Evaluatie Wet bestuur en toezicht

- Samenvatting -

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

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

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.