naar websites bij deelonderzoek III

http://www.afep.com

http://www.amf-france.org

http://www.atria.nl

http://www.bmfsfj.de/quote/

http://www.bloomberg.com

https://www.bmjv.de

https://www.brunodondero.com

http://www.consob.it

http://www.corporategovernancecommitte.be/nl

http://di-company.nl/community/charter-en-monitor/

http://www.diw.de

http://www.femmes-experts-comptables.com

http://www.fidar.de

http://fortune.com

https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx

https://www.gov.uk

http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr

http://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/98_-_tweede_balans_van_de_wet_van_28_juli_2011_over_genderquota_in_raden_van_bestuur.pdf

http://www.internetconsultatie.nl/bekendmaking_diversiteitsbeleid/reacties

http://www.legifrance.gouv.fr

http://www.mccg.nl

https://www.paulhastings.com/genderparity/

http://www.raadvst-consetat.be

https://www.rijksoverheid.nl

http://www.robecosam.com/en/sustainability-insights/about-sustainability/corporate-sustainability-assessment/index.jsp

http://www.ssrn.com

https://www.tias.edu/dossiers/detail/female-board-index

https://www.topvrouwen.nl

Samenvatting

Inleiding

Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv in werking getreden. Tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer heeft de Minister van Veiligheid en Justitie toegezegd dat de wet inclusief de amendementen na drie jaar zal worden geëvalueerd.[1]
Aanleiding voor de evaluatie was met name de beperking van het door één persoon uit te oefenen aantal toezichtfuncties bij NV's, BV's en stichtingen, dat bij amendement in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is opgenomen. Op verzoek van het ministerie van Veiligheid en Justitie heeft het WODC aan de Rijksuniversiteit Groningen – in het bijzonder het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen/Rotterdam (IVO) en het institute for Governance and Organizational Responsibility (iGOR) – de opdracht verleend het evaluatieonderzoek naar 'De werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet bestuur en toezicht' uit te voeren. Het onderzoek is uitgevoerd in de periode van 15 september 2016 tot 1 september 2017. Het onderzoeksteam werd gevormd door prof. mr. Hylda Boschma, prof. mr. Loes Lennarts, prof. mr. Hanny Schutte-Veenstra en dr. Kees van Veen.

De Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft ten aanzien van uiteenlopende onderwerpen geleid tot invoering van nieuwe wettelijke bepalingen alsmede tot wijziging van bestaande wettelijke bepalingen. Het evaluatieonderzoek heeft zich met name toegespitst op een drietal onderwerpen:

(I) het monistische bestuursmodel;[2]
(II) limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders;
(III) streefcijfer 30% vrouwen in bestuur en raad van commissarissen.

Hiertoe is het evaluatieonderzoek in drie deelonderzoeken opgesplitst. In het onderzoeksrapport is per deelonderzoek verslag gedaan. Elk deelonderzoek is afgesloten met conclusies en aanbevelingen.

[1] *Handelingen EK* 2010/2011, nr. 28/4.
[2] Naast het monistische bestuursmodel is in deelonderzoek I aandacht besteed aan een tweetal andere belangrijke wijzigingen die de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv heeft bewerkstelligd: (i) de gewijzigde regeling in art. 2:9 BW van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid en (ii) de nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in art. 2:129/2:239 lid 6 en art. 2:140/2:250 lid 5 BW.

Deelonderzoek I

Het monistische bestuursmodel in de praktijk

In deelonderzoek I ligt het accent op het monistische bestuursmodel waarbij het bestuur van een NV of BV wordt gevormd door één of meer uitvoerende bestuurders en één of meer niet-uitvoerende bestuurders. In het monistische bestuursmodel zijn bestuur en toezicht in één bestuursorgaan verenigd. In de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv is voor de NV en de BV een wettelijke grondslag alsmede een wettelijke regeling geïntroduceerd voor het monistische bestuursmodel. De relevante wetsartikelen in dit verband zijn: art. 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 lid 1, 2:134/2:244 en 2:164a/2:274a BW. Eén van de centrale vragen van dit deelonderzoek is: hoe is de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk? Stemmen deze aspecten overeen met de wetstheorie en worden de beoogde doelstellingen bereikt? Om deze vragen te kunnen beantwoorden is allereerst onderzocht en in kaart gebracht hoe de parlementaire geschiedenis luidde, welke doelstellingen werden beoogd en welke de veronderstelde werking van voormelde wetsartikelen was. Hieruit blijkt dat met de regeling van het monistisch model in de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv werd beoogd:
(i) het vergroten van de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen;
(ii) het vergroten van de rechtszekerheid door vastlegging in de wet van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders die deel uitmaken van een monistisch bestuur.

Vervolgens is de toepassing, inrichting en werking van het monistische bestuursmodel in de praktijk onderzocht. Hiertoe zijn door de onderzoekers met name twee methoden (al dan niet gecombineerd) ingezet.
Ten eerste zijn bij de KvK data opgevraagd inzake alle NV's en BV's die in maart 2017 een monistisch bestuursmodel hadden (*kwantitatieve* dataverzameling). Deze data zijn nader geanalyseerd, waarna het uit de data van de KvK voortvloeiende beeld inzake NV's en BV's met een monistisch bestuursmodel is weergegeven.
Blijkens de kwantitatieve analyse voorziet het monistische bestuursmodel in maart 2017 bij 443 uiteenlopende vennootschappen in een behoefte, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's. Ruim de helft van deze vennootschappen (56,7%) bestond al voor het moment van inwerkingtreding van de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv, terwijl de overige vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 zijn opgericht. Onder de monistische vennootschappen bevinden zich grote, middelgrote, kleine en microvennootschappen. Ook een viertal structuurvennootschappen heeft geopteerd voor een one-tier board. De data van de KvK vermelden bij 328 vennootschappen een concernrelatie. Voorts worden de aandelen van 144 monistische vennootschappen gehouden door één aandeelhouder.

Variëteit is er niet alleen wat betreft bedrijfsomvang, maar ook wat betreft de aard van de door de vennootschap uitgeoefende activiteiten. Overigens hebben 194 monistische vennootschappen (ruim 43%) een SBI-code die erop duidt dat het financiële holdings betreft. De omvang van het monistische bestuur varieert van één in functie zijnde bestuurder (elf vennootschappen) tot 14 bestuurders (één vennootschap). Het procentueel hoogste aantal vennootschappen (23,3%/103 vennootschappen) heeft een bestuur bestaande uit drie bestuurders. De KvK-data laten wat betreft de verhouding tussen het aantal uitvoerende bestuurders (ub's) versus het aantal niet-uitvoerende bestuurders (nub's) het volgende beeld zien:
- bij 226 vennootschappen (51%) overtreft het aantal nub's het aantal ub's;
- bij 110 vennootschappen (24,8%) is het aantal ub's gelijk aan het aantal nub's;
- bij 107 vennootschapen (24,2%) overtreft het aantal ub's het aantal nub's.
Bij de categorie structuurvennootschappen die wettelijk verplicht zijn om in toezicht te voorzien, is bij alle vier monistische structuurvennootschappen sprake van een groter aantal nub's dan ub's.

Voorts blijkt uit informatie die door Eumedion aan de onderzoekers is verstrekt dat het monistische bestuursmodel een zekere populariteit geniet bij beursvennootschappen. In juli 2017 waren van de in totaal 168 Nederlandse vennootschappen met een Nederlandse notering en/of buitenlandse notering er 44 vennootschappen uitgerust met een monistisch bestuursmodel. Dit komt neer op een percentage van ruim 26% van het totale aantal Nederlandse beursvennootschappen.
Bij 40 van deze monistische beursvennootschappen (ruim 90%) is blijkens de KvK-data het aantal nub's groter dan het aantal ub's.

De tweede methode die is ingezet betreft een *kwalitatieve* dataverzameling: een aantal daartoe geselecteerde 'gebruikers' van het monistische bestuursmodel is bevraagd over de keuze voor het monistische bestuursmodel, de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap. Ook is gevraagd naar hun ervaringen met het monistische bestuursmodel (voor- en nadelen, neveneffecten). Er zijn in totaal negen interviews afgenomen met personen die als uitvoerend bestuurder, niet-uitvoerend bestuurder of general counsel verbonden zijn aan beursvennootschappen, vennootschappen met een of meer private equity investeerders en familievennootschappen. De interviews hebben op een semigestructureerde wijze plaatsgevonden aan de hand van een door het onderzoeksteam - in samenspraak met de externe begeleidingscommissie - opgestelde vragenlijst. Van de uit de interviews blijkende bevindingen is door de onderzoekers verslag gedaan aan de hand van een vijftal onderwerpen. De onderzoekers plaatsen hierbij de kanttekening dat het aantal gehouden interviews onvoldoende is om daaruit statistisch onderbouwde conclusies te trekken. De interviews geven vooral een impressie van de wijze waarop het monistische

bestuursmodel is ingericht en functioneert in de desbetreffende vennootschappen alsmede van de ervaringen die deze gebruikers met dit bestuursmodel hebben opgedaan. Bij de geïnterviewde vennootschappen was opvallend dat de inrichtingsvrijheid met name was aangewend om de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur te verstevigen. Een andere gemene deler was dat besluiten tijdens bestuursvergaderingen op basis van consensus tot stand kwamen. Slechts bij één vennootschap kwam het incidenteel voor dat het bestuur een meerderheidsbesluit nam. Bij geen enkele vennootschap was sprake van blokvorming van ub's versus nub's.
Voorts kwam uit de interviews naar voren dat het voordeel van het monistische bestuursmodel in de praktijk met name is gelegen in de geïnformeerde en betrokken positie van de nub's. Bij een aantal vennootschappen werd ook het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur als voordeel ervaren.
De geïnterviewde vennootschappen zijn bij de introductie van de one-tier board en/of later niet met onverwachte neveneffecten geconfronteerd. Ook heeft de invoering van een one-tier board volgens de geïnterviewde personen niet geleid tot een verhoging van de premie voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van (a) de niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen en/of (b) de uitvoerende bestuurders.
Van belang is dat geen van de geïnterviewde personen suggesties had ter verbetering c.q. aanvulling van de regeling van het monistische bestuursmodel. De wettelijke regeling van het monistische model werd door hen als toereikend ervaren.

Uit het verrichte evaluatieonderzoek (kwantitatieve - en kwalitatieve analyse) blijkt dat het monistische bestuursmodel de bruikbaarheid van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen heeft vergroot. Hiermee is de onder (i) omschreven doelstelling van de wetgever gerealiseerd. Wel wordt door de onderzoekers gesignaleerd dat de keuze voor een monistisch bestuursmodel in beginsel niet openstaat voor banken en verzekeraars, omdat art. 3:19 lid 1 Wft vereist dat zij een RvC instellen. In dit verband geven de onderzoekers in overweging de keuze voor het monistische bestuursmodel ook aan banken en verzekeraars te bieden. Er zijn volgens hen geen redenen om deze keuze aan banken en verzekeraars te onthouden.
Voor wat betreft de hiervoor onder (ii) omschreven doelstelling menen de onderzoekers dat in zijn algemeenheid kan worden gesteld dat door het bieden van een wettelijk kader voor de taakverdeling tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders en de wettelijke vastlegging van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders, de rechtszekerheid wordt vergroot.

In onderhavig evaluatieonderzoek is voorts nagegaan of het monistische bestuursmodel in de praktijk werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie. Naast de data verkregen via de KvK en de interviews, zijn hierbij ook de rechtswetenschappelijke literatuur en informatie uit media en praktijk betrokken.

De onderzoekers concluderen dat het monistische bestuursmodel in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie:
(i) het monistische bestuursmodel voorziet in de praktijk in een behoefte en vergroot de bruikbaarheid van de NV en de BV;
(ii) het monistische bestuursmodel voorziet in een - zij het kleine - behoefte bij structuurvennootschappen;
(iii) vennootschappen hebben het dualistische bestuursmodel niet integraal vervangen door een monistisch bestuursmodel;
(iv) in de praktijk speelt bij de keuze voor het monistische bestuursmodel een rol het aantrekken van buitenlandse aandeelhouders;
(v) de besluitvormingsfaciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk;
(vi) bij de geïnterviewde vennootschappen kwam van de in de wetstheorie vermelde mogelijke voordelen van het monistische bestuursmodel met name de geïnformeerde en betrokken positie van de niet-uitvoerende bestuurders naar voren en ook - zij het in mindere mate - het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur;
(vii) bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat er in monistische vennootschappen geen evenwichtige belangenafweging zou plaatsvinden.

Voor wat betreft de samenstelling en het functioneren van het bestuur werkt het monistische bestuursmodel in de praktijk op enkele punten niet zoals in de wetstheorie werd beoogd:
(i) in de wetstheorie werd ervan uitgegaan dat in de praktijk het aantal nub's vaak het aantal ub's zou overtreffen, terwijl dit blijkens de KvK-data bij 49% van de vennootschappen niet het geval is;
(ii) in de wetstheorie werd ervan uitgegaan dat de taak van het voorzitterschap van het bestuur exclusief is voorbehouden aan een nub, terwijl bij in ieder geval vijf Nederlandse beursvennootschappen de praktijk is gesignaleerd waarin naast een formele niet-uitvoerende voorzitter in de betekenis van de wet, een uitvoerende bestuurder/voorzitter functioneert;
(iii) in de wetstheorie werd ervan uitgegaan dat de bestuursvoorzitter als het belangrijkste aanspreekpunt voor de aandeelhouders en andere externe contacten fungeert, terwijl dit bij geen van de geïnterviewde vennootschappen het geval was.

De onderzoekers zien geen noodzaak voor de wetgever om ten aanzien van deze punten te voorzien in aanvullende regelgeving:
Ad (i): Bij beursgenoteerde vennootschappen en structuurvennootschappen werkt het monistische bestuursmodel op dit punt wel zoals beoogd volgens de wetstheorie. Bij meer dan 90% van de monistische beursvennootschappen overtreft het aantal nub's het aantal ub's. Bij de categorie structuurvennootschappen die wettelijk verplicht zijn om in

toezicht te voorzien, is bij alle monistische structuurvennootschappen sprake van een groter aantal nub's dan ub's. De vennootschappen waar de nub's getalsmatig niet in de meerderheid zijn betreffen derhalve met name middelgrote, kleine en microvennootschappen. Deze vennootschappen hebben op 'vrijwillige' basis voorzien in toezicht door te opteren voor een monistisch bestuursmodel. Ook hangt de invloed die de nub's in het bestuur hebben niet alleen af van de omstandigheid of zij ten opzichte van de ub's getalsmatig in de meerderheid zijn. De (beïnvloedings)positie van nub's wordt in de praktijk door een veelheid van factoren bepaald. Zou men de positie van de nub's wettelijk nader willen reguleren - waartoe de onderzoekers geen noodzaak zien - dan zou men naast de getalsmatige verhouding nub's/ub's ook regels moeten opnemen over meervoudig stemrecht, staken van stemmen etc.
Ad (ii): De onderzoekers zijn van mening dat de door de wetgever in 2013 gemaakte keuze dat slechts een niet-uitvoerende bestuurder de voorzittersrol kan vervullen, dient te worden gehandhaafd. Zij menen dat de destijds in de wetstheorie gegeven motivering nog steeds opgeld doet en zien in de door enkele beursvennootschappen ontwikkelde praktijk geen reden tot wetswijziging.
Ad (iii): In de praktijk kunnen er goede redenen zijn dat niet de bestuursvoorzitter maar de CEO en/of de CFO het belangrijkste aanspreekpunt is voor aandeelhouders en andere, externe contacten.
Tot slot is door de onderzoekers ingegaan op de veronderstelling van de wetgever dat de nieuwe regelgeving inzake het monistische bestuursmodel voldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht. Bij het uitvoeren van onderhavig evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat de nieuwe regelgeving onvoldoende waarborgen bevat voor een goede balans tussen bestuur en toezicht in het monistische bestuursmodel. Wel merken de onderzoekers op dat de wetgever vennootschappen een ruime mate van vrijheid heeft gegeven bij de inrichting van het monistische bestuursmodel. Of in de praktijk een goede balans tussen bestuur en toezicht bestaat, is vooral afhankelijk van de wijze waarop de vennootschap in concreto het monistische bestuursmodel vorm geeft, de personen die de functie van ub en nub bekleden en de wijze waarop zij hun functie vervullen. Hierbij is van belang dat de nub's bij het uitoefenen van hun toezichthoudende taak zo nodig de sinds 1 januari 2013 aan hen toekomende enquêtebevoegdheid kunnen inzetten.

De nieuwe regeling van taakverdeling en bestuurdersaansprakelijkheid van art. 2:9 BW in de praktijk

De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel voor de NV en de BV vormde de aanleiding om art. 2:9 BW opnieuw te redigeren. In art. 2:9 lid 1 (nieuw) BW is bepaald dat tot de taken van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Een taakverdeling laat

onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de 'algemene gang van zaken' (art. 2:9 lid 2 BW). Een individuele bestuurder dient voor een geslaagd disculpatieberoep aan te tonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.
Uit de wetstheorie volgt dat met het nieuwe art. 2:9 BW beoogd is aan te sluiten bij de jurisprudentie op de voet van art. 2:9 (oud) BW. Met art. 2:9 (nieuw) BW is met andere woorden geen koerswijziging inzake de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder beoogd.
Een centrale vraag in deelonderzoek I luidde: hoe is de toepassing in de rechtspraak geweest van het nieuwe art. 2:9 BW in de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016? Zijn er knelpunten in de praktijk?
Uit het rechtspraakonderzoek inzake de toepassing van de nieuwe regeling van art. 2:9 BW blijkt dat er sprake is van een betrekkelijk geruisloze overgang van art. 2:9 (oud) BW naar art. 2:9 (nieuw) BW. De materiële toepassing door de rechter van het nieuwe art. 2:9 BW lijkt niet te verschillen van die van art. 2:9 (oud) BW. In de vier uitspraken waarin de vordering op de voet van art. 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen waren gedragingen van bestuurders in het geding die ook onder het oude recht ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur opleverden.
Wel blijkt uit voormeld rechtspraakonderzoek dat rechterlijke instanties geen eenduidige aanpak kennen wat betreft de toepassing van (i) het overgangsrecht en (ii) de klachtplicht van art. 6:89 BW. De klachtplicht houdt in dat de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd.
De onderzoekers zijn hieromtrent tot de volgende conclusies gekomen:
Ad (i): De problematiek van het overgangsrecht moet worden gerelativeerd. Blijkens de parlementaire geschiedenis is met art. 2:9 (nieuw) BW immers geen koerswijziging ten opzichte van art. 2:9 (oud) BW beoogd. Voor de aansprakelijkheidspositie van bestuurders lijkt het derhalve niet uit te maken of art. 2:9 (nieuw) BW dan wel art. 2:9 (oud) BW wordt toegepast. Het verrichte rechtspraakonderzoek bevestigt dit.

Ad (ii): De onzekerheid over het al dan niet van toepassing zijn van de klachtplicht van art. 6:89 BW op art. 2:9 BW speelde ook al onder art. 2:9 (oud). Het wegnemen van onzekerheid op dit punt is volgens de onderzoekers gewenst, gelet op de directe betekenis van de klachtplicht voor de uitkomst van de tegen de bestuurder op grond van art. 2:9 BW ingestelde aansprakelijkheidsvordering. De onderzoekers menen - in navolging van Huizink en Kroeze - dat er goede argumenten zijn om de klachtplicht van art. 6:89 BW niet van toepassing te doen zijn op art. 2:9 BW. Deze is niet bedoeld voor de verhouding tussen rechtspersoon en bestuurder. Volstaan kan worden met de verjaringsregeling van art. 3:310 BW. Voorts kan in krasse gevallen de beperkende

werking van de redelijkheid en billijkheid soelaas bieden. De onderzoekers doen in dit verband de aanbeveling aan de wetgever om te verduidelijken dat de klachtplicht niet van toepassing is op art. 2:9 BW. De parlementaire behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen waarin een regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid is opgenomen in art. 2:9b BW, biedt een mogelijkheid hiertoe.
Over het nieuwe art. 2:9 lid 2 BW, waarin is geëxpliciteerd dat een taakverdeling onverlet laat dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken, merken de onderzoekers het volgende op. Behoort een kwestie tot 'de algemene gang van zaken' dan gaat een op taakverdeling gebaseerd disculpatieverweer van een individuele bestuurder niet op. Voor bestuurders is derhalve van belang te weten wat onder 'de algemene gang van zaken' valt. In de parlementaire geschiedenis is dit niet aangegeven. In de literatuur is herhaaldelijk naar voren gebracht dat niet duidelijk is wat onder 'de algemene gang van zaken' dient te worden verstaan.
In eerste instantie is het aan de (bestuurders van de) vennootschap om te bepalen wat hieronder moet worden begrepen. Uiteindelijk is het aan de rechter om in het kader van een art. 2:9 BW-aansprakelijkheidsprocedure te beoordelen of een kwestie al dan niet onder 'de algemene gang van zaken' valt. In de onderzochte rechterlijke uitspraken is de inhoud van het begrip 'de algemene gang van zaken' overigens niet aan de orde geweest. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat in deze procedures steeds concrete gedragingen van bestuurders ten grondslag lagen aan de vordering op de voet van art. 2:9 BW.
De onderzoekers realiseren zich dat het lastig c.q. onwenselijk is om in een wettelijk vastomlijnde invulling van het begrip 'de algemene gang van zaken' te voorzien. Wel verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling dat enige *guidance* wordt gegeven door aan te geven dat onder dit begrip *ten minste* dienen te worden begrepen het strategische beleid, het financiële beleid en het risicobeleid. De parlementaire behandeling van het eerder genoemde wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen, biedt een mogelijkheid hiertoe.

De nieuwe regeling van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen in de praktijk

De door de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv ingevoerde wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel werd door de wetgever bij uitstek als de gelegenheid gezien om de tegenstrijdig belangregeling te heroverwegen, omdat zij raakt aan de verhouding tussen de bestuurder, het bestuur en de RvC. Er is voor gekozen de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW te vervangen door de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW, omdat het tegenstrijdig belang van bestuurders een gedragsnorm betreft die allereerst de besluitvorming door het bestuur raakt. Voorts is het tegenstrijdig belang van commissarissen gereguleerd in het nieuwe art. 2:140/2:250 lid 5 BW.

In de parlementaire geschiedenis werd als voordeel van de besluitvormingsregeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW genoemd dat de rechtszekerheid wordt gediend. Derden worden niet geconfronteerd met de aantastbaarheid van een transactie die zij met de vennootschap zijn aangegaan vanwege een kwestie - het tegenstrijdig belang van een bestuurder - die primair de interne verhoudingen in de vennootschap raakt.
Blijkens de rechtspraak van vóór 1 januari 2013 werd geregeld door vennootschappen een beroep gedaan op art. 2:256 (oud) BW. De wettelijke regeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW gaf bovendien tot tal van rechtsvragen aanleiding die onderwerp vormden van talrijke rechterlijke procedures die meer dan eens tot aan de Hoge Raad werden gevoerd.
Een centrale vraag in deelonderzoek I luidde: hoe is de toepassing in de rechtspraak geweest van het nieuwe art. 2:129/2:239 lid 6 BW c.q. art. 2:140/2:250 lid 5 BW in de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016. Zijn er knelpunten in de praktijk?
Uit het verrichte rechtspraakonderzoek kwam slechts één uitspraak van een rechtbank naar voren waarin beroep werd gedaan op de nietigheid/vernietiging van bestuursbesluiten vanwege niet-naleving van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling van art. 2:239 lid 6 BW. De meest voor de hand liggende verklaring voor deze schaarse toepassing is volgens de onderzoekers dat art. 2:129/2:239 lid 6 BW - anders dan de vertegenwoordigingsregeling van art. 2:146/2:256 (oud) BW - een interne besluitvormingsregeling is die de door het bestuur/bestuurder(s) verrichte vertegenwoordigingshandeling in tact laat. De vennootschap blijft in beginsel gebonden aan de rechtshandeling. Het rechtspraakonderzoek leidt tot de conclusie dat de nieuwe regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW de door de wetgever beoogde rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert.
Uit de verrichte juridische literatuurstudie komt naar voren dat zich bij de toepassing van de regeling van art. 2:129/2:239 lid 6 BW in de praktijk een aantal knelpunten kan voordoen. Deze knelpunten zijn in kaart gebracht en geanalyseerd. In dit verband verdient het volgens de onderzoekers aanbeveling dat de in de praktijk bestaande onzekerheid voor wat betreft de verhouding van art. 2:129/2:239 lid 6 BW met een statutaire beletregeling, de wettelijke goedkeuringsregeling van art. 2:216 lid 2 BW en de wettelijke delegatiemogelijkheid van art. 2:129a /2:239a lid 3 BW wordt weggenomen.

Deelonderzoek II

Deelonderzoek II richt zich op de limiteringsregeling voor toezichtfuncties. Overeenkomstig deze regeling, neergelegd in art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW, geldt er een maximumaantal van vijf door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties. Een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan telt hierbij dubbel. Voor bestuurders geldt een maximumaantal van twee toezichtfuncties. Verder kan iemand die voorzitter van een toezichthoudend orgaan is niet tot bestuurder worden benoemd. Schending van de limiteringsregeling leidt tot nietigheid van de benoeming; dit heeft echter geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan deze persoon deelneemt. Het toepassingsgebied van de limiteringsregeling is beperkt tot grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Voor de kwalificatie groot wordt aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria zoals neergelegd in art. 2:397 lid 1 en 2 BW.[3]

De centrale vraag van dit deelonderzoek betreft de achtergrond, doeleinden, effectiviteit en eventuele neveneffecten van de voorgeschreven limitering van het aantal door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties. Uiteindelijk dient de vraag te worden beantwoord in welke mate met de introductie van de limiteringsregeling de beoogde doeleinden zijn bereikt.

Beoogde doeleinden limiteringsregeling

De limiteringsregeling berust op een amendement van het Kamerlid Irrgang. Uit de toelichting bij dit amendement kan worden opgemaakt dat met de limiteringsregeling drie doeleinden worden beoogd:
(i) Het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote entiteiten.
Doordat personen grote portefeuilles van toezichtfuncties opbouwen, zijn zij niet in staat daadwerkelijk toezicht te houden als gevolg van een gebrek aan tijd en aandacht voor elke entiteit. Door gebrekkig toezicht kunnen bedrijfsschandalen ontstaan met grote maatschappelijke gevolgen.
(ii) Het leveren van een bijdrage aan het doorbreken van het zogenoemde 'old boys network'.
Al (heel) lange tijd bestaat het idee dat een zeer kleine elite een veelheid aan belangrijke (economische) posities inneemt. Dit zogenoemde 'old-boys-network' wordt vaak gezien als een ongewenste concentratie van economische macht in handen van een kleine groep personen. Daarnaast kent dit netwerk een gesloten karakter doordat het netwerk

[3] Een NV, BV of stichting kwalificeert als 'groot' indien deze op op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, voldoet aan twee van de volgende drie criteria: (i) de waarde van de activa bedraagt € 20.000.000 of meer; (ii) de netto-omzet (bij een stichting: bedrijfsopbrengsten of baten) bedraagt € 40.000.000 of meer; en (iii) het gemiddelde aantal werknemers bedraagt 250 of meer.

zichzelf via coöptatie in stand houdt waardoor andere maatschappelijke groepen geen toegang tot deze posities krijgen.
(iii) Het voorkomen van belangenverstrengeling.
De onder (ii) genoemde concentratie brengt de (schijn van) belangenverstrengeling met zich. Doordat een kleine groep personen een groot aantal functies combineert, wordt de kans op belangenverstrengeling groter geacht. Deze redenering is daarmee een afgeleide van het 'old-boys-network' argument.

Toepassingsgebied limiteringsregeling

Het toepassingsgebied van de limiteringsregeling is beperkt tot de NV, BV en de commerciële/semipublieke stichting en van deze rechtsvormen slechts de grote entiteiten. Wat betreft het beperkte toepassingsgebied wordt in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat problemen betreffende de kwaliteit van bestuur en toezicht niet alleen in de private sector zijn gesignaleerd maar ook in de semipublieke sector. Verder werd met de limiteringsregeling het maken van een kwaliteitsslag bij grote entiteiten beoogd. Vandaar dat deze slechts geldt voor grote NV's, BV's en stichtingen. Een reden voor het beperken van de kwaliteitsslag tot grote entiteiten wordt in de wetsgeschiedenis niet of nauwelijks gegeven. Mogelijk heeft dit te maken met de grotere maatschappelijke impact van deze entiteiten of een veronderstelde grotere tijdsbesteding van functionarissen bij grote entiteiten.
In het onderzoek naar de grootte-criteria is niet van specifieke problemen gebleken. Doordat in de limiteringsregeling is aangesloten bij bestaande criteria uit het jaarrekeningenrecht, was de uitwerking ervan bekend evenals eventuele knelpunten. De onderzoekers bevelen slechts een geringe wijziging aan, namelijk dat het bepaalde in art. 2:398 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Daardoor zal het niet langer mogelijk zijn dat voor het jaarrekeningenrecht een recent opgerichte rechtspersoon als groot kwalificeert, terwijl voor wat betreft de limiteringsregeling deze kwalificatie gedurende de eerste twee jaar van zijn bestaan niet op deze rechtspersoon van toepassing is. Er is de onderzoekers niet van een goede reden gebleken deze categorie recent opgerichte grote rechtspersonen uit te zonderen van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling.

De onderzoekers zijn nagegaan welke gevolgen een eventuele uitbreiding van de limiteringsregeling naar andere grote rechtspersonen: coöperaties, formele verenigingen en onderlinge waarborgmaatschappijen (OWM) zou hebben. Gebleken is van een gering aantal grote coöperaties, formele verenigingen en OWM's op de peildata in zowel 2012 als 2017 en een daarmee gepaard gaand gering aantal toezichtfuncties. Ook is er bij deze rechtspersonen nauwelijks sprake van een cumulatie van toezichtfuncties (maximaal twee). Uit het voorgaande trekken de onderzoekers de conclusies dat een concentratie van toezichtfuncties bij een kleine groep toezichthouders, en daarmee het fenomeen van het 'old boys netwerk' afwezig is bij grote coöperaties, formele verenigingen en OWM's.

Gezien de geringe cumulatie van functies zal een mogelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling met deze rechtsvormen geen effect sorteren op de arbeidsmarkt voor toezichthouders en bestuurders.

Algemene en sectorale limiteringsregelingen

Naast de algemene limiteringsregeling in Boek 2 BW zijn er sectorale limiteringsregelingen voor enerzijds pensioenfondsen en anderzijds significante banken en beleggingsondernemingen. Tot een sectorale limiteringsregeling voor pensioenfondsen is besloten, omdat aldus onderscheid gemaakt kon worden tussen grote (beheerd vermogen van meer dan € 10 miljard) en kleine pensioenfondsen (beheerd vermogen van niet meer dan € 10 miljard). Ook kon in tegenstelling tot de algemene regeling een limiet worden gesteld aan het aantal te combineren bestuursfuncties, omdat het juist in de pensioensector gebruikelijk is dat één persoon verschillende bestuursfuncties combineert. Het uitgangspunt van de limiteringsregeling voor pensioenfondsen is dat een bestuurder of lid van de raad van toezicht maximaal één fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtfuncties kan vervullen, waarbij aan elke bestuurs- en toezichtfunctie bij een groot of klein pensioenfonds een bepaald gewicht is toegekend.
De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen is gebaseerd op Europese regelgeving, in het bijzonder art. 91 lid 2-6 CRD IV. Er zijn zeven significante banken in Nederland: ABN Amro, SNS bank, Rabobank, ING Bank, Bank Nederlandse Gemeenten (BNG), Nederlandse Waterschapsbank (NWB) en RBS NV. Uit navraag bij de AFM bleek dat er (nog) geen beleggingsondernemingen als significant zijn aangewezen. De CRD IV-limiteringsregeling bepaalt dat een persoon tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties mag vervullen: één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties of vier niet-uitvoerende bestuursfuncties. De onderzoekers doen de aanbeveling niet met een verwijzing naar de CRD IV in de nationale wetgeving te volstaan, maar de limiteringsregeling uit te schrijven zodat enkele onduidelijkheden kunnen worden weggenomen, waaronder die of het lidmaatschap van een raad van toezicht moet worden meegeteld.
Het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen kent voor- en nadelen. Een voor de hand liggend voordeel van een sectorale limiteringsregeling is dat deze is toegesneden op de tot deze sector behorende entiteiten. Een nadeel is dat voor personen die bestuurs- of toezichtfuncties ambiëren in verschillende sectoren waarvoor afwijkende limiteringsregelingen gelden, de samenloop van de diverse limiteringsregelingen een complexe puzzel kan zijn.

Vormgeving limiteringsregeling

Onderzocht is of de limiteringsregeling anders vorm kan worden gegeven door geheel of gedeeltelijk over te stappen op een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Belangrijk verschil tussen een dwingende wettelijke bepaling en een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling is dat bij de laatste sprake is van naleving, indien een entiteit deze toepast, of deze niet toepast en de afwijking deugdelijk motiveert. Daarnaast is er ook een verschil in handhaving. Een directe sanctie, zoals nietigheid van de benoeming, ontbreekt bij een 'pas-toe-of-leg-uit' bepaling. Het is de AV die een oordeel geeft over de materiële naleving en eventueel consequenties verbindt aan een niet-correcte naleving van een dergelijke bepaling. Bij deze rol van de AV doen zich enkele aandachtspunten voor. Deze variëren van mogelijke passiviteit en desinteresse van aandeelhouders voor (bepaalde) onderwerpen van corporate governance tot het slechts kunnen inzetten van paardenmiddelen om het bestuur (en eventueel de RvC) te bewegen de op het terrein van corporate governance gemaakte keuzes te wijzigen.

De onderzoekers zijn, gelet op de resultaten van de kwantitatieve en de kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling, tot de conclusie gekomen dat de limiteringsregeling algemeen geaccepteerd lijkt te zijn. Er is sprake van een ontwikkeling die past binnen de bredere professionalisering van het toezicht die al langer gaande is. Dat er een limiet wordt gesteld aan het aantal door een persoon te vervullen toezichtfuncties wordt algemeen erkend in 'corporate governance-land'. De limiteringsregeling wordt ook goed nageleefd, zodat het aangewezen lijkt de wettelijke regeling te handhaven en indien daarvoor aanleiding bestaat op onderdelen te wijzigen.

Vervolgens is onderzocht of, en zo ja in hoeverre, een uitzondering in de limiteringsregeling moet worden opgenomen voor de voorzitter respectievelijk de beroepscommissaris. Om met deze laatste te beginnen: de onderzoekers zien geen aanleiding voor het maken van een uitzondering op de limiteringsregeling voor beroepscommissarissen. Een beroepscommissaris kan daarbij worden gedefinieerd als iemand zonder hoofdfunctie die zijn/haar beroep maakt van commissariaten of toezichthouderschappen. Alleen uit de enquête gehouden onder bij het Nationaal Register aangesloten toezichthouders volgt dat er mogelijk enige behoefte bestaat aan versoepeling van de norm van maximaal vijf toezichtfuncties voor de beroepscommissaris. De onderzoekers achten dit een vrij smalle basis voor een uitzonderingsbepaling. Deze conclusie wordt versterkt doordat volgens de beschikbare gegevens van de Kamer van Koophandel slechts twaalf personen op de peildatum in 2017 het maximumaantal van vijf toezichtfuncties bekleden en van overschrijdingen geen sprake is. Als laatste argument kan worden aangevoerd dat de beroepscommissaris zijn werkterrein kan uitbreiden tot het bekleden van toezichtfuncties bij niet onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen.

De onderzoekers menen dat er wel enige aanleiding is voor een versoepeling van de limiteringsregeling voor wat betreft de voorzittersfunctie. Uit de interviews met de experts uit de executive branche volgt dat de dubbeltelling leidt tot enige, maar geen acute, rekruteringsproblemen bij het vervullen van vacatures voor voorzittersfuncties. Deze rekruteringsproblemen doen zich overigens slechts voor bij een klein deel van de markt, te weten de allergrootste entiteiten. De limiteringsregeling blijkt daarvoor één van de relevante factoren te zijn. Een andere factor die een rol speelt is dat er hoge eisen worden gesteld aan de persoon die een voorzittersfunctie gaat vervullen. Vooral de eis dat deze persoon een uitgebreide en recente ervaring heeft op een hoog bestuursniveau, gecombineerd met de eis van bewezen ervaring in toezichtfuncties, maakt dat weinig personen geschikt zijn deze functie te vervullen.
Gelet op het feit dat er algemene overeenstemming bestaat over de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie, zien de onderzoekers in voornoemde rekruteringsproblemen geen aanleiding voor een gelijkschakeling van de wegingsfactor van de functie van gewoon lid en die van voorzitter van een toezichthoudend orgaan.

Voor het bieden van enige ruimte ter oplossing van de rekruteringsproblemen kan worden gedacht aan het terugbrengen van de wegingsfactor van 2 naar 1.5, waardoor een combinatie van drie voorzitterschappen mogelijk wordt ten koste van een extra toezichthoudende functie. Tegengeworpen kan worden dat bij de (allergrootste) beursvennootschappen deze dubbeltelling van de voorzittersfunctie al langere tijd de norm is. Niet alleen was de dubbeltelling al in de Nederlandse Corporate Governance Code uit 2003 opgenomen, maar ook hanteren de zogenoemde 'proxy advisors' bij beursvennootschappen deze norm bij de voordracht van kandidaten voor een voorzittersfunctie. Deze argumenten boeten echter aan kracht in vanwege de volgende twee omstandigheden. Ten eerste liet de Codebepaling uitzonderingen op de dubbeltelling toe, mits deze deugdelijk werden gemotiveerd in het bestuursverslag ('pas-toe-of-leg-uit'). Ten tweede gold deze Codebepaling niet voor de allergrootste entiteiten in de semipublieke sector; in deze sector spelen de adviezen van 'proxy advisors' evenmin een rol.
Alle argumenten afwegend menen de onderzoekers dat het terugbrengen van de wegingsfactor van 2 naar 1.5 in specifieke situaties meer ruimte kan bieden bij de benoeming van een voorzitter. Een persoon kan aldus drie voorzittersfuncties combineren. Voor deze persoon vervalt de mogelijkheid daarnaast nog een toezichtfunctie te vervullen bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting (immers drie voorzittersfuncties staan gelijk aan 4.5 toezichtfuncties).

Verder zijn de onderzoekers van mening dat in de wettekst duidelijk tot uitdrukking moet worden gebracht dat de combinatie van het vervullen van een (uitvoerende) bestuursfunctie met die van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan – beide

functies worden bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting vervuld – geoorloofd is. Een (uitvoerende) bestuursfunctie kan echter niet met meer dan één voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan worden gecombineerd.
De achtergrond van deze voorgestelde aanpassing is dat gelet op de huidige formulering de volgtijdelijkheid van de benoeming tot voorzitter respectievelijk tot bestuurder beslissend is voor de vraag of een dergelijke benoeming al dan niet nietig is vanwege schending van de limiteringsregeling. Het is onwaarschijnlijk dat dit gevolg indertijd is beoogd. In beide situaties is de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert immers gelijk; beide situaties zouden daarom onder de limiteringsregeling ook gelijk moeten worden behandeld. Aanpassing achten de onderzoekers aangewezen mede doordat de wettelijke formulering in de praktijk tot een ongewenst geachte verwarring over de mogelijkheid een bestuursfunctie in de ene rechtspersoon met een voorzitterschap van een RvC/RvT in een andere rechtspersoon te combineren heeft geleid.

Ook is een aanpassing van de wettekst gewenst in die zin dat een (uitvoerende) bestuursfunctie bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting met maximaal twee 'gewone' toezichtfuncties bij dergelijke rechtspersonen kan worden gecombineerd. Op dit punt moet de volgtijdelijkheid van de diverse benoemingen evenmin een rol spelen.

Kwaliteit van toezicht

Ter beantwoording van de onderzoeksvraag of de werking van de limiteringsregeling beantwoordt aan de ermee beoogde doeleinden, hebben de onderzoekers onderzocht in welke mate de limiteringsregeling het 'old-boys-network' en de daarvan afgeleide belangenverstrengeling heeft beperkt, en de mate waarin dit effect heeft gehad op de kwaliteit van het toezicht. Voor dit onderzoek hebben de onderzoekers twee benaderingen gekozen.

(i) In de eerste plaats is gekeken naar de concentratie van functies bij personen als gevolg van de limiteringsregeling. Hiertoe zijn kwantitatieve gegevens van de Kamer van Koophandel gebruikt over de bezetting van bestuurs- en toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. De onderzoekers hebben zich hierbij gericht op de veranderingen in de bemensing van RvC's/RvT's ten gevolge van de limiteringsregeling.

Uit de kwantitatieve analyses van de effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties komt naar voren dat op het moment dat de wettelijke limiteringsregeling werd ingevoerd deze een al bestaande ontwikkeling bevestigde. Op de peildatum in 2012 was nauwelijks meer sprake van een concentratie van grote aantallen toezichtfuncties; bij slechts dertien personen deed zich een overschrijding van

het (fictieve) maximumaantal van vijf toezichtfuncties voor. In de bijna vijf jaar na de invoering van de limiteringsregeling is de kleine groep van personen met veel toezichtfuncties verder gekrompen. Met andere woorden, de dichtheid van het 'old-boys-network' was in 2012 al niet groot meer, en is in de periode van 2012-2017 alleen maar verder afgenomen. De onderzoekers concluderen dat de wettelijke limiteringsregeling een bestaande trend die al jaren gaande was enigszins gestimuleerd lijkt te hebben. De kans op belangenverstrengeling vanwege de concentratie van toezichtfuncties is logischerwijs ook afgenomen.

De kwantitatieve analyses kennen enkele beperkingen. Zo zijn data van voorzitterschappen van toezichthoudende organen niet beschikbaar en daarom niet meegenomen in de analyses. Verder bleek het onmogelijk toezichtfuncties binnen groepen van rechtspersonen te analyseren. De gepresenteerde cijfers kunnen daarom een (lichte) onderschatting respectievelijk een (lichte) overschatting van de daadwerkelijke aantallen toezichtfuncties per persoon te zien geven. Ten slotte is het mogelijk dat personen toezichtfuncties vervullen bij rechtspersonen die niet onder de limiteringsregeling vallen en dat zij ten gevolge daarvan nog steeds veel toezichtfuncties combineren.

(ii) In de tweede plaats hebben de onderzoekers onderzoek gedaan naar eventuele veranderingen in de rekruteringsprocessen ten gevolge van de invoering van de limiteringsregeling. Hiervoor hebben de onderzoekers een serie semi-gestructureerde interviews met experts uit de executive search branche afgenomen.

Uit deze kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling op de bemensing van toezichtfuncties wordt duidelijk dat er sprake is van een professionaliseringstrend van de toezichtfunctie. De tijdsbesteding van de individuele toezichthouder is een integraal onderdeel geworden bij niet alleen de rekrutering van nieuwe leden van toezichthoudende raden maar ook bij de zelfevaluaties van deze raden. De limiteringsregeling heeft hierbij een signaalfunctie vervuld en meer nadruk gelegd op de grenzen van de mogelijkheden van de individuele toezichthouder.
Toezichthoudende raden en de kandidaten voor een lidmaatschap van deze raden lijken in grote lijnen de normen van de limiteringsregeling te onderschrijven. Hierbij wordt aangetekend dat de norm in incidentele gevallen averechts uitwerkt, vooral in de top van de markt. Er zijn voorbeelden waarin personen meer toezichtfuncties aankunnen en door de limiteringsregeling gedwongen worden minder functies op zich te nemen. Dit betreft echter een hele kleine groep van personen.

Niet te achterhalen is of de limiteringsregeling daadwerkelijk de tijdsbesteding van personen die toezichthoudende taken vervullen heeft veranderd. Dit lijkt echter onwaarschijnlijk gezien het feit dat de tijdsbesteding door een veelheid van factoren

wordt bepaald en niet eenvoudig tot de limiteringsregeling te herleiden is. Er zijn allerlei verschillen in persoonlijke omstandigheden, ervaring, kwaliteiten en draagkracht te onderscheiden waardoor de hoeveelheid beschikbare tijd van een toezichthouder wordt bepaald. Ook zijn de mogelijkheden om (toezicht-)functies bij andere dan onder de limiteringsregeling vallende rechtspersonen aan te nemen aanzienlijk. De limiteringsregeling sluit sommige combinaties van functies uit, maar andere weer niet. Tot slot is de beschikbare tijd niet de enige indicator voor de geleverde kwaliteit. De complementaire samenstelling van een toezichthoudende raad als geheel is waarschijnlijk belangrijker voor de kwaliteit van het toezicht dan de precieze tijdsbesteding van elke afzonderlijke toezichthouder.

Deelonderzoek III

De streefcijferregeling

Deelonderzoek III betreft de streefcijferregeling die is opgenomen in art. 2:166/2:276 BW.[4] Met deze regeling wordt beoogd een evenwichtige verdeling over vrouwen en mannen te bereiken van de zetels in de besturen en commissarissen van 'grote' NV's en BV's. Van een evenwichtige verdeling is sprake indien ten minste 30% van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen. 'Grote' NV's en BV's moeten bij het opstellen van de profielschets, de voordracht en de benoeming van bestuurders en commissarissen zoveel mogelijk rekening houden met het streefcijfer van 30%. Op grond van art. 2:391 lid 7 BW moeten zij transparantie verschaffen over hun genderdiversiteitsbeleid zolang zij nog niet aan het streefcijfer hebben voldaan ('pas-toe-of-leg-uit').

Dit deelonderzoek betreft de achtergrond en de doeleinden van de wettelijke streefcijferregeling alsmede de praktische problemen bij de toepassing ervan en de naleving en effectiviteit van de regeling. Het onderzoek is niet alleen gericht op de beantwoording van de vraag in welke mate de met de introductie van de streefcijferregeling beoogde doeleinden zijn bereikt. Doel van het onderzoek is ook om na te gaan hoe de naleving en effectiviteit van de streefcijferregeling kan worden verbeterd. Ter beantwoording van de vraag of de met de regeling beoogde doeleinden zijn bereikt is gebruik gemaakt van de resultaten van reeds verricht kwalitatief en kwantitatief onderzoek, met als voornaamste bron de Bedrijvenmonitor, de officiële monitor van de streefcijferregeling. Daarnaast hebben de onderzoekers zelf van de KvK verkregen data geanalyseerd en een aantal gesprekken met stakeholders gehouden.
Voor de beantwoording van de vraag hoe de effectiviteit en de naleving van de streefcijferregeling kan worden verbeterd is onderzoek verricht naar de vormgeving en effectiviteit van de wettelijke regelingen ter bevordering van een evenwichtige m/v-verdeling in de top van bedrijven die gelden in België, Duitsland, Frankrijk en Italië. Daarnaast is het voorstel voor een streefcijferrichtlijn van de Europese Commissie geanalyseerd.
Voor beursvennootschappen gelden naast de streefcijferregeling bepalingen met betrekking tot het diversiteitsbeleid op grond van de Corporate Governance Code 2016 en het recent in werking getreden Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid. Deze regelingen zijn geanalyseerd om na te gaan in hoeverre zij bij beursvennootschappen de werking van de streefcijferregeling versterken.

[4] Deze regeling is op 1 januari 2016 vervallen. Op 13 april 2016 is de wet in werking getreden waarbij de werking van de streefcijferregeling is verlengd tot 1 januari 2020 (Stb. 2017, 9).

De streefcijferregeling geldt alleen voor grote NV's en BV's, niet voor andere grote rechtspersonen. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet is de vraag gesteld of de regeling niet ook zou moeten gelden voor andere rechtspersonen. Ter beantwoording van deze vraag, die ook deel uitmaakt van het onderzoek, zijn de onderzoekers nagegaan hoe groot het percentage vrouwen is in de besturen en raden van toezicht van grote (semi)publieke organisaties (op basis van de Bedrijvenmonitor 2016) en - meer specifiek - hoe groot het aandeel vrouwen is bij grote stichtingen (op basis van de gegevens verkregen van de KvK).

Beleidstheorie streefcijferregeling

De streefcijferregeling berust op een amendement van de Kamerleden Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers. Uit een analyse van de summiere parlementaire geschiedenis lijkt te volgen dat de beleidstheorie is dat een percentage van ten minste 30% vrouwen (en mannen) in de raden van bestuur en raden van commissarissen van grote NV's en BV's zou kunnen worden bereikt door de tijdelijke (nl. initieel tot 1 januari 2016 en na verlenging van de streefcijferregeling tot 1 januari 2020) wettelijke verankering van een op het principe 'pas-toe-of-leg-uit' gebaseerde streefcijferregeling. Het door de regering verwoorde uitgangspunt is dat via stimulering van zelfregulering het gewenste doel kan worden bereikt. In 2019 zal worden bezien of het aantal vrouwen in topposities voldoende is toegenomen. Uit de parlementaire stukken komt niet naar voren waarom voor een streefcijfer van 30% is gekozen en waarom de streefcijferregeling is beperkt tot grote NV's en BV's (en niet geldt voor andere grote rechtspersonen). Evenmin is duidelijk waarom de reikwijdte is beperkt tot BV's en NV's die als 'groot' kwalificeren op grond van criteria die gehanteerd worden in het jaarrekeningenrecht. Vermoedelijk is voor deze criteria gekozen omdat zij ook worden gehanteerd ter afbakening van de reikwijdte van de limiteringsregeling die bij dezelfde wet is ingevoerd. De wetsgeschiedenis geeft geen antwoord op de vraag op welke wijze grote NV's en BV's 'zoveel mogelijk rekening houden' met een evenwichtige m/v-verdeling. Onduidelijk is in hoeverre een voorkeursbeleid is toegestaan om het streefcijfer van 30% te bereiken. Wel komt duidelijk uit de wetsgeschiedenis naar voren wanneer volgens de wetgever sprake is van niet-naleving van de streefcijferregeling. Hiervan is pas sprake indien een vennootschap niet aan het wettelijke streefcijfer voldoet én een adequate uitleg in het bestuursverslag ontbreekt.

Onduidelijkheden en aandachtspunten bij de toepassing van het streefcijfer

De onderzoekers concluderen op basis van onderzoek van de wetsgeschiedenis en de relevante rechtswetenschappelijke literatuur dat de streefcijferregeling op een aantal punten onduidelijk is. Deze conclusie wordt bevestigd door het empirische onderzoek dat is verricht in het kader van de verschillende edities van de Bedrijvenmonitor en de bevindingen uit de gesprekken die de onderzoekers zelf met stakeholders hebben gehouden.

Ten eerste is onduidelijk hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast op een bestuur of raad van commissarissen bestaand uit één persoon. Omdat een evenwichtige m/v-verdeling niet mogelijk is indien de vennootschap slechts één bestuurder of één commissaris heeft bevelen de onderzoekers aan dat wordt verduidelijkt dat in dit geval niet aan de in de wet verankerde uitlegverplichting hoeft te worden voldaan.
Ten tweede is onduidelijk hoe het streefcijfer moet worden toegepast op een one-tier board. De onderzoekers zijn van mening dat het meeste recht wordt gedaan aan de ratio van de streefcijferregeling door bij de one-tier board zowel ten aanzien van de niet-uitvoerende als ten aanzien van de uitvoerende bestuurders het percentage van 30% vrouwen en mannen na te streven.
Ten derde is onduidelijk hoe de streefcijferregeling moet worden toegepast ten aanzien van de aanbeveling van de ondernemingsraad bij structuur-NV's en BV's. De onderzoekers gaan er van uit dat de raad van commissarissen een aanbeveling niet kan afwijzen met als reden dat het streefcijfer nog niet is behaald en dat daarom een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht had moeten worden aanbevolen.
Ten vierde bestaat er onduidelijkheid met betrekking tot de vraag naar welk aantal personen van het ondervertegenwoordigde geslacht moet worden gestreefd indien toepassing van het percentage van 30% tot een gebroken getal leidt. Ter illustratie: bij een vierhoofdige raad van commissarissen is bij afronding naar beneden met de benoeming van één persoon van het ondervertegenwoordigde geslacht aan het streefcijfer voldaan. Is afronding naar beneden niet toegestaan, dan moet worden gestreefd naar twee personen van het ondervertegenwoordigde geslacht. De onderzoekers bevelen aan om aan de hand van een tabel te verduidelijken wanneer aan het streefcijfer is voldaan. Overwogen zou kunnen worden om afronding naar beneden toe te staan.
Ten slotte is onduidelijk in hoeverre grote NV's en BV's een voorkeursbeleid mogen voeren om het streefcijfer te bereiken. Het meerderheidsstandpunt in de literatuur is dat op basis van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot het recht op gelijke behandeling alleen bij 'gelijke geschiktheid' voorrang mag worden gegeven aan een kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht. Er klinkt echter ook een tegengeluid. De onderzoekers vragen aandacht voor het feit dat onzekerheid met betrekking tot de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid vennootschappen kan belemmeren in hun ambitie het streefcijfer te halen.

Een tweede punt waarvoor de onderzoekers aandacht vragen is de beperking van de streefcijferregeling tot het bestuur en de raad van commissarissen. Dit kan tot omzeiling van de regeling leiden, bijvoorbeeld door aanstelling van een louter uit mannen bestaand managementteam en benoeming van slechts één statutaire bestuurder.
Afgezien van de hiervoor genoemde mogelijkheid tot omzeiling van de regeling komt het vooral bij beursvennootschappen om redenen van organisatorische aard steeds vaker voor dat deze behalve over een bestuur beschikken over een zogenoemd executive committee (ExCo). Het bestuur bestaat dan (bij een vennootschap met een two-tier

board) in de regel uit slechts twee personen, wat de toepassing van het streefcijfer bemoeilijkt.
Het hier gesignaleerde aandachtspunt doet de vraag rijzen of de reikwijdte van de streefcijferregeling niet moet worden uitgebreid tot bepaalde senior management functies. In Duitsland geldt voor de hoogste twee managementlagen onder het bestuur een flexibele streefcijferregeling. Dat wil zeggen dat de onder de regeling vallende bedrijven hiervoor zelf een streefcijfer en streefdatum mogen vaststellen. Bovendien heeft de wetgever aan de bedrijven de nodige vrijheid gelaten om te bepalen welke functies onder de twee hoogste managementlagen vallen. Een dergelijke regeling zou ook voor Nederland kunnen worden overwogen.

De door de onderzoekers gesignaleerde onduidelijkheden bemoeilijken een correcte toepassing van de streefcijferregeling door de vennootschappen die er onder vallen. De onderzoekers achten het wenselijk dat voor de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen wordt verduidelijkt aan welke verplichtingen zij precies moeten voldoen. Zij bevelen aan dat het Ministerie van Veiligheid & Justitie daartoe een website inricht, waar in heldere taal antwoord wordt gegeven op vragen als:

- waarom bestaat de streefcijferregeling (expliciteren dat m/v-diversiteit bijdraagt aan de kwaliteit van besluitvorming in raden van bestuur en raden van commissarissen);
- wanneer moet ik als 'grote' NV of BV aan de streefcijferregeling voldoen;
- op welke functies is de streefcijferregeling van toepassing;
- hoe pakt de toepassing van het streefcijfer uit, gerelateerd aan de omvang van mijn raad van bestuur/raad van commissarissen (verduidelijkt aan de hand van een tabel of voorbeelden);
- wat voor maatregelen kan de vennootschap nemen om het streefcijfer te bereiken (waaronder richtlijnen voor het opstellen van een profielschets, de inrichting van een transparant wervings- en selectieproces en uitleg over voorkeursbeleid)?

Sancties en naleving

Als het streefcijfer niet is gehaald maar niet in het bestuursverslag wordt uitgelegd hoe dit komt en wat de vennootschap gaat doen om het streefcijfer alsnog te bereiken moet de accountant dit in zijn verklaring vermelden. In geval van het ontbreken van de vereiste uitleg voldoet het bestuursverslag niet aan de wet. Iedere belanghebbende kan dan in beginsel een jaarrekeningprocedure starten.
Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat veel ‘grote’ vennootschappen die het streefcijfer niet hebben gehaald nog in het geheel niet aan de uitlegverplichting voldoen. De accountant zou daarop moeten wijzen, maar dat mechanisme blijkt in de praktijk niet steeds goed te werken. Deze bevinding is bevestigd in de stakeholdersgesprekken die de onderzoekers hebben gevoerd.

Behalve vennootschappen die in het geheel niet voldoen aan de uitlegverplichting zijn er vennootschappen die een heel magere uitleg geven. In de stakeholdersgesprekken kwam naar voren dat dit - evenals het geheel ontbreken van uitleg - vooral een probleem is bij niet-beursgenoteerde grote NV's en BV's. Omdat de controlerende accountant niet beschikt over een wettelijk kader waaraan hij de uitleg over het gevoerde en te voeren m/v-diversiteitsbeleid dient te toetsen kan de accountant niet afdwingen dat de uitleg wordt verbeterd.
De rol van de AV als handhaver van de streefcijferregeling staat of valt met het antwoord op de vraag hoeveel belang de AV - althans invloedrijke leden daarvan - hecht/hechten aan genderdiversiteit in de top van de vennootschap. Op dit punt bestaan er grote verschillen onder de duizenden grote vennootschappen die onder de streefcijferregeling vallen. Voor beursvennootschappen geldt dat institutionele beleggers in toenemende mate belang hechten aan diversiteit in de top van de vennootschap omdat deze in hun ogen bijdraagt aan goede besluitvorming. M/v-diversiteit is echter slechts een - zij het belangrijk - onderdeel van de diversiteit waaraan institutionele beleggers belang hechten. Bij niet-beursvennootschappen zal het mede afhangen van de aard van het bedrijf en de samenstelling van de AV in hoeverre belang wordt gehecht aan m/v-diversiteit in bestuur en raad van commissarissen.

Effectiviteit van de streefcijferregeling

Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat het overgrote deel van de vennootschappen nog geen evenwichtige m/v-verdeling in de raden van bestuur en commissarissen heeft bereikt. Van de top 200 vennootschappen voldeed op 31 mei 2016 4,2% voor zowel het bestuur als de raad van commissarissen aan het streefcijfer. Uit de Female Board Index 2016 - die bestaat uit 83 vennootschappen genoteerd aan Euronext Amsterdam - blijkt dat medio 2016 twee van deze 83 beursvennootschappen evenwichtig samengestelde besturen en raden van commissarissen hadden; dat is 2,4%. Uit de Bedrijvenmonitor 2016 blijkt dat op 31 mei 2016 73,1% van de grote NV's en BV's geen enkele vrouwelijke bestuurder en 61,2% geen enkele vrouwelijke commissaris had. Uit de Female Board Index 2016 blijkt dat 23 van de 83 in de index opgenomen vennootschappen niet één vrouwelijke bestuurder of commissaris heeft. Alle cijfers - ook de kwantitatieve bevindingen op grond van de gegevens die de onderzoekers van de KvK hebben verkregen (de KvK-dataset) - laten zien dat het aandeel vrouwen veel groter is in de raden van commissarissen dan in de besturen. De algemene trend is dat de percentages zowel voor het bestuur als de raad van commissarissen blijven toenemen, maar dat de groei traag is. Uit de KvK-dataset blijkt voorts dat de gemiddelde percentages vrouwen en mannen in besturen en raden van commissarissen bij 'grote' BV's duidelijk achter blijven in vergelijking met 'grote' NV's.

Uitbreiding van de reikwijdte van de streefcijferregeling naar andere 'grote' rechtspersonen, in het bijzonder 'grote' stichtingen?

De voornaamste conclusie van het monitoronderzoek onder 'grote' organisaties uit de publieke sector verricht in het kader van de Bedrijvenmonitor 2016 is dat deze veel meer vrouwelijke bestuurders en toezichthouders hebben dan 'grote' vennootschappen. Eind 2015 was gemiddeld 27,9% van de bestuurders in de raden van bestuur en 33,4% van de toezichthouders van publieke organisaties een vrouw. Op 31 mei 2016 waren deze percentages opgelopen tot respectievelijk 29,1% en 34%.
Uit de analyse van de KvK-dataset 2012-2017 volgt dat de 'grote' stichtingen in 2012 gemiddeld 13,14% vrouwelijke bestuurders en 27,08% vrouwelijke toezichthouders hebben, tegen gemiddeld respectievelijk 23,27% en 34,49% in 2017. Gemiddeld hebben de 'grote' stichtingen voor hun raden van toezicht het streefcijfer dus ruim gehaald.
Gelet op de geboekte progressie met betrekking tot een evenwichtige m/v-verdeling lijkt uitbreiding van het streefcijfer tot ‘grote’ stichtingen niet nodig. Hierbij moet echter worden bedacht dat het bij de gepresenteerde data om gemiddelden gaat. Bovendien hebben de ‘grote’ stichtingen, ondanks de snelle toename, gemiddeld nog niet het streefcijfer van 30% bereikt voor hun raden van bestuur. Daarom verdient het aanbeveling dat de streefcijferregeling wordt uitgebreid tot ‘grote’ stichtingen en ook tot ‘grote’ coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De laatste twee rechtsvormen vallen onder het jaarrekeningenrecht van Titel 9 van Boek 2 BW, zodat door aanpassing van art. 2:391 lid 7 BW het 'pas-toe-of-leg-uit'-mechanisme ook voor hen kan gaan gelden. Bij de stichting ligt dat gecompliceerder omdat alleen ‘ondernemende’ stichtingen onder Titel 9 vallen en bovendien stichtingen die krachtens de wet verplicht zijn om een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in Titel 9 zijn uitgezonderd van de toepassing van die titel. Voorbeelden van de laatste categorie zijn zorginstellingen, woningcorporaties en onderwijsinstellingen. In de sectorale regelgeving die op deze instellingen van toepassing is wordt Titel 9 van Boek 2 BW echter veelal van toepassing verklaard. Aandacht verdient in dit verband dat de Regeling verslaggeving WTZi sinds 1 januari 2015 niet langer verwijst naar art. 2:391 BW zodat zorginstellingen op grond van de sectorale verslaggevingsregels geen bestuursverslag hoeven op te stellen. De onderzoekers bevelen aan dat in de Regeling verslaggeving WTZi weer een verwijzing naar art. 2:391 BW wordt opgenomen.

Verbetering van de naleving en effectiviteit van de streefcijferregeling?

Ter verbetering van de naleving van de uitlegverplichting met betrekking tot het gevoerde en te voeren m/v-diversiteitsbeleid kan worden gedacht aan de mogelijkheid van beboeting van bestuurders en leden van de raad van commissarissen in geval van overtreding van de uitlegverplichting door de vennootschap. Enkele van de in het rechtsvergelijkende onderzoek betrokken landen (België en Duitsland) hebben gekozen voor deze wijze van handhaving van transparantieverplichtingen met betrekking tot het m/v-diversiteitsbeleid. De onderzoekers hebben niet kunnen achterhalen in hoeverre

persoonlijke boetes in deze landen daadwerkelijk hebben bijgedragen aan de naleving van de transparantieverplichtingen. Bovendien moet worden bedacht dat bij gebrek aan richtlijnen waaraan het m/v-diversiteitsbeleid moet voldoen de mogelijkheid van oplegging van een boete hooguit de formele naleving van de uitlegverplichting zal kunnen verbeteren. De onderzoekers zien er daarom van af om een handhavingsmechanisme in de vorm van persoonlijke boetes aan te bevelen.
De onderzoekers zijn nagegaan of de rol van de accountant zou kunnen worden versterkt door opname van een toetsingskader in de streefcijferregeling. Zij betwijfelen of deze stap moet worden gezet. De invoering van wettelijke eisen aan het m/v-diversiteitsbeleid zal door ondernemingen worden ervaren als een forse ingreep in hun beleidsvrijheid. Bovendien kan worden betwijfeld of de taak om het m/v-diversiteitsbeleid te toetsen thuis hoort bij de accountant. Als de wet bijvoorbeeld voorschrijft dat er een longlist moet zijn met 'voldoende' vrouwen, hoe moet de accountant dan beoordelen wat 'voldoende' is? Ten slotte bestaat het gevaar dat het afdwingen van transparantie via de accountant leidt tot afvinkgedrag.
De onderzoekers zien geen mogelijkheden om de rol van de AV bij de handhaving van de streefcijferregeling te verbeteren. Inherent aan het ‘pas-toe-of-leg-uit’-karakter van de streefcijferregeling is dat de AV in vrijheid beslist of zij kan leven met de gegeven uitleg of niet. De onderzoekers bevelen aan om naast de AV ook de ondernemingsraad een rol te geven bij de handhaving van de streefcijferregeling door invoering van een spreekrecht in de AV met betrekking tot het m/v-diversiteitsbeleid in de top van 'grote' NV's en BV's. Omdat de streefcijferregeling niet alleen een kwestie is van corporate governance, maar ook een emancipatiedoelstelling dient is het volgens de onderzoekers goed verdedigbaar dat ook de werknemers iets te zeggen krijgen over de vertegenwoordiging van vrouwen in de top van de vennootschap. De rol voor de ondernemingsraad zou kunnen worden versterkt door de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen te verplichten tevens te rapporteren over de actuele m/v-verdeling ten aanzien van de senior managementfuncties en het hele personeelsbestand. De onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen kunnen de gepubliceerde m/v-verdeling in de verschillende lagen van het bedrijf gebruiken om (de resultaten van) hun m/v-diversiteitsbeleid ten aanzien van de raden van bestuur en raden van commissarissen te verantwoorden. Het zal moeilijker worden om uit te leggen dat er geen vrouwen in de top worden benoemd als deze wel te vinden zijn in de lagen direct onder de top. Bovendien zal in geval van het zichtbaar ontbreken van een evenwichtige m/v-verdeling in de lagen direct onder de top ook hierover een discussie kunnen ontstaan, wat ertoe kan bijdragen dat het m/v-diversiteitsbeleid ten aanzien van de 'kweekvijver' voor de top serieuzer ter hand wordt genomen.

Een andere aanpak: flexibele streefcijfers of bindende quota?

Het verbeteren van de naleving en effectiviteit van de streefcijferregeling is een lastige opgave. Een deel van de onder de regeling vallende vennootschappen, met name een

aantal beursgenoteerde, is er heel serieus mee bezig en draagt ook uit dat zij m/v-diversiteit aan de top belangrijk vinden. Zij worden daarin gestimuleerd doordat zij meer in de publieke belangstelling staan en doordat (institutionele) aandeelhouders aandacht voor dit thema vragen. Bovendien beschouwen zij de kwestie van een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen aan de top als één van de aspecten die kunnen bijdragen aan een betere corporate governance. Er is echter ook een grote groep 'grote' vennootschappen die kennelijk veel minder verantwoordelijkheid voelt voor het bereiken van een meer evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen over hun besturen en raden van commissarissen. Veel van deze vennootschappen hebben maar één bestuurder. Als ze al een raad van commissarissen hebben is deze in de regel (veel) kleiner dan bij beursvennootschappen. En dan is er ook nog het probleem dat sommige vennootschappen opereren in sectoren waar traditioneel weinig vrouwen werken. Ongeacht de gesignaleerde verschillen zijn de onder de streefcijferregeling vallende vennootschappen louter op basis van het grootte-criterium aan hetzelfde vaste streefcijfer van 30% onderworpen. Problematisch is ten slotte dat van meet af aan niet duidelijk was, of en zo ja, binnen welke periode dit streefcijfer daadwerkelijk zou moeten worden gehaald. De genoemde factoren hebben er volgens de onderzoekers toe bijgedragen dat een deel van de 'grote' vennootschappen moeite heeft met de streefcijferregeling.
De Duitse flexibele streefcijferregeling is in dit verband interessant. Deze prikkelt de ongeveer 3500 onder deze regeling vallende vennootschappen zelf verantwoordelijkheid te nemen voor het bereiken van een betere m/v-diversiteit in de top door hun eigen streefcijfer en streefdatum vast te stellen. Als deze aanpak blijkt te werken - wat op dit moment nog niet duidelijk is - zou kunnen worden overwogen om in de toekomst in Nederland de niet-beursgenoteerde 'grote' vennootschappen hun eigen streefcijfers en streeftermijnen vast te laten stellen. Naar Duits voorbeeld zouden ook de hoogste managers direct onder het bestuur onder de reikwijdte van een dergelijke regeling kunnen worden gebracht.

De onderzoekers hebben de bindende quotaregelingen in België, Duitsland, Frankrijk en Italië onderzocht. Deze regelingen houden alle vier in dat een benoeming in strijd met wettelijk vastgelegde quota nietig respectievelijk vernietigbaar is. Een analyse van monitoringonderzoek in de onderzochte landen laat zien dat deze regelingen effectief zijn voor zover zij gelden voor beursvennootschappen. De ervaringen in Frankrijk - waar de quota ook voor bepaalde niet-beursvennootschappen gelden - laten zien dat de niet-beursvennootschappen duidelijk achter blijven bij de beursvennootschappen. Opmerking verdient bovendien dat de onderzochte quotaregelingen niet alle functies in de top van de vennootschappen bestrijken. Grof gezegd vallen de hoogste uitvoerende functies ofwel geheel ofwel ten dele buiten de reikwijdte van de quotaregelingen. De vertegenwoordiging van vrouwen in de niet onder de regelingen vallende uitvoerende

functies is in de onderzochte landen duidelijk achtergebleven bij de vertegenwoordiging van vrouwen in de functies die wel onder de quota vallen.
De onderzoekers hebben twijfels bij het opleggen van bindende quota aan de ruim 5000 vennootschappen waarvoor thans de streefcijferregeling geldt. Bindende quota zullen grote weerstand oproepen bij vennootschappen met kleinere bestuurs- en toezichtsorganen, die moeilijker aan de quota kunnen voldoen. Ook van grote familievennootschappen kunnen bezwaren tegen bindende quota worden verwacht. De inbreuk die bindende quota maken op de vrijheid van ondernemen zou kunnen worden beperkt door de reikwijdte qua functies - voor de Nederlandse situatie - te beperken tot leden van de raad van commissarissen (c.q. de nub's in een monistisch bestuursmodel). Hiermee zou worden aangesloten bij de onderzochte buitenlandse regelingen en de EU-conceptrichtlijn. Overwogen zou kunnen worden om ten aanzien van alle grote NV's en BV's alleen voor de raad van commissarissen respectievelijk de nub's in een one-tier board bindende quota in te voeren. Deze quota zouden alleen moeten gelden voorzover een vennootschap drie of meer commissarissen dan wel nub's heeft. Voor de besturen c.q. de ub's zou hiernaast de streefcijferregeling kunnen blijven gelden.
De onderzoekers wijzen er op dat een bindende quotaregeling vennootschappen *dwingt* tot het voeren van een voorkeursbeleid, waarbij de vraag rijst in hoeverre dit verenigbaar is met het (Europese) recht op gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De inbreuk die bindende quota maken op dit recht kan worden beperkt door procedureregels in de quotaregeling op te nemen waaraan het te voeren voorkeursbeleid moet voldoen.
De inbreuk die een bindende quotaregeling maakt op zowel de vrijheid van ondernemen als het gelijke behandelingsrecht zou kunnen worden beperkt door:
- de onder de bindende quotaregeling vallende bedrijven voldoende tijd te gunnen om zich op de quota in te stellen (waarbij onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen verschillende categorieën bedrijven);
- de bindende quotaregeling slechts voor een beperkte duur te laten gelden (door opname van een horizonbepaling in de wet).
De onderzoekers vragen zich af of invoering van een nietigheidssanctie bij alle vennootschappen die thans onder de streefcijferregeling vallen het gewenste effect zal hebben. Gewezen zou kunnen worden op het feit dat de limiteringsregeling, die ook een nietigheidssanctie kent, goed wordt nageleefd. Deze geldt voor alle grote NV's en BV's (en commerciële/semipublieke stichtingen). Hieruit zou kunnen worden geconcludeerd dat een nietigheidssanctie niet alleen bij vennootschappen met een brede kring van aandeelhouders de naleving van de wet bevordert. Het is echter volgens onderzoekers de vraag of deze conclusie zonder meer kan worden getrokken. Uit deelonderzoek II blijkt immers dat de door de limiteringsregeling verboden cumulatie van functies door de markt zelf al als onwenselijk werd ervaren. De naleving van de limiteringsregeling kan dus niet zonder meer op het conto van de nietigheidssanctie worden geschreven. Zeker zo belangrijk is dat de stakeholders zelf niet meer accepteren dat een groot aantal toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen wordt

vervuld door één persoon. Stakeholdersonderzoek laat zien dat ten aanzien van m/v-diversiteit in de top van het bedrijfsleven (nog) geen consensus is bereikt. Er zijn bedrijven die hierin vooroplopen en die de streefcijfers voor zowel bestuur als RvC hebben bereikt. Onder de duizenden binnen de reikwijdte van de streefcijferregeling vallende vennootschappen bevindt zich ook een aanzienlijk aantal bedrijven dat niet in de buurt van de streefcijfers komt. In dit licht bezien kan er niet zonder meer van uit worden gegaan dat alle grote NV's en BV's zich aan een bindende quotaregeling zullen houden.

Summary

Introduction

On 1 January 2013 the Management and Supervision (adjustment) Regulations Act public and private limited companies (hereinafter referred to as the Act) came into effect. During the parliamentary debate in the Senate the Minister of Security and Justice had pledged that the Act including the amendments was to be evaluated after three years.[1] The reason for the evaluation was, in particular, the restriction of the number of supervisory positions carried out by *one* person, in public and private limited companies and foundations, adopted by way of amendment into the Act. At the request of the Ministry of Security and Justice, the Research and Documentation Centre (WODC) has commissioned the University of Groningen – in particular the Institute for Company Law Groningen/ Rotterdam (IVO) and the Institute for Governance and Organisational Responsibility (iGOR) – to carry out evaluation research into 'The effect of the new provisions of the Act'. The research was conducted in the period of 15 September 2016 to 1 September 2017. The research team comprised Prof. Hylda Boschma, Prof. Loes Lennarts, Prof. Hanny Schutte-Veenstra and Dr. Kees van Veen.

The Act has, in respect of diverse subjects, led to the implementation of new statutory provisions and to changes in existing statutory provisions. The evaluation research has, in particular, focused on three subjects:

(I) The one-tier board model;[2]
(II) Limitation of the number of supervisory positions for directors and supervisors;
(III) Target figure of 30% women on the boards of directors and supervisory boards.

Consequently, the evaluation research was split up into three parts. The research report gives account of each part. Each part concludes with conclusions and recommendations.

[1] Proceedings of the Senate 2010/2011, nr. 28/4.
[2] In addition to the one-tier board model attention is paid in part I to two other important changes brought about by the Act: (i) the changed provision in Article 2:9 Civil Code on division of tasks and directors' liability and (ii) the new provision of conflict of interests of directors and supervisors in Articles 2:129/2:239 para 6 and Articles 2:140/2:250 para 5 Civil Code.

Part I

The one-tier board model in practice

In part 1 of this research the focus lies on the one-tier board model where the board of a public limited company or a private limited company is made up of one or more executive directors and one or more non-executive directors. In the one-tier board model the executive and supervisory roles are united into one management structure. In the Act a statutory basis including a statutory provision for both public and private limited companies are introduced for the one-tier board model. The relevant statutory provisions in this context are: Articles 2:129a/2:239a, 2:132/2:242 para 1, 2:134/2:244 and 2:164a/2:274a Civil Code. One of the central questions of this part of the research is: how is the one-tier board applied in practice, more in particular: what is its structure and effect in practice? Is the use that is made of the one-tier board in practice in agreement with legal theory and have the intended objectives been achieved? To be able to answer these questions the researchers have first of all examined and described the parliamentary history, more in particular: which objectives were intended and what was the presumed effect of the above-mentioned statutory provisions? This shows that the regulation of the one-tier board in the Act was intended:
(i) to increase the efficiency of the legal form of both the public and private limited company in both national and international company relationships;
(ii) to increase legal certainty by putting responsibilities and the ensuing liabilities of directors who are part of a one-tier board on a statutory footing.

Next, the application, structure and effect of the one-tier board in practice were examined. To this end the researchers used two methods (whether or not combined). First of all, data were requested from the Chamber of Commerce concerning all public and private limited companies that had a one-tier board in March 2017 (*quantitative* data collection). These data were analysed in detail, after which the picture resulting from the Chamber of Commerce data on public and private limited companies is presented. According to the quantitative analysis the one-tier board does meet a need for 443 diverse companies in March 2017, subdivided into 58 public limited and 385 private limited companies. More than half of these companies (56.7%) had already been in existence before the Act came into effect, while the remaining companies (43.3%) were incorporated after 1 January 2013. Among the one-tier board companies large and medium, as well as small and micro companies are represented. Also, four structure companies (*structuurvennootschappen*) opted for a one-tier board. The data of the Chamber of Commerce specify 328 companies with a group relationship. Furthermore, the shares of 144 one-tier board companies are held by *one* shareholder.
There is not only variety concerning company size, but also concerning the nature of the activities carried out by the companies. It should be noted that 194 one-tier board companies (more than 43%) have a Standard Industrial Classifications Code (SBI-code)

pointing to the fact that these companies are financial holdings. The size of the one-tier board varies from *one* director holding office (eleven companies) to fourteen directors (*one* company). In terms of percentage the highest number of companies (23.3%/103 companies) has a board consisting of three directors. The Chamber of Commerce data concerning the relation between the number of executive directors and the non-executive directors show the following picture:
- in 226 companies (51%) the number of non-executive directors exceeds that of executive directors;
- in 110 companies (24.8%) the number of executive directors is equal to the number of non-executive directors;
- in 107 companies (24.2%) the number of executive directors exceeds the number of non-executive directors.
With respect to structure companies that are obliged by law to provide for supervision all four one-tier board structure companies were found to have a larger number of non-executive directors than executive directors.

Furthermore, information provided to the researchers by Eumedion shows that the one-tier board model enjoys a certain degree of popularity among listed companies. In July 2017 out of a total of 168 Dutch companies listed on a Dutch and/or foreign stock exchange 44 had a one-tier board. This represents a percentage of more than 26% of the total of Dutch listed companies.
In 40 of these one-tier listed companies (over 90%), according to the data of the Chamber of Commerce, the number of non-executive directors is higher than that of executive directors.

The second method employed concerns *qualitative* data collection: a number of 'users' of the one-tier board model selected for that purpose was asked about the choice of the one-tier model, the manner in which this model is structured and functions in their company. They were also asked about their experiences with the one-tier board model (advantages, disadvantages, side effects). A total of nine interviews were conducted with persons who either as executive director, non-executive director or as general counsel are connected with listed companies, companies with one or more private equity investors and family companies. The interviews took place in a semi-structured manner using a questionnaire drawn up by the research team in conjunction with the external monitoring committee.
The findings resulting from the interviews are reported by the researchers based on five subjects. The researchers note the caveat that the number of conducted interviews is insufficient to draw statistically justified conclusions. The interviews, above all, give an impression of the manner in which the one-tier board is structured and functions in the companies concerned and of the experiences that the 'users' of the one-tier board model have gained.

The interviewed companies noticeably showed that the discretion in drafting the articles of association was mainly used to strengthen the position of the non-executive directors concerning decision-making by the board. Another common denominator was that decisions taken in board meetings were reached based on consensus. In just one company it happened occasionally that the board took a majority decision. It occurred in none of the companies that the executive respectively the non-executive directors collectively sided against each other.
The interviews, furthermore, showed that the advantage of the one-tier board model in practice lies especially in the informed and involved positions of the non-executive directors. In a number of companies being able to act (more) decisively in the one-tier board was felt to be an advantage.
The interviewed companies have not faced unexpected side effects, neither at the introduction of the one-tier board nor later. Also, the introduction of the one-tier board according to the interviewees has not led to an increase in the premium for professional liability insurance of (a) the non-executive directions in respect of supervisory board members and/or (b) the executive directors.
Of importance is the fact that none of the interviewees had any suggestions for the improvement or addition to the regulation of the one-tier board model. The statutory provisions of the one-tier board were experienced as adequate by them.

The evaluation research (quantitative and qualitative analyses) shows that the one-tier board model has increased the usefulness of both the public and private limited company in both national and international business relations. Thus, the objective of the legislator described under (i) has been achieved. The researchers do observe that the choice of a one-tier board model in principle is not open to banks and insurers, because Article 3:19 para 1 of the Financial Supervision Act requires the establishment of a supervisory board. In this context, the researchers suggest to also offer the choice of a one-tier board model to banks and insurers. According to them there are no reasons to withhold this choice from banks and insurers.
In respect of the objective described under (ii) the researchers are of the opinion that in general terms it can be argued that by providing a legal framework for the division of tasks between executive and non-executive directors and the legal provisions of responsibilities and consequent liabilities of directors, legal certainty is increased.

In the present evaluation research it was furthermore investigated whether the one-tier board model in practice works as intended in accordance with the legal theory. Besides data obtained via the Chamber of Commerce and the interviews, academic literature and information from the media and from practice were included.

The researchers conclude that in practice the one-tier board model largely works as intended in accordance with the legal theory:
(i) the one-tier board model in practice meets a need and increases the efficiency of both the public and private limited company;
(ii) the one-tier board model meets – albeit a small one – a need of structure companies;
(iii) companies have not integrally replaced the two-tier board model by a one-tier board model;
(iv) in practice attracting foreign shareholders plays a role when choosing the one-tier board model;
(v) the decision-forming facility of Article 2:129a/2:239a para 3 Civil Code meets a need from practice;
(vi) in respect of the advantages of the one-tier board model as mentioned in the legal theory, the interviews evidence in particular the informed and involved position of the non-executive directors, also, - though to a lesser extent – the one-tier board being able to act (more) decisively;
(vii) when carrying out the present research the researchers did not find any indication that no balanced consideration of interests in the one-tier board companies took place.

In some respects concerning the composition and the functioning of the board the one-tier board model does not work in practice as intended by the legal theory:
(i) in the legal theory it was assumed that in practice the number of non-executive directors would often exceed the number of executive directors, whereas this as shown by the Chamber of Commerce data in 49% of the companies is not the case;
(ii) in the legal theory it was assumed that the task of the chairperson of the board was exclusively reserved for the non-executive director, whereas at least in respect of five Dutch listed companies in practice it was found that besides a formal non-executive director within the meaning of the law also an executive director/chairperson is functioning;
(iii) in the legal theory it was assumed that the board chairperson functions as the most important point of contact for the shareholders and other external contacts, while this was not the case for any of the interviewed companies.
The researchers see no need for the legislator to provide for complementary regulation in respect of the following points:
Ad (i): For listed companies and structure companies the one-tier model does work, in this respect, as intended by the legal theory. In more than 90% of the one-tier listed companies the number of non-executive directors exceeds the number of executive directors. In the category of structure companies that are obliged by law to provide for supervision all one-tier structure companies have a higher number of non-executive compared to executive directors. The companies where the non-executive directors, in terms of numbers, are not in a majority are in particular medium-sized, small and micro companies. These companies have, on 'a voluntary basis' provided for supervision by

opting for a one-tier board model. Also, the influence the non-executive directors have on the board not only depends on the circumstance whether or not they, in respect of the executive directors are a majority in terms of numbers. The (influential) position of non-executives is determined, in practice, by a range of factors. Would one want to put the position of the non-executive directors on a more specific legal footing – the researchers see no necessity to do this – then in addition to a numerical relation of executive/non executives one would also have to include rules about a multiple voting right, a tie in votes, etc.
Ad (ii): The researchers are of the opinion that the choice made by the legislator in 2013 that only a non-executive director can take up the role of chairperson, must be maintained. They are of the opinion that the reasoning provided during the legislative process still holds and so they see no reason, in the practice as developed by some listed companies, to change the law.
Ad (iii): In practice there can be good reasons for the CEO and/or the CFO being the most important point of contact for shareholders and other external contacts and not the chairperson of the board.

Finally, the researchers examined the assumption of the legislator that the new regulation of a one-tier board model encompasses adequate guarantees for a proper balance between management and supervision. In conducting the present evaluation research the researchers have not found any indication that the new legislation provides for insufficient guarantees for a proper balance between management and supervision in the one-tier board model. The researchers do note that the legislator has given a wide range of freedom to companies for the structuring of a one-tier board model. Whether, in practice, there is a proper balance between management and supervision, is especially dependent on the manner in which the company, in concreto, implements the one-tier board model, the persons who hold the position of executive or non-executive director and the manner in which they carry out their position. In this respect it is relevant that the non-executives in carrying out their supervisory task can, since 1 January 2013, independently petition the Enterprise Chamber of the Amsterdam Court of Appeal court to open enquiry proceedings, should this be necessary.

The new regulation of division of tasks and directors liability of Article 2:9 in practice

The statutory provision of the one-tier board model for public limited and private limited companies as introduced by the Act was the reason to recast Article 2:9 of the Civil Code. Article 2:9 para 1 (new) Civil Code lays down that the tasks of a director include all those tasks that are not by virtue of the law or the articles of association assigned to one or more of the other directors. A division of tasks does not prejudice the fact that each director is responsible for the 'general course of business' (Article 2:9 para 2 Civil Code). In order to claim exculpation successfully, an individual director must show – taking also

the division of tasks into consideration – that (i) no serious blame can be attributed to him *and* (ii) in addition he was not negligent in taking measures to avert the consequences of mismanagement.
The legal theory shows that the new provision of Article 2:9 Civil Code was intended to be in line with case law pursuant to Article 2:9 (old) Civil Code. In other words, with Article 2:9 (new) Civil Code a change in direction regarding the liability of the director was not intended.
A central question in Part 1 of the research was: how was the new Article 2:9 Civil Code applied in case law in the period 1 January 2013 to 31 December 2016? Are there any problem areas in practice?
Research into case law in the matter of the application of the new provision of Article 2:9 Civil Code shows a relatively smooth transition from Article 2:9 (old) Civil Code to Article 2:9 (new) Civil Code. The substantive application by the judiciary of the new Article 2:9 Civil Code does not seem to be different from that of Article 2:9 (old) Civil Code. The four decisions where the claim pursuant to Article 2:9 (new) Civil Code was awarded concerned activities by directors that would have, under the old statutory provision, also resulted in a decision of culpable mismanagement.
The previously mentioned research into case law does show that judicial bodies do not know of an unequivocal approach in respect of the application of (i) the transitional law and (ii) the obligation to complain about a defect in the performance of a contract under Article 6:89 Civil Code. The obligation to complain means that a creditor can no longer claim defect in the performance, if he has failed to inform the debtor of his protest in the matter within reasonable time after he has discovered the defect or after he should reasonably have discovered this defect.

In this matter the researchers have reached the following conclusions:
Ad (i): The problems of the transitional law should be put into perspective. As shown by the parliamentary history no change of direction was intended with Article 2:9 (new) Civil Code in respect of Article 2:9 (old) Civil Code. For the position of liability of directors, for that reason, it does not appear to make a difference whether the new or old Article 2:9 Civil Code is applied. The conducted research into case law confirms this point of view.

Ad (ii): The uncertainty about whether or not the obligation to complain under Article 6:89 Civil Code is applicable to Article 2:9 Civil Code was also previously an issue under Article 2:9 (old) Civil Code. Removing the uncertainty in this matter is desirable according to the researchers, taking into account the direct effect of the obligation to complain on the outcome of the liability claim instituted against the director under Article 2:9 Civil Code. The researchers are of the opinion – following Huizink and Kroeze – that there are solid arguments to not apply the obligation to complain under Article 6:89 Civil Code to Article 2:9 Civil Code. The first-mentioned provision is not intended for the relationship between a corporate entity and a director. The limitation provision under Article 3:310

Civil Code suffices. Furthermore, in exceptional cases applying the restrictive effect of reasonableness and fairness may provide a solution. In this context, the researchers recommend that the legislator clarifies that the obligation to complain does not apply to Article 2:9 Civil Code. The parliamentary debate of the bill Management and Supervision legal entities including a provision for director's liability inserted into Article 2:9b provides an opportunity for such clarification.
On the subject of the new Article 2:9 para 2 Civil Code, which makes explicit that a division of tasks does not prejudice the fact that each director bears responsibility for the general course of business, the researchers note the following. If a matter belongs to 'the general course of the business' then an exculpation defence for an individual director will not stand. For directors it is, therefore, of importance to know what is covered by the term 'in the general course of business'. This is not indicated in the parliamentary history. In the literature it has been repeatedly stated that it is unclear what should be understood by 'the general course of business'.
In first instance, it is up to the (directors of) the company to determine what is meant by this term. Eventually, it is up to the court, in the context of Article 2:9 Civil Code to assess whether or not a matter should or should not come under 'the general course of business'. In the court decisions analysed the substance of the concept of 'the general course of business' was in fact not dealt with. A possible explanation is that in these procedures each time concrete behaviour by directors was the basis of a claim under Article 2:9 Civil Code.
The researchers are aware of the fact that it is difficult or undesirable to furnish the concept of 'the general course of business' with a definitive legal interpretation. However, it is, advisable, that some *guidance* is given by indicating that *at the very* least the strategic, financial and risk policies are included in the concept. The parliamentary debate of the previously mentioned bill does provide the opportunity to do so.

The new regulation on conflict of interests of directors and supervisors in practice

The statutory provision in respect of the one-tier board model introduced by the Act was seen by the legislator as an opportunity, par excellence, to reconsider the rules on conflict of interests, as these touch upon the relationship of directors, the board of directors and the supervisory board. The choice was made to replace the provision on representation of the company in the event of conflict of interests of Article 2:146/2:256 (old) Civil Code by Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code, that concerns the process of adopting a board resolution in the event that a director has a conflict of interests. The ratio for this reform is that the conflict of interests issue concerns a standard of behaviour that before anything else touches upon the decision-making process involving management. In addition, the rule on conflict of interests of supervisors is laid down in the new Article 2:140/2:250 para 5 Civil Code.

The parliamentary history makes mention of the fact that an advantage of the decision-making process provision of Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code is that legal certainty is served. Third parties are not confronted by vitiating factors of a transaction that they have entered into with the company due to a matter – the conflict of interests of a director – that primarily touches upon the relationships within the company.
As appears from case law prior to 1 January 2013 companies regularly invoked Article 2:256 (old) Civil Code. Moreover, the legal provision of Article 2:146/2:256 (old) Civil Code gave rise to a number of legal questions that were the subject of numerous legal procedures that more than once went all the way to the Supreme Court.
A central question in part 1 of this research was: how were the new Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code or Article 2:140/2:250 para 5 Civil Code applied in case law in the period from 1 January 2013 till 31 December 2016. Were there any problem areas in practice? Only *one* court decision emerged in the case law study where a nullity/void declaration was invoked of board decisions due to non-compliance of the statutory provision of conflict of interests of Article 2:239 para Civil Code. According to the researchers, the most obvious explanation of this scarcity of application is that Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code - unlike the representation provision of Article 2:146/2:256 (old) Civil Code - refers to an internal decision-making provision leaving intact the representative activities of director(s). In principle, the company remains bound by the legal act. The research into case law leads to the conclusion that the new provision of Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code enhances legal certainty in commerce as intended by the legislator.
A study of the legal literature shows that a number of problems can occur in the practical application of the provision of Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code. These problems have been identified and analysed. In this context the researchers recommend that the uncertainty in practice in the relation between Article 2:129/2:239 para 6 Civil Code and a clause in the articles of association providing for a replacement in the event of absence from office of any of the directors (*statutaire beletregeling*), the statutory approval provision of Article 2:216 para 2 Civil Code and the statutory delegation provision of Article 2:129a/2:239a para 3 Civil Code be removed.

Part II

Part II focuses on the limitation regulation for supervisory positions. Pursuant to this regulation – as laid down in Articles 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a and 2:297b Civil Code – *one* person can hold a maximum number of five supervisory positions. For this purpose, the chairmanship of a supervisory body counts as double. For (executive) directors the rule is a maximum number of two supervisory positions. In addition, a person who is chairperson of a supervisory body cannot be appointed to the position of (executive) director. An appointment that violates the limitation regulation is null and void, but it does not invalidate the decision making process in which the person concerned participates. The scope of application of the limitation regulation is restricted to large public and private limited companies and large commercial/semi-public foundations. The qualification 'large' is derived from the annual accounts criteria as laid down in Article 2:397 para 1 and 2 Civil Code.[3]

The central question in this part of the research concerns the background, objectives, effectiveness and possible side effects of the prescribed limitation of the number of supervisory positions to be fulfilled by *one* person. Eventually, the question as to which extent the introduction of the limitation regulation has achieved the intended objectives must be answered.

Intended objectives of the limitation regulation

The limitation regulation is based on an amendment by Member of Parliament Mr. Irrgang. From the explanatory notes to the amendment it can be gleaned that the limitation regulation aims to achieve three objectives:
(i) Guaranteeing the quality of management and supervision of large entities.
The argument is that persons who acquire large portfolios of supervisory positions are not able to actually supervise due to lack of time and attention for each entity. Due to inadequate supervision corporate scandals can present themselves with huge social consequences.
(ii) Contributing to breaking up the so-called 'old boys network'.
For a (very) long time the notion has existed that a very small elite has taken up a multitude of important (economic) positions. This so-called 'old-boys-network' is often viewed as an undesirable concentration of economic power in the hands of a small group of persons. In addition, this network has a closed character because the network

[3] A public or private limited company or a foundation is qualified as 'large' if on two consecutive balance sheet dates, without interruption thereafter, at least two of the following three criteria apply: (i) the value of the assets according to the balance sheet with explanatory notes exceeds € 20 million (based on the acquisition or manufacturing price); (ii) the net turnover (foundation: total of revenues respectively total of benefits) exceeds € 40 million; and (iii) the average number of employees is at least 250.

perpetuates itself via co-optation as a result of which other groups in society are denied access to these positions.
(iii) The prevention of conflict of interests.
The above (see ii) mentioned concentration carries the risk (of apparent) conflict of interest. Because a small group of persons combines a large number of positions the possibility of conflict of interest is deemed to be larger. This reasoning is a derivative of the 'old-boys-network' argument.

Scope of the limitation regulation

The scope of the limitation regulation is limited to both the public and private limited company and the commercial/semi-public foundation and only covers those entities that qualify as 'large'. In respect of the limited scope it is noted in the legislative history of the act that the problems concerning the quality of management and supervision have been identified not only in the private sector but also in the semi-public sector. Furthermore, the limitation regulation was intended to bring about an improvement in quality for large entities. For that reason it only applies to large public and private limited companies and foundations. A reason for limiting the quality enhancement to large entities is either not at all or not explicitly provided for in the legislative history. Possibly the reason can be found in the large social impact of these entities or an assumed larger amount of time spent by persons fulfilling supervisory positions in large entities.

The research into the criteria relating to size yielded no specific problems. Because the existing criteria as laid down in the provisions on annual accounts were adopted in the limitation regulation, both the effects of these criteria and possible problems were known. The researchers only recommend a minor change, i.e. that the provision laid down in Article 2:398 Civil Code is affirmed to be of equal application. As a result it will no longer be possible for a recently founded legal person to qualify as large in terms of the legal requirements relating to the annual accounts, whereas in respect of the limitation regulation this qualification for the first two years of its existence is not applicable to this legal entity. The researchers have not found a valid reason to exclude recently founded large legal entities from the scope of the limitation regulation.

The researchers have investigated which consequences a possible expansion of the scope of the limitation regulation were to have if applied to other large legal entities: cooperatives, formal associations and mutual insurance associations. Research only yielded a small number of large cooperatives, formal associations and mutual insurance associations at the reference dates in both 2012 and 2017 and a consequential modest number of supervisory positions. Moreover, these legal entities hardly show multiple supervisory positions (a maximum of two). From the foregoing the researchers conclude that a concentration of supervisory positions in the hands of a small group of supervisors

is absent and thus that the phenomenon of the 'old boys network' in large cooperatives, formal associations and mutual insurance associations is also absent. In view of the negligible multiplicity of positions a possible expansion of the scope of the limitation regulation to these legal forms will not have an effect on the labour market for supervisors and directors.

General and sectoral limitation regulations

Besides the general limitation regulation in Book 2 of the Civil Code there are sectoral limitation regulations for, on the one hand, pension funds and, on the other hand, for significant credit institutions and investment firms. A sectoral limitation regulation for pension funds was introduced, because it enabled the legislator to distinguish between large (managed assets of more than € 10 billion) and small pension funds (managed assets of less than € 10 billion). Moreover, contrary to the general provision, a limitation could be put on the number of directorships that can be combined, having regard to the fact that it is quite common in the pension sector for *one* person to combine several directorships. The starting point of the limitation regulation for pension funds is that a director or a member of the supervisory board can take up no more than *one* full-time equivalent (fte) in directorship and supervisory positions. In that respect, each directorship and supervisory position in a large or small pension fund is given a certain weight.

The limitation regulation for significant credit institutions and investment firms is based on European legislation, in particular Article 91 para 2-6 CRD IV. There are seven significant credit institutions in the Netherlands: ABN Amro, SNS bank, Rabobank, ING Bank, Bank Nederlandse Gemeenten (BNG), Nederlandse Waterschapsbank (NWB) and RBS NV. Upon inquiry from the Netherlands Authority for the Financial Markets (AFM) it appeared that (as yet) no investment firms have been designated as significant. The CRD IV-limitation provision lays down that one person shall not hold more than *one* of the following combinations of directorships at the same time: *one* executive directorship with two non-executive directorships or four non-executive directorships. The researchers recommend not only to refer to CRD IV in the national legislation, but to elaborate the limitation provisions so that some uncertainties can be removed, for instance the one about whether or not membership of a supervisory body is to be included.

The concurrence of general and sectoral limitation regulations has advantages and disadvantages. One obvious advantage of a sectoral limitation regulation is that it is tailored to the entities of this sector. A disadvantage is that for persons who aspire to take up directorships or supervisory positions in various sectors with different limitation regulations the concurrence between the diverse limitation regulations can be a complicated puzzle.

Structure of the limitation regulation

The researchers examined whether the limitation regulation can be structured differently by fully or partially switching to an 'apply-or-explain' provision. An important difference between a mandatory legal provision and an 'apply-or-explain' provision is that in the case of the latter there is compliance, if an entity applies it or appropriately justifies non-compliance. In addition, there is also a difference in respect of enforcement. A direct sanction, such as an invalid appointment, is lacking in an 'apply-or-explain' provision. It is the GM that assesses material compliance and that may possibly attach consequences to incorrect compliance with such a provision. Some points of attention in the role of the GM must be noted. These points range from possible passivity and lack of interest of shareholders in (certain) subjects of corporate governance to the GM only being able to deploy far reaching remedies to induce the board of directors (and possibly the supervisory board) to change choices made in the area of corporate governance.

The researchers, taking into account the results of the quantitative and qualitative analysis of the effects of the limitation regulation, have concluded that, in general, the limitation regulation seems to have been accepted. There is a development that fits within a broader professionalization of supervision that has been going on longer. The fact that a limit is set on the number of supervisory positions that can be held by one person is generally recognised in 'the land of corporate governance'. The limitation regulation is well adhered to, so that it seems appropriate to uphold the legislative provision and, only if necessary, to change parts of it.

Next, the researchers examined if and if so to what extent, an exception to the limitation regulation must be included in the provision in respect of the chairperson, respectively the professional supervisor. To take the last one first: the researchers see no reason for making an exception to the limitation provision for the professional supervisor. A professional supervisor can be defined as someone with no principal position whose business it is to take up supervisory positions. Only a questionnaire prepared by the National Register and filled out by its affiliated supervisors shows that there might be some need to relax the norm of no more than five supervisory positions for the professional supervisor. The researchers view this as a rather narrow base for an exception clause. This conclusion is reinforced as, according to the available Chamber of Commerce data, only twelve persons on the reference date in 2017 held the maximum number of five supervisory positions and the norm was not exceeded. A final argument that can be put forward is that the professional supervisor can still expand his area of work by holding supervisory positions at legal entities that are not covered by the limitation regulation.

The researchers are of the opinion that there is some reason to relax the limitation regulation in respect of the position of the chairperson. It can be concluded from the

interviews conducted with experts in the executive search sector that a double counting leads to some, however, no acute recruitment problems in filling chairmanship vacancies. By the way, these recruitment problems only seem to occur in a small part of the market, i.e. the largest entities. The limitation regulation seems to be one of the relevant factors in this respect. Another factor that plays a role is that the person who is to take up the position of chairperson must meet a large number of requirements. Especially, the requirement that this person must have extensive and recent experience as a (n executive) director at a high level, combined with the requirement of proven experience in supervisory positions, results in few people qualifying for such a position.
Taking note of the fact that there is general consensus about the considerable workload and consequent time involved in fulfilling a chairperson position, the researchers see no reason in above-mentioned recruitment problems to apply the same weighting factor of the position of an ordinary member to that of the chairperson of a supervisory body.

To create some space to solve the possible recruitment problems one could think of reducing the weighting factor from 2 to 1.5, thus enabling a combination of three chairmanships (at the expense of the extra supervisory position). It could be argued that counting the position of chairperson twice has already been the norm of the (largest) listed companies for a longer period of time. Not only does, since 2003, the chairpersonship count as two positions in the Dutch Corporate Governance Code, but this rule is also used by the so-called 'proxy advisors' (voting advisory firms) when nominating candidates for the position of chairperson of listed companies. These arguments lose strength due to the following two circumstances. In the first place the Corporate Governance Code allowed for exceptions to the 'chairpersonship-counts-as-two'-rule, provided these were appropriately justified in the directors' report ('apply-or-explain'). Secondly, this provision in the Corporate Governance Code did not apply to the very largest entities in the semi-public sector; in this sector the advice by the 'proxy advisors' does not play a role either.
Weighing up all arguments the researchers are of the opinion that reducing the weighting factor from 2 to 1.5 in specific situations can create more space when appointing a chairperson. Thus, a person can combine three chairmanships. For these persons there is no opportunity to fulfil an additional supervisory position at a large public limited company, private limited company or commercial/semi-public foundation (after all three chairmanships equal 4.5 supervisory positions).

Furthermore, the researchers are of the opinion that the legal text should clearly state that the combination of fulfilling a (n executive) directorship with that of chairmanship of a supervisory body – both positions are fulfilled in a large public limited company, private limited company or a commercial/semi-public foundation – is permitted. A (n executive) directorship can, however, not be combined with more than *one* chairmanship of a supervisory body. The background to this proposed adjustment is that, taking note of the

present formulation the sequence of the appointment of the chairperson respectively the director is decisive for the question whether such an appointment can be invalid or not due to a violation of the limitation regulation. It is unlikely that this consequence was intended at that time. In both situations the time spent by the person who combines the positions is equal after all; both situations should for that reason also be treated equally for the purpose of the limitation regulation. The researchers deem adjustment appropriate also because the legal formulation has led to undesirable confusion in practice about the possibility of combining a directorship in one legal entity with a chairmanship of a supervisory body in another legal entity.
Also, adjusting the legal text is appropriate in the sense that a (n executive) directorship at a large public limited company, private limited company or a commercial/semi-public foundation can be combined with a maximum of two 'ordinary' supervisory positions at such legal entities. Likewise, on this point the sequence of the various appointments should no longer play a role.

Quality of supervision

To answer the research question whether the effect of the limitation regulation meets the intended objectives the researchers have examined to what extent the limitation regulation has limited the 'old-boys-network' and the derived conflict of interests, and the extent to which this has had an effect on the quality of supervision. For this research two approaches were chosen.

(i) In the first place the concentration of positions of persons as a result of the limitation regulation was examined. To this end quantitative data of the Chamber of Commerce were used on the staffing of directorship and supervisory positions in large public limited companies, private limited companies and commercial/semi-public foundations. Here the researchers focused on the changes in the staffing of the supervisory bodies as a consequence of the limitation regulation.

The quantitative analyses of the effects of the limitation regulation on the staffing of supervisory positions show that at the time when the legal limitation regulation was introduced it confirmed an already existing development. At the reference date in 2012 a concentration of large numbers of supervisory positions was barely visible; only thirteen persons exceeded the (fictitious) maximum number of five supervisory positions. In the nearly five years since the implementation of the limitation regulation the small group of persons with a large portfolio of supervisory positions has shrunk further. In other words, the density of the 'old-boys-network' was even in 2012 not that big anymore, and has reduced even further in the period 2012-2017. The researchers conclude that the legal limitation regulation seems to have stimulated in a sense an existing trend that had already been going on for years. The possible occurrence of conflicts of interests due to the concentration of supervisory positions has obviously also been reduced.

The quantitative analyses have some limitations. For instance, the data of chairmanships of supervisory bodies are not available and for that reason they are not included in the analyses. Furthermore, it turned out to be impossible to analyse supervisory positions within groups of legal entities. The presented figures can for that reason either show a (slight) underestimation or a (slight) overestimation of the actual numbers of supervisory positions per person. Finally, it is possible that persons hold supervisory positions in legal entities that are not covered by the limitation regulation and that they, as a consequence, still combine many supervisory positions.

(ii) In the second place the researchers conducted research into possible changes in the recruitment processes as a result of the implementation of the limitation regulation. To do this the researchers have held a series of semi-structured interviews with experts from the executive search branch.

The qualitative analysis of the effects of the limitation regulation on staffing of supervisory positions clearly shows a trend of professionalization of the supervisory position. The time spent by the individual supervisor has become an integral part not only in the recruitment of new members for the supervisory bodies but also for the self-evaluations of these bodies. The limitation regulation has thus functioned as an indicator and placed more emphasis on the limits of the possibilities of the individual supervisor. Supervisory bodies and candidates for these bodies appear, in outline, to subscribe to the standards of the limitation regulation. It must be noted that the standard in incidental cases has a counter-productive effect, especially at the top end of the market. There are examples where persons are able to take on more supervisory positions but are forced, due to the limitation regulation, to take on fewer positions. This, however, concerns a very small group of persons.

It is not possible to find out whether or not the limitation regulation has actually changed the time spent by persons to fulfil the tasks inherent in each supervisory position they hold. This, however, seems unlikely in view of the fact that the time spent is determined by a multitude of factors and it is not easy to relate to the limitation regulation directly. There are numerous differences in personal circumstances, experience, qualities and capacity to be distinguished that determine the amount of available time of a supervisor. Also, the opportunities to take on (supervisory) positions at other legal entities than those covered by the limitation regulation are considerable. The limitation regulation excludes some combinations of positions, but not others. Finally, the available time is not the only indicator for delivered quality. There are more factors. For instance, the complementary composition of a supervisory body as a whole is probably more important for the quality of supervision than the exact time spent by each individual supervisor.

Part III

The statutory target figure

Part III of the research concerns target figure of Article 2:166/2:276 Civil Code.[4] This provision intends to achieve a balanced distribution of seats on the boards of directors and supervisory boards of 'large' public and private limited companies between women and men. A balanced distribution is achieved if at least 30% of the seats are occupied by women and at least 30% by men. 'Large' companies must, when drawing up the supervisory board's profile and when nominating and appointing directors and supervisors take the target figure of 30% into account as much as possible. Pursuant to Article 2:391 para 7 Civil Code they must publish their gender diversity policy for as long as they have not complied with the target figure ('apply-or-explain').

This part of the research concerns the background and the objectives of the target figure and also the practical problems in its application, compliance and effectivity. The research is not only aimed at answering the question to which extent the intended objectives of the introduction of the target figure were met. The objective of the research is also to find out how compliance and effectivity of the target figure regulation can be improved. To answer the question whether or not the intended objectives were met use has been made of the results of earlier qualitative and quantitative research, the most important source being the Business Monitor (*Bedrijvenmonitor*), the official monitor of the target figure. In addition, the researchers have analysed data obtained from the Chamber of Commerce and held a number of interviews with stakeholders. To answer the question how effectivity and compliance of the target figure can be improved research was carried out into the design and effectivity of statutory provisions aimed at achieving an equal distribution of board seats among men and women in Belgium, Germany, France and Italy. In addition, the proposal for a target figure directive by the European Commission was analysed.
Listed companies are not only subject to the target figure but also to provisions relating to the diversity policy by virtue of the Corporate Governance Code 2016 and the recently implemented decree on the publication of diversity policy (*Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid*). These regulations have been analysed to examine to what extent they reinforce the effect of the target figure regulation.
The target figure applies only to large public and private limited companies, not to other large legal entities. During the parliamentary debate of the bill the question was asked whether or not the regulation should also apply to other legal entities. To answer this question, also part of this research, the researchers have examined the percentage of women represented on the boards of directors and the supervisory boards of large

[4] This provision was repealed on 1 January 2016. On 13 April 2016 the act came into effect extending the effect of the target figure provision till 1 January 2020 (Bulletin of Acts and Degrees (Stb.) 2017, 9).

(semi) public organisations (based on the Business Monitor 2016) and – more specifically – the percentage of women represented on the boards of directors and supervisory boards of large foundations (on the basis of data obtained from the Chamber of Commerce).

Policy theory of target figure regulation

The target figure is based on an amendment by the Members of Parliament Kalma, Van Vroonhoven-Kok and Weekers. From an analysis of the scant parliamentary history it appears to follow that the policy theory is that a percentage of at least 30% women (and men) on the boards of directors and supervisory boards of large public and private limited companies could be achieved by means of a temporary legal basis of the target figure regulation on the principle of 'appy-or-explain' (initially till 1 January 2016 and after prolongation of the regulation till 1 January 2020). The starting point stated by the government is that via encouraging self-regulation the desired objective can be achieved. In 2019 a review will be conducted to find out whether there has been a sufficient increase in the number of women at the top. The parliamentary records do not indicate why a target figure of 30% was chosen nor why the regulation is restricted to large public and private limited companies (and why it does not apply to other large legal entities). Neither is it clear why the scope of the regulation is limited to public and private limited companies that qualify as ' large' based on criteria as laid down in the provisions on annual accounts. Presumably, these criteria were chosen because they are also used to demarcate the scope of the limitation regulation introduced by virtue of the same act. The legislative history fails to answer the question how large public and private limited companies must 'as much as is possible take into account' a balanced distribution of male/female. It is unclear to what extent a 'positive action' policy is permitted to achieve the 30% target. The legislative history does show when in the eyes of the legislator there is non-compliance with the regulation. This is the case when a company fails to comply with the legal target figure *and* fails to provide an adequate explanation in the directors' report.

Lack of clarity and points of attention in the application of the target figure

The researchers conclude on the basis of the research into the legislative history and the relevant legal literature that the statutory provisions in respect of the target figure are unclear on a number of points. This conclusion is confirmed by the empirical research carried out in the context of the various editions of the Business Monitor and the findings from interviews with stakeholders conducted by the researchers themselves.
In the first place it is not clear how the target figure is to be applied to a board of directors or a supervisory board consisting of *one* person. As a gender-balanced distributon of board seats is impossible if the company has only *one* director or *one* supervisor the researchers recommend clarification that in this case the legal obligation to explain does not have to be complied with.

Secondly, it is unclear how the target figure is to be applied to a one-tier board. The researchers are of the opinion that the ratio of the target figure is best served by applying the target figure of 30% of women and men separately to the non-executive positions respectively the executive positions on a one-tier board.
Thirdly, it is also unclear how the target figure must be applied in respect of the recommendation made by the works council for a supervisory board position in a 'structure' company. The researchers assume that the supervisory board cannot reject such a recommendation for the reason that the target figure has not yet been achieved and that for that reason a candidate of the underrepresented gender should have been recommended.
In the fourth place, there is lack of clarity in relation to the question as to the figure to be achieved of the underrepresented gender if application of the percentage of 30% results in a fractured number. To illustrate the point: in the case of four supervisors if rounding down is permitted, the target figure has been complied with upon the appointment of *one* person of the underrepresented gender. If rounding down is not permitted, then two persons of the underrepresented gender should be aimed for. The researchers recommend using a table to clarify when the target figure has been complied with. Consideration might be given to allowing rounding down.

Finally, it is unclear as to what extent large public and private limited companies may pursue a 'positive action' policy to achieve the target figure. The majority point of view in the legal literature is that on the basis of case law of the European Court of Justice in relation to the right of equal treatment only in the case of ‘equal suitability’ priority may be given to a candidate of the underrepresented gender. However, opposing views are expressed. The researchers ask attention for the fact that uncertainty in relation to the lawfulness of 'positive action' policy can hinder companies in their ambition of achieving the target figure.

A second point the researchers draw attention to is the restriction of the target figure regulation to the board of directors and the supervisory board. This could lead to circumvention of the regulation, for instance, by appointing a male only management team and appointment of just *one (executive)* director.
Apart from the above-mentioned possibility of circumvention of the regulation it is increasingly common for (listed) companies for organisational reasons to also have a so-called executive committee (ExCo) in addition to the board of directors. In this case the board of directors (in the case of a two-tier board company) consists as a rule of only two persons, which renders it difficult to apply the target figure.
This point of attention does raise the question whether or not the scope of the target figure should be extended to certain senior management functions. The researchers do not recommend this because it will be difficult to determine exactly which senior management functions come under the scope of the provision.

The lack of clarity found by the researchers make a correct application of the target figure difficult for the companies covered by it. The researchers consider it desirable that it is clarified to the companies covered by the target figure exactly which requirements they must meet. They recommend that the Ministry of Security and Justice creates a website, where, in plain language answers are given to questions such as:
- why does the target figure exist (explain explicitly that gender diversity contributes to the quality of the decision-making process in boards of directors and supervisory boards;
- when do I as a 'large' public or private limited company have to comply with the target figure;
- to which positions does the target figure apply;
- what is the effect of the application of the target figure, related to the size of my board of directors/supervisory board (explained by using a table or examples);
- what measures can the company take to reach the target figure (including guidelines for drafting a profile for the supervisory board, the settting up of a transparent recruitment and selection process and an explanation of the 'positive action' policy)?

Sanctions and compliance

If the target figure has not been achieved but there is no explanation in the directors' report as to why this is and what the company will do after all to reach the target figure then the accountant must record this in his report. In case the required explanation is lacking the directors' report does not comply with the statutory provisions on annual accounts. This is, in principle, a ground for any person with a legitimate interest, to initiate legal proceedings against the company for not complying with the law on annual accounts.
The Business Monitor 2016 shows that many 'large' companies that have not achieved the target figure have not yet complied with the requirement to explain at all. The accountant should point this out, but that mechanism turns out still not to be working properly in practice. This finding was confirmed by the stakeholder interviews that were conducted by the researchers.
Besides companies that fail to fully comply with the requirement of explanation there are those that provide only scant explanation. From the stakeholder interviews it emerged that this – and the total lack of explanation – especially is a problem of non-listed large companies. Because the auditing accountant does not have a legal framework against which he should test the m/f diversity policy either carried out or to be carried out, the accountant is unable to enforce improvement of the explanation.
The role of the GM as the enforcer of the target figure regulation depends on the answer to the question how much importance the GM – in any case its influential members – attaches to gender diversity at board level. On this issue there are large differences among the more than 5,000 large companies covered by the target figure provision. In respect of listed companies the trend is visible that institutional investors increasingly

attach importance to diversity at the top of the company as in their view this contributes to appropriate decision-making. Gender diversity is, however, only one aspect of the diversity that institutional investors find important –albeit an important aspect. Moreover, institutional investors scrutinize the required competencies that a nominated candidate contributes to a board of directors or a supervisory board. In the case of non-listed companies it will also depend on the nature of the business and the composition of the GM to which extent importance is attached to gender diversity in the board of directors and the supervisory board.

Effectiveness of the statutory target figure

The Business Monitor 2016 shows that the majority of companies has not as yet achieved a gender-balanced distribution of seats on the boards of directors and the supervisory boards. Out of the top 200 companies on 31 May 2016 4.2% for both the board of directors and the supervisory boards complied with the target figure. The Female Board Index 2016 – that consists of 83 companies listed at Euronext Amsterdam - shows that mid 2016 two of these 83 listed companies had boards of directors and supervisors with a balanced composition; that is 2.4%. The Business Monitor 2016 shows that a large number of companies still do not have a single female director and/or supervisor. This also includes 23 listed companies included in the Female Board Index 2016. All figures – also the quantitative findings based on the data that the researchers obtained from the Chamber of Commerce (the CoC-dataset) – show that the percentage of women is much larger in the supervisory boards than in the boards of directors. The general trend is that the percentages for both directors and supervisors are on the increase, but growth is sluggish. The CoC-dataset furthermore shows that the average percentages of women and men on boards of directors or supervisory boards of 'large' private limited companies clearly lag behind compared to 'large' public limited companies.

Enlarging the scope of the target figure regulation to other 'large' legal entities, in particular 'large' foundations?

The main conclusion from the monitor research among 'large' organisations in the public sector carried out within the framework of the Business Monitor 2016 is that many of these have many more female directors and supervisors compared to 'large' limited companies. At the end of 2015 on average 27.9% of the directors and 33.4% of the supervisors of public organisations were women. On 31 May 2016 these percentages had gone up to respectively 29.1% and 34%.

From the analysis of the CoC-dataset 2012-2017 it follows that the 'large' foundations in 2012 had on average 13.14% female directors and 2.08% female supervisors, compared to respectively, on average, 23.27% and 34.49% in 2017. On average, the 'large' foundations more than adequately achieved the target figure in respect of their supervisory boards.

Taking note of the achieved progress in relation to a balanced m/f distribution expanding the target figure to 'large' foundation does not seem necessary. However, it should be borne in mind that the presented data are about averages. Moreover, the 'large' foundations, although showing a rapid increase, on average, have not yet achieved the target figure of 30% for their boards of directors. For that reason it should be recommended to extend the target figure regulation to 'large' foundations and also to 'large' cooperatives and mutual insurance associations. The latter two legal forms are covered by the law on annual accounts as laid down in Title 9 of Book 2 Civil Code, so that by adjusting Article 2:391 para 7 Civil Code the 'apply-or-explain' mechanism also applies to them. In the case of a foundation this is more complicated as only foundations that maintain one or more enterprises come under Title 9 and moreover, foundations that, by law, must draw up annual accounts equal to annual accounts as per Title 9 are exempt from the scope of that title. Examples of the latter category are care institutions, housing corporations and educational institutions. In the sectoral regulations applicable to these institutions , however, Title 9 of Book 2 Civil Code is quite often held to be applicable. In this context the fact that the Regulation governing reporting WTZi (Entry requirements care institutions Act) since 1 January 2015 no longer refers to Article 2:391 Civil Code merits attention. Consequently, care institutions, by virtue of the sectoral reporting regulations do not need to draw up a directors' report. The researchers recommend that a reference to Article 2:391 Civil Code is laid down again in the Regulation governing reporting WTZi.

Improvement of compliance and effectivity of the statutory target figure?

To improve compliance with the requirement to explain the gender diversity policy that has been carried out or is to be carried out, one could think of the possibility of imposing a fine on the directors and supervisors in case of a breach of this requirement by the company. Some of the countries involved in the comparative law study (Belgium and Germany) have chosen this type of enforcement of the transparency requirements in relation to the gender diversity policy. The researchers were unable to find out to what extent personal fines in these countries have actually contributed to compliance with the transparency requirements. Moreover, it must be borne in mind that in the absence of guidelines setting out the requirements a diversity policy must meet, the possibility of imposing a fine, at best, will be able to improve the formal compliance of the transparency requirements. The researchers, for that reason, refrain from making a recommendation to introduce an enforcement mechanism in the shape of personal fines. The researchers have looked into the possibility of strengthening the role of the accountant by including an assessment framework into the target figure. They doubt whether this step should be taken. The introduction of legal requirements in respect of the gender diversity policy will be experienced by companies as a hefty intervention into their freedom of policy. Moreover, it is doubtful whether the task of assessing the gender diversity policy lies with the accountant. If the act prescribes that long list should contain

a ‘sufficient' number of women, how should an accountant assess whether a ‘sufficient’ number is included in the longlist? Finally, there is a danger that enforcing transparency via the accountant merely leads to ‘box-ticking’.
The researchers fail to see possibilities to improve the role of the GM in the enforcement of the target figure. It is inherent to the ‘apply-or-explain’ character of the target figure that the GM is free to decide whether or not it can live with a given explanation. The researchers recommend to also give the works council a role in addition to the GM in the enforcement of the target figure regulation by introducing a right for the works council to elucidate its point of view on the subject of gender diversity policy at board level at the GM. Because the target figure is not only a matter of corporate governance, but also serves the objective of emancipation it can, according to the researchers, be strongly argued that also employees get to have a say in the participation of women at board level. The role of the works council could be strengthened by making it compulsory for companies covered by the target figure to also report on the current numbers of men and women represented in senior management and the entire workforce. The companies covered by the scope of the target figure can use the published numbers on representation of men and women in the various layers of the business organisation to account for (the results of) their gender diversity policy in respect of the boards of directors and supervisors. It will be more difficult to explain that no women are appointed at board level if they can be found in the layers immediately below this level. In addition, a visible lack of a balanced distribution of men and women in the layers directly below the top can also generate a discussion on this very topic and this could lead to the company approaching the gender diversity policy in respect of the talent pool' for board positions more seriously.

A different approach: flexible target figures or binding quota?

Improving compliance with and effectivity of the target figure is a tall order. Part of the companies covered by the regulation, in particular a number of listed companies, is taking this very seriously and also propagates that they find gender diversity at board important. They are encouraged in this as they are more in the public eye and because (institutional) shareholders draw attention to this subject. Moreover, they regard the issue of a balanced distribution of women and men at board level as one of the aspects that can contribute to better corporate governance. There is, however, also a large group of ‘large’ companies, including even listed companies, that apparently feel less responsibility in respect of achieving a more balanced distribution of men and women in their boards of directors and supervisors. Many of these companies have only one director. Even if they have a supervisory board, then as a rule this is (much) smaller than in the case of listed companies. On top of that there is the problem that some companies operate in a sector where female staff members traditionally are rare. Notwithstanding the observed differences, the companies covered by the target figure are all subjected to the same fixed target figure of 30%, solely on the basis of the size-criterion. Finally, it is problematic

that from the very beginning it has not been clear, whether and if so, within which period this target figure actually should be achieved. The factors mentioned explain, according to the researchers, that a part of the 'large' companies has difficulty with the target figure or even does not take it seriously.
The flexible statutory target figure that was introduced in Germany is interesting in this respect. This serves as an incentive for roughly 3,500 companies covered by this regulation to take responsibility to attain a better gender diversity at the top by setting their own target figure and target date. If this approach turns out tobe effective – which is not clear at this time – then it could be considered to allow 'large' non-listed companies in the Netherlands set their own target figure and date.

The researchers have investigated four binding quota regulations in EU member states. These regulations provide that an appointments contrary to the legally laid down quota are null and void respectively voidable. An analysis of the monitoring research in the countries investigated shows that these regulations are effective in so far as they apply to listed companies. The experiences in France – where the quota also apply to non-listed companies – show that the non-listed companies clearly lag behind the listed companies. It must be noted, moreover, that the quota regulations examined by the researchers do not cover all positions at board level. Roughly speaking, the highest executive positions either fully or partly fall outside the scope of the quota regulations. The representation of women in executive positions not covered by the regulations in the countries investigated clearly lags behind the representation of women in positions that are covered by the quota.
The researchers have doubts about imposing binding quota on the more than 5,000 companies that currently are covered by the target figure. Binding quota will be met with considerable resistance from companies with smaller boards of directors and supervisors that have more difficulty complying with the quota. Also larger family companies are expected to voice objections in respect of binding quota. The infringement that binding quota make on the freedom of enterprise could be restricted by limiting the scope in terms of positions – for the Dutch situation – to members of the supervisory board (and/or the non-executive directors in a one-tier board model). This would be in line with the four examined national quota regulations and the EU draft directive. It could be considered to introduce binding quota in respect of all large public and private limited companies only for members of a supervisory board respectively non-executive directors. These quota should only apply in as far as a company has three or more supervisors or non-executive directors. In addition, for the members of a board of directors respectively executive directors the target figure could continue to apply.
The researchers point to the fact that a binding quota regulation *forces* companies to adopt a 'positive action' policy, raising the question as to which extent this is compatible with the (European) right to equal treatment of men and women. The infringement of

this right by binding quota can be limited by including procedural rules in the quota regulation that the 'positive action' policy must comply with.
The infringement of a binding quota regulation on both the freedom of enterprise and the right to equal treatment could be restricted by:
- allowing the companies covered by the binding quota regulation sufficient time to accommodate the quota (making a distinction between the various categories of companies);
- limiting the period of time during which the binding quota regulation is in force (by inserting a sunset clause in the act).
The researchers wonder if the introduction of a nullity sanction for all companies that are now covered by the target figure regulation will have the desired effect. One could point at the high number of companies in compliance with the limitation regulation, that is also enforced through a nullity sanction and covers all large public and private limited companies (and commercial/semi-public foundations). It could thus be concluded that a nullity sanction enhances compliance with the act – not only for companies with a large circle of shareholders. It is, however, according to the researchers questionable whether this conclusion can be drawn just like that. After all, part II of this research shows that the concentration of supervisory positions prohibited by the limitation regulation was already felt to be undesirable. Thus, the compliance with the limitation regulation cannot simply be credited to the nullity sanction. Definitely of equal importance is the fact that stakeholders themselves do not accept that a large number of supervisory positions at large public and private limited companies, and commercial semi-public foundations is taken up by one person. Stakeholders' research shows that in respect of gender diversity at board level no consensus has (yet) been reached. There are companies that lead the way and that have achieved the target figures for both the board of directors and the supervisory board. However, among the over 5,000 companies covered by the target figure regulation a considerable number of companies can be found that is nowhere near the target figures. Viewed in this light it cannot simply be assumed that all large public and private limited companies will comply with a binding quota regulation.