

University of Groningen

Evaluatie Wet bestuur en toezicht

Boschma, H.E.; Lennarts, M.L.; Schutte-Veenstra, J.N.; van Veen, K.

Published in:
Ondernemingsrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Boschma, H. E., Lennarts, M. L., Schutte-Veenstra, J. N., & van Veen, K. (2018). Evaluatie Wet bestuur en toezicht. *Ondernemingsrecht*, 2018(6), 263-279. Artikel 2018/44.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Evaluatie Wet bestuur en toezicht

Ondernemingsrecht 2018/44

In deze bijdrage presenteren de auteurs enkele bevindingen van het door hen verrichte evaluatieonderzoek Wet bestuur en toezicht dat zij in opdracht van het WODC hebben verricht. Een drietal onderwerpen staat daarbij centraal.

Ten eerste het monistische bestuursmodel. Met de wettelijke regeling van dit bestuursmodel werd met name beoogd de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV/BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen te vergroten. Uit het evaluatieonderzoek blijkt dat dit doel is gerealiseerd: 443 uiteenlopende NV/BV's maakten op de peildatum in 2017 gebruik van het monistische bestuursmodel. Met name bij beursvennootschappen geniet dit bestuursmodel een zekere populariteit. Voorts komt uit het evaluatieonderzoek naar voren dat het monistische bestuursmodel in de praktijk grotendeels werkt zoals werd beoogd volgens de wetstheorie. Op enkele punten waar dat niet het geval is, zien de onderzoekers geen noodzaak te voorzien in aanvullende regelgeving.

Het tweede onderwerp betreft de limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders bij grote NV/BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Uit het evaluatieonderzoek blijkt dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd en dat deze algemeen geaccepteerd lijkt te zijn. Wel is er enige aanleiding voor versoepeling van de limiteringsregeling. Met het oog hierop doen de onderzoekers een aantal aanbevelingen waardoor RvC's/RvT's in voorkomende gevallen meer bewegingsruimte hebben eventuele rekruteringsproblemen het hoofd te bieden. Zo wordt aanbevolen bij de benoeming van een voorzitter de wegingsfactor van 2 naar 1.5 terug te brengen, zodat een persoon drie voorzittersfuncties kan vervullen.

Het laatste onderwerp betreft het streefcijfer van ten minste 30% vrouwen en ten minste 30% mannen in de raden van bestuur en commissarissen van grote NV/BV's. Uit het evaluatieonderzoek komt naar voren dat het overgrote deel van de vennootschappen nog geen evenwichtige m/v-verdeling in genoemde organen heeft. Voorts blijkt het lastig de naleving en handhaving van de streefcijferregeling te verbeteren

bij gebreke aan passende sancties. Er is daarom ook rechtsvergelijkend onderzoek verricht waarbij onder meer het alternatief van een bindende quotaregeling in kaart is gebracht. Ook hieraan blijken de nodige haken en ogen te kleven.

1. Inleiding

Op 1 januari 2013 is de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv² (hierna: Wet bestuur en toezicht) in werking getreden. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie toegezegd de wet inclusief de amendementen na drie jaar te evalueren.³ Aanleiding voor de evaluatie was vooral 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 bestuur en toezicht 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 te verrichten. Het evaluatieonderzoek is door de auteurs van dit artikel uitgevoerd in de periode van 15 september 2016 tot 1 september 2017 en spitst zich met name toe op een drietal onderwerpen: (i) het monistische bestuursmodel;⁴ (ii) limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders; (iii) streefcijfer 30% vrouwen en mannen in bestuur en raad van commissarissen.

Op 20 december 2017 heeft de Minister voor Rechtsbescherming het evaluatieonderzoek naar de Voorzitter van de Tweede Kamer gestuurd.⁵ In de begeleidende brief meldt de minister dat de resultaten van het onderzoek worden betrokken bij de nota naar aanleiding van het verslag van het voorstel van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen⁶ en bij de voortgangsbrief over de gelijke kansen van vrouwen op leidinggevende posities van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.⁷ De voortgangsbrief is op 6 maart

2 Stb. 2011, 275.

3 *Handelingen EK* 2010/11, 31763, 28/4.

4 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.

5 *Brief van de Minister voor Rechtsbescherming EK* 2017/18, 31763, E. Het rapport is te raadplegen via: www.wodc.nl/binaries/2730_Volledige_Tekst_tcm28-292352. Het rapport is tevens verschenen in boekvorm: *Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv* (IVO-serie nr. 110), Deventer: Wolters Kluwer 2018, ISBN 978 90 13 14848 0.

6 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2 herdruk.

7 Zoals toegezegd door haar ambtsvoorganger in de brief van 15 december 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 30420, 256 herdruk.

1 Hylde Boschma is als hoogleraar Ondernemingsrecht verbonden aan de sectie Handels- en Arbeidsrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen. Loes Lennarts is als hoogleraar Ondernemingsrecht verbonden aan de Universiteit Utrecht en als hoogleraar Vergelijkend Ondernemingsrecht aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen. Hanny Schutte-Veenstra is redacteur van Ondernemingsrecht. Kees van Veen is managing director van het Institute for Governance and Organizational Responsibility, Faculteit Economie en Bedrijfskunde, Rijksuniversiteit Groningen. De drie eerstgenoemde auteurs zijn verbonden aan het Instituut voor Ondernemingsrecht.

jl. naar de Tweede Kamer gestuurd.⁸ Voormelde nota zal naar verwachting nog in het voorjaar van 2018 verschijnen. In deze bijdrage presenteren de auteurs enkele bevindingen van het evaluatieonderzoek.

2. Deelonderzoek I: Het monistische bestuursmodel in de praktijk

2.1 Onderzoeksvraag en -methoden

In het monistische bestuursmodel wordt het bestuur van een NV of BV gevormd door één of meer uitvoerende bestuurders (ub's) en één of meer niet-uitvoerende bestuurders (nub's). Bestuur en toezicht zijn in één bestuursorgaan verenigd. In de Wet bestuur en toezicht is voor de NV en de BV een wettelijke grondslag en regeling geïntroduceerd voor het monistische bestuursmodel. 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 – naast bestudering van de wetsgeschiedenis, rechtspraak, rechtswenschappelijke literatuur alsmede informatie uit media en praktijk – een tweetal methoden 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). De tweede methode betreft een *kwalitatieve* dataverzameling: er zijn negen interviews afgenomen met bestuurders en *general counsels* van monistische vennootschappen.

2.2 Aantal monistische vennootschappen

Blijkens de KvK-data voorziet het monistische bestuursmodel in maart 2017 bij 443 vennootschappen in een behoefte, onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's. Dit komt neer op ongeveer 0,049% van het totale aantal van 900.611 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 bestuur en toezicht,⁹ terwijl de overige 192 vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 zijn opgericht.

2.3 Nadere typering monistische vennootschappen

2.3.1 Bedrijfsomvang; jaarrekeningcriteria

In het jaarrekeningenrecht worden rechtspersonen naargelang 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. Volgens data van de KvK kwalificeren van de 443 monistische vennootschappen 114 (25,7%) als micro, 121 (27,3%) als klein, 34 (7,7%) als middelgroot en 84 (19%) als

groot. Bij de overige 90 monistische vennootschappen (20,3%) ontbreekt een nadere kwalificatie. Navraag bij de KvK leert dat de verklaring hiervoor is dat ofwel de vennootschap recent is opgericht ofwel voor de vennootschap een zogenoemde instemmings- en aansprakelijkstellingsverklaring als bedoeld in art. 2:403 lid 1 onder b en f BW bij de KvK is gedeponneerd.

2.3.2 Bedrijfsactiviteit; SBI-code

Ieder bedrijf dat zich inschrijft in het handelsregister krijgt een SBI-code.¹⁰ Het begincijfer van elke SBI-code varieert van 0 tot 9. Aan de hand daarvan kan ruwweg worden bepaald wat de activiteit van een bedrijf is. Uit de analyse van de SBI-codes blijkt dat hoewel monistische vennootschappen in alle segmenten vertegenwoordigd zijn, het merendeel van de vennootschappen (274 vennootschappen/61,9%) een SBI-code heeft 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 wier SBI-code begint met een 0 tot 5, 7 tot 9 vertegenwoordigen onder meer de sectoren landbouw, industrie en sport.

2.3.3 Samenstelling bestuur; aantal ub's versus aantal nub's

In de wetstheorie werd ervan uitgegaan dat in de praktijk het aantal nub's vaak het aantal ub's zou overtreffen. De KvK-data laten echter een gevarieerder 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 vennootschappen (24,2%) overtreft het aantal ub's het aantal nub's.

Hieruit volgt dat bij 217 vennootschappen (49%) de nub's niet in de meerderheid zijn en het monistische bestuursmodel bij deze vennootschappen op dit punt niet werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie.

Kijken we meer in het bijzonder naar de categorie structuurvennootschappen en beursgenoteerde vennootschappen dan is de conclusie een andere. Bij alle monistische structuurvennootschappen en bij ruim 90% van de beursgenoteerde monistische vennootschappen¹¹ is sprake van een groter aantal nub's dan ub's.

2.3.4 Eenpersoonsvennootschappen

Uit de KvK-data blijkt dat 144 eenpersoonsvennootschappen (32,5%) met een monistisch bestuursmodel zijn ingeschreven in het handelsregister. Bij 138 vennootschappen is de enig aandeelhouder een rechtspersoon, en bij de overige zes vennootschappen een natuurlijke persoon.

8 Zie www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2018Z03836&did=2018D17928; laatst geraadpleegd op 7 maart 2018.

9 Bij het overgrote deel van deze vennootschappen heeft de keuze voor een monistisch bestuursmodel na 1 januari 2013 plaatsgehad.

10 SBI staat voor Standaard Bedrijfsindeling 2008 en is opgesteld door het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS). Vgl. www.cbs.nl/nl-nl/onze-diensten/methoden/classificaties/activiteiten/standaard-bedrijfsindeling--sbi--/sbi-2008-standaard-bedrijfsindeling-2008.

11 Deze beursvennootschappen pasten derhalve Bpb III.8.4 Corporate Governance Code 2008 toe.

2.3.5 Structuurvennootschappen

De Wet bestuur en toezicht opende voor structuurvennootschappen de mogelijkheid om in het verplichte toezicht te voorzien door middel van een monistisch bestuursmodel. Uit de KvK-data volgt dat van de in totaal 420 structuurvennootschappen vier vennootschappen (0,95%) een monistisch bestuursmodel kennen. De overige 416 structuurvennootschappen (99,05%) zijn uitgerust met een dualistisch bestuursmodel waarin de RvC toezicht uitoefent op het bestuur.

2.3.6 Beursvennootschappen

Beursvennootschappen opteren – in verhouding tot niet-beursgenoteerde vennootschappen – relatief vaak voor een monistisch bestuursmodel. In juli 2017 waren er in totaal 168 Nederlandse beursvennootschappen, waarvan 102 vennootschappen met een primaire Nederlandse notering en 66 vennootschappen met een buitenlandse notering. Van deze 168 beursvennootschappen zijn 44 vennootschappen (ruim 26%) uitgerust met een monistisch bestuursmodel. 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 niet-officiële notering¹² buiten Nederland.¹³ Dit komt neer op een percentage van 50% van het totale aantal beursvennootschappen in den vreemde.¹⁴

2.4 Bestuursmodellen: bestuur mét en zonder toezicht

Er bestaat geen algemene verplichting voor vennootschappen in toezicht op het bestuur te voorzien. Hoewel de Corporate Governance Code ervan uitgaat dat de beursvennootschap een *two-tier board* (TTB) of een *one-tier board* (OTB) heeft ingesteld, is deze daartoe niet wettelijk verplicht. Tijdens het evaluatieonderzoek is de onderzoekers gebleken van in ieder geval drie beursvennootschappen die geen RvC of een OTB hebben ingesteld.

Slechts in bepaalde gevallen verplicht de wetgever vennootschappen in toezicht te voorzien. Zo zijn structuurvennootschappen verplicht een TTB of een OTB in te stellen.¹⁵ Uit de KvK-data blijkt dat 8588 vennootschappen ‘vrijwillig’ in toezicht hebben voorzien, waarvan 8249 hebben gekozen voor een TTB en 439 voor een OTB. Inclusief de structuurvennootschappen hanteren in totaal 8665 vennootschappen een TTB-model, terwijl 443 vennootschappen een OTB-model kennen.¹⁶

De veronderstelling in de wetstheorie dat de Wet bestuur en toezicht niet leidt tot een integrale vervanging van het dualistische bestuursmodel door een monistisch bestuursmodel bij Nederlandse vennootschappen, is derhalve juist gebleken.

Tot slot: het overgrote deel van de vennootschappen – te weten 891.503 vennootschappen – kent een bestuur zonder toezicht (BZT). In het BZT-model heeft de vennootschap statutair niet in toezicht voorzien via een TTB of een OTB. 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.

2.5 Keuze monistische bestuursmodel

Wat maakt nu dat vennootschappen kiezen voor een OTB? Uit de interviews komen uiteenlopende motieven naar voren.¹⁷ Zo wordt erop gewezen dat het OTB-model een internationaal bekend bestuursmodel is, waardoor aan buitenlandse aandeelhouders en bestuurders een herkenbare en vertrouwde omgeving kan worden geboden. Bij familievennootschappen wordt de OTB ingezet om leden van de familie/groootaandeelhouders als nub nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken. *Private equity*-investeerdere stipuleren 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 OTB.¹⁸ 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, omdat zij bijvoorbeeld een *ruling* wenst te sluiten met de Belastingdienst. 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.”¹⁹

In het vraag- en antwoordbesluit DGB 2014/3102 wordt een nadere uitleg gegeven van de *substance*-vereisten, waarbij met name vraag 11 voor de OTB 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 nub's evenals commissarissen niet worden meegewogen bij de beoordeling of wordt voldaan aan de eis dat ten minste de helft van de statutaire en beslissingsbevoeg-

12 Dat wil zeggen vennootschappen wier aandelen zijn toegelaten tot de handel op een geregelende markt of een daarmee vergelijkbaar systeem of toegelaten zijn tot de handel op een multilaterale handelsfaciliteit of een daarmee vergelijkbaar systeem.

13 De in par. 2.3.6 vermelde aantallen zijn mede gebaseerd op gegevens die aan de onderzoekers ter beschikking zijn gesteld door Eumedion.

14 Zie over de keuze van Nederlandse vennootschappen met een buitenlandse notering voor een OTB: W.J.L. Calkoen, ‘One-Tier Board: een empirisch onderzoek’, *Ondernemingsrecht* 2014/4; A.A. Bootsma & J.B.S. Hijink, ‘De beurs-NV in den vreemde’, *Ondernemingsrecht* 2014/15.

15 Een ander voorbeeld is art. 3:19 Wft dat banken en verzekeraars verplicht om te voorzien in een RvC.

16 Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de keuze voor een OTB exclusief werkt. Een NV of BV die statutair een OTB kent, kan dit niet combineren met een RvC (art. 2:140/2:250 lid 1 eerste volzin BW).

17 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek I, par. 3.3.3.

18 De hiernavolgende informatie inzake *substance*-vereisten is aan de onderzoekers verstrekt door Houthoff.

19 Zie de laatste pagina van beleidsbesluit DGB2014/3099 en DGB2014/3101.

de bestuursleden in Nederland woont of feitelijk is gevestigd. Dit brengt mee dat een Nederlandse vennootschap waarvan de OTB bestaat uit bijvoorbeeld één ub die in Nederland woont of feitelijk is gevestigd en twee nub's die niet NL *tax residents* zijn, aan voormeld *substance*-vereiste voldoet. Zou daarentegen worden gekozen voor een TTB of een BZT waarin deze twee niet NL *tax residents als bestuurder* participeren, dan wordt niet (meer) aan dit *substance*-vereiste voldaan.

Tot slot: de keuze voor een monistisch bestuursmodel staat niet open voor banken en verzekeraars, omdat art. 3:19 lid 1 Wft vereist dat zij een RvC instellen. In navolging van Calkoen²⁰ menen de onderzoekers dat ook banken en verzekeraars moeten kunnen opteren voor een one-tier board.

2.6 Ervaringen geïnterviewden met het monistische bestuursmodel

Er zijn 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 respectievelijk familievennootschappen.²¹ Zij zijn bevraagd over de keuze voor de OTB alsmede de wijze waarop dit model is ingericht en functioneert in hun vennootschap. Ook is gevraagd naar hun ervaringen met de OTB (voor- en nadelen, neveneffecten). 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 ervaringen van de gebruikers met de OTB.

Opvallend was dat de inrichtingsvrijheid met name was aangewend om de positie van de nub's bij de besluitvorming door het bestuur te verstevigen. In de statuten zijn voorzieningen opgenomen die varieerden van het toekennen van een doorslaggevende stem aan de voorzitter indien de stemmen staken tot een instemmingsrecht van de meerderheid van de nub's respectievelijk een specifieke nub bij bepaalde bestuursbesluiten.

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.

Het overgrote deel van de in de interviews betrokken vennootschappen (7) heeft gebruikgemaakt van de faciliteit van art. 2:129a/2:239a lid 3 BW om in de statuten of een bestuursreglement de besluitvorming te delegeren aan een deel van het bestuur.

Voorts kwam uit de interviews naar voren dat het voordeel van de OTB 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 in de interviews betrokken vennootschappen zijn bij de introductie van de OTB en/of later niet met onverwachte neveneffecten geconfronteerd. Ook heeft de invoering van een OTB 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.

2.7 Wetstheorie versus praktijk

Uit het evaluatieonderzoek blijkt dat de OTB in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie.²² Op enkele punten is dat niet het geval. Zo overtreft blijkens de KvK-data slechts bij 51% van de vennootschappen het aantal nub's het aantal ub's. De onderzoekers zien geen noodzaak voor de wetgever te voorzien in aanvullende regelgeving. De vennootschappen waar de nub's getalsmatig niet in de meerderheid zijn betreffen vooral middelgrote, kleine en microvennootschappen die op 'vrijwillige' basis hebben voorzien in toezicht door te opteren voor een OTB. Belangrijker echter is de notie 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 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 bijvoorbeeld meervoudig stemrecht en het staken van stemmen.

Een ander punt waar de wetstheorie niet geheel overeenstemt met de praktijk is dat het voorzitterschap van het bestuur exclusief voorbehouden zou moeten zijn aan een nub, aldus art. 2:129a/2:239a lid 1 zin 3 BW. In de MvT werd in dit verband gewezen op de in het Verenigd Koninkrijk 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.”²³

20 Vgl. 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. EUR) (IVO-serie deel 85), Deventer: Kluwer 2012.

21 De interviews zijn afgenomen op basis van een semigestructureerde vragenlijst. Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek I, par. 3.3 voor een integraal verslag van de uit de interviews blijkende bevindingen.

22 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek I, par. 3.5.

23 MvT, *Kamerstukken II 2008/09*, 31763, 3, p. 16.

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.²⁴ 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.

Wel verdient het aanbeveling art. 2:129a/2:239a BW te verduidelijken, nu de huidige formulering ruimte geeft voor de onjuiste uitleg dat het voorzitterschap van het bestuur opgedragen kan worden aan een derde die geen lid van het bestuur is. Bij één van de in de interviews betrokken vennootschappen is van deze onjuiste uitleg uitgegaan. Ter voorkoming van misverstanden dient in de wet geëxpliciteerd te worden dat het bestuur²⁵ een nub als voorzitter aanwijst.

2.8 Doelstellingen behaald?

Met de regeling van het monistische bestuursmodel in de Wet bestuur en toezicht 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 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 NV's en BV's in een behoefte. Onder de monistische vennootschappen bevinden zich grote, middelgrote, kleine en microvennootschappen. Ook een viertal structuurvennootschappen heeft geopteerd voor een one-tier board. Voorts geniet het monistische bestuursmodel een zekere populariteit bij beursvennootschappen: in juli 2017 waren 44 Nederlandse beursvennootschappen – dat is ruim 26% van het totale aantal beursvennootschappen – uitgerust met een monistisch bestuursmodel.

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/groootaandeelhouders als niet-uitvoerende bestuurder nauw bij het bestuur van de vennootschap te betrekken.

24 Vgl. Riens Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2016', *Ondernemingsrecht* 2016/96 en A.A. Bootsma, 'De voorzitter van de one-tier board als dwaallicht', *Ondernemingsrecht* 2016/108 (p. 533-534).

25 Uiteraard kan de aanwijzingsbevoegdheid statutair aan anderen, bijvoorbeeld de AV of de niet-uitvoerende bestuurders, worden toegekend.

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. Deelonderzoek II: limiteringsregeling toezichthoudende functies

3.1 Onderzoeksvraag en -methoden

Deelonderzoek II richt zich op de limiteringsregeling voor toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en commerciële/semi-publieke stichtingen.²⁶ Sinds 1 januari 2013 geldt voor deze grote rechtspersonen een maximumaantal van vijf door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties, waarbij een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan dubbel telt.²⁷ Voor bestuurders geldt een maximumaantal van twee toezichtfuncties.²⁸ Een voorzitter van een toezichthoudend orgaan kan echter niet tot bestuurder worden benoemd. Van belang is dat de limitering van functies uitsluitend wordt toegepast op het moment van (her)benoeming.²⁹ De sanctie op schending van de limiteringsregeling is nietigheid van de benoeming van de desbetreffende functionaris. Deze nietigheid heeft echter geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan de quasi-bestuurder of -commissaris/toezichthouder heeft deelgenomen.

De centrale vraag van dit deel van het evaluatieonderzoek betrof de achtergrond, doeleinden, effectiviteit en eventuele neveneffecten van de limiteringsregeling. Uiteindelijk diende de vraag te worden beantwoord of, en zo ja, in welke mate met de introductie van de limiteringsregeling de beoogde doeleinden zijn bereikt.

Ter beantwoording van deze vraag hebben de onderzoekers in de eerste plaats een juridisch-theoretische onderzoeksmethodologie gebruikt, dat wil zeggen bestudering van wetsgeschiedenis, regelgeving, rechtspraak en rechtsgeleerde literatuur. Daarnaast is gebruikgemaakt van een empirische methodologie. Niet alleen zijn KvK-data over de bezetting van toezichtfuncties bij grote NV's, BV's en stichtingen verzameld en geanalyseerd, maar ook zijn ervaren

26 Vgl. art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW.

27 Met de term commissaris wordt bedoeld op een commissaris bij een TTB of een niet-uitvoerend bestuurder (non-executive) bij een OTB (art. 2:142a/2:252a lid 2 onder d BW). Verder wordt met een commissaris gelijkgesteld een lid van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld (art. 2:132a/2:242a lid 2 onder a, art. 2:142a/2:252a lid 2 onder a BW en art. 2:297a/2:297b lid 3 onder a BW). Denk hierbij aan een raad van toezicht bij een woningcorporatie of een zorginstelling.

28 Met de term bestuurder wordt bedoeld op een formele of statutaire bestuurder bij een TTB of een uitvoerend bestuurder (executive) bij een OTB (art. 2:132a/2:242a lid 2 onder d en art. 2:297a lid 2 onder a BW).

29 Er gelden twee uitzonderingen op de limiteringsregeling: (i) benoemingen bij verschillende grote rechtspersonen die deel uitmaken van dezelfde groep als bedoeld in art. 2:24b BW tellen als één functie; (ii) een tijdelijke aanstelling van een bestuurder of commissaris door de OK (art. 2:349a lid 2 of art. 2:356 onder c BW) in het kader van de enquêteprocedure telt niet mee.

experts in de executive search branche geïnterviewd op basis van een semigestructureerde vragenlijst.³⁰

3.2 Aanleiding voor introductie van de limiteringsregeling

De limiteringsregeling berust op een amendement van het Kamerlid Irrgang. Met de introductie van de limiteringsregeling werden de volgende drie doeleinden beoogd:³¹

(i) Het waarborgen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij grote entiteiten.

Wanneer personen grote portefeuilles van toezichtfuncties opbouwen, is er een gerede kans dat 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. Enkele voorbeelden hiervan zijn Vestia, Rochdale, Inholland en Meavita.

(ii) Het leveren van een bijdrage aan het doorbreken van het zogenoemde 'old-boys-network'.

Gedurende lange tijd bestond 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.

(iii) Het voorkomen van belangenverstremming.

De onder (ii) genoemde concentratie brengt (de schijn van) belangenverstremming met zich. Doordat een kleine groep personen een groot aantal functies combineert, wordt de kans op belangenverstremming groter geacht. Deze redenering is daarmee een afgeleide van het doeleinde van het doorbreken van het 'old-boys-network'.

3.3 Toepassingsgebied limiteringsregeling

Voor de toepasselijkheid van de limiteringsregeling is niet alleen de rechtsvorm van de entiteit van belang maar ook de grootte ervan. Wat betreft de rechtsvorm ziet de limiteringsregeling alleen op de 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.³² Gelet op het belang van goed bestuur en toezicht werd het wenselijk geacht een limiteringsregeling voor alle kapitaalvennootschappen in te voeren. Omdat de problemen betreffende de kwaliteit van bestuur en toezicht zich niet beperken tot de private sector, maar ook voorkomen in de semipublieke sector werd het toepassingsgebied van de limiteringsregeling uitgebreid tot stichtingen.³³

Voor een stichting geldt als aanvullende voorwaarde dat deze bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen, die gelijk – een commerciële stichting – of gelijkwaardig – een semipublieke stichting – is aan een jaarrekening als bedoeld in Titel 9 van Boek 2 BW.³⁴ Bij semipublieke stichtingen kan worden gedacht aan woningbouwcorporaties, pensioenfondsen en zorg- en onderwijsinstellingen.³⁵ Achtergrond van het stellen van deze aanvullende voorwaarde was de wens stichtingen met een charitatieve, culturele, wetenschappelijke of kerkelijke doelstelling uit te sluiten van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling.³⁶

De limiteringsregeling is niet van toepassing op de overige rechtspersonen: coöperatieve vereniging, formele vereniging en onderlinge waarborgmaatschappij (OWM).³⁷ Dit aspect van de limiteringsregeling is bij haar totstandkoming niet of nauwelijks aan de orde gekomen.

Slechts grote NV's, BV's en stichtingen vallen onder het toepassingsgebied van de limiteringsregeling. Voor de kwalificatie groot is aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria van art. 2:397 lid 1 en 2 BW.³⁸ Niet is gekozen voor de criteria van de structuurregeling, omdat deze regeling uitsluitend geldt voor grote NV's, BV's en coöperaties.³⁹ Voordeel van aansluiting bij de bestaande jaarrekeningcriteria is dat de uitwerking ervan grotendeels bekend was.⁴⁰ Met het grootte-criterium werd beoogd een kwaliteitsslag in het toezicht te maken, waarbij een voldoende tijdsbesteding werd gezien als kwaliteit.⁴¹ De beperking van deze kwaliteitsslag tot grote entiteiten wordt niet of nauwelijks gemotiveerd.⁴² Mogelijk heeft het te maken met de grotere maatschappelijke impact van deze entiteiten of een veronderstelde grotere tijdsbesteding van functionarissen bij deze grote entiteiten.

Is er aanleiding het toepassingsgebied van de limiteringsregeling uit te breiden tot andere grote rechtspersonen? Uit de door de KvK verstrekte gegevens blijkt van een gering 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 een daarmee gepaard gaand gering aantal toezichtfuncties (in 2017: 287 ten opzichte van 6.169 bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen). Bovendien was bij deze overige grote rechtspersonen nauwelijks sprake van een cumulatie van toezichtfuncties (maximaal twee toezichtfuncties).⁴³

34 Vgl. art. 2:297a lid 1 BW.

35 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 4.2.3.

36 Vgl. *Kamerstukken II* 2011/12, 32873, 5 (NV II), p. 7 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32873, 22 (Verslag II), p. 19.

37 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 2.5.2.

38 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 4.1.

39 Een overeenkomstige toepassing van de structuurcriteria op de stichting – denk aan vervanging van de kapitaal-eis door een eigen vermogen-eis – is niet overwogen. Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 2.5.3.3.

40 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, zie par. 4.4.

41 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 4.2.1.

42 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 2.5.3.1.

43 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 7.3.2.4.

30 Zie voor de namen van de geïnterviewde experts: Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 7.4.2.

31 Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 31763, 20.

32 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 2.3.1.

33 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 2.5.1; amendement.

Uit het voorgaande is de conclusie getrokken dat er geen aanleiding is tot uitbreiding van het toepassingsgebied van de limiteringsregeling met deze overige grote rechtspersonen.

3.4 Algemene versus sectorale limiteringsregelingen

Na de totstandkoming van de algemene limiteringsregeling in Boek 2 BW zijn er afwijkende sectorale limiteringsregelingen ingevoerd voor enerzijds pensioenfondsen en anderzijds significante banken en beleggingsondernemingen.

De eigen regeling voor pensioenfondsen⁴⁴ kwam voort uit het signaleren van een tweetal knelpunten bij toepassing van de algemene limiteringsregeling op pensioenfondsen. Het eerste knelpunt was dat deze onnodig belastend is voor pensioenfondsen, omdat zij geen rekening houdt met de diversiteit in grootte van deze fondsen. Het tweede knelpunt is dat de algemene limiteringsregeling geen limiet stelt aan het aantal te combineren bestuursfuncties, terwijl het juist in de pensioensector gebruikelijk is dat één persoon verschillende bestuursfuncties combineert.⁴⁵

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). Het tijdsbeslag dat gemoeid is met het uitoefenen van een bestuurs- of een toezichtfunctie krijgt daarmee een eigen weging 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.⁴⁶

De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen is gebaseerd op Europese regelgeving, in het bijzonder art. 91 lid 2-6 CRD IV.⁴⁷ 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.⁴⁸

De hoofdregel van de CRD IV-limiteringsregeling is dat alle leden van het leidinggevende orgaan⁴⁹ genoeg tijd aan de vervulling van hun taken in de entiteit besteden.⁵⁰ Meer specifiek mogen personen tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van functies vervullen: (i) één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties; of (ii) vier niet-uitvoerende bestuursfuncties. Een bestuurder mag daarom niet nog een andere bestuursfunctie vervullen⁵¹ maar wel twee toezichtfuncties.⁵²

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 stichtingen, maar ook bij micro, kleine en middelgrote NV's, BV's en stichtingen en tevens bij co-operaties, OWM's, formele verenigingen, publiekrechtelijke rechtspersonen en buitenlandse⁵³ rechtspersonen. Daarbij is onduidelijk of functies in een raad van toezicht meetellen, omdat de CRD IV-limiteringsregeling slechts spreekt van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders en van commissarissen.⁵⁴

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: deze speelt een rol bij de toetsing van de geschiktheid van bestuurders en commissarissen.⁵⁵

De drie limiteringsregelingen kennen overeenkomsten maar ook (veel) verschillen. In tabel 1 wordt hiervan een kort overzicht gegeven.

44 Vgl. art. 106a Pensioenwet en art. 110ca Wet verplichte beroeps pensioenregeling; inwerkingtreding 1 juli 2014.

45 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.1.1.

46 Zie Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.1.2 voor de uitwerking van dit wegingssysteem.

47 CRD IV staat voor Capital Requirements Regulation (Verordening (EU) nr. 648/2012) and Capital Requirements Directive IV (Richtlijn 2013/36/EU). De nationale uitvoering heeft plaatsgevonden bij Wet van 25 juni 2014 (Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten), *Stb.* 2013, 253 en bij Besluit van 15 juli 2014 (Implementatiebesluit richtlijn en verordening kapitaalvereisten), *Stb.* 2014, 303; inwerkingtreding 1 augustus 2014. Voor significante banken is de limiteringsregeling 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 gedragtoezicht financiële ondernemingen Wft.

48 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.2.2.

49 Een definitie van leidinggevend orgaan geeft art. 3 lid 1 sub 7 CRD IV: "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 leidinggevende orgaan bestuurs- en/of toezichtfuncties kunnen vervullen. Zie ook art. 3:8 lid 3 onder c Wft en art. 4:9b lid 1 onder c Wft.

50 Vgl. art. 91 lid 2 CRD IV.

51 Dit is anders indien de bestuursfuncties worden vervuld binnen dezelfde groep; art. 91 lid 4 onder a CRD IV.

52 Zie Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.2.4 voor de verdere uitwerking.

53 Vgl. art. 91 CRD IV en overweging 58 van de Preamble, waarin van 'entiteiten' wordt gesproken.

54 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.2.3.

55 Ook kunnen toezichthouders DNB en AFM een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen bij overschrijding van het aantal bestuurs- en toezichtfuncties. Vgl. *Kamerstukken II* 2013/14, 33849, 3 (MvT), p. 39.

56 Hierbij dient te worden aangetekend dat de functie van niet-uitvoerende bestuurder (OTB) wordt aangemerkt als een bestuursfunctie. Zie Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.1.2.

57 Hierbij is onduidelijk of het lidmaatschap van een raad van toezicht meetelt.

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 5 toezichtfuncties	Maximaal 1 fte aan toezichtfuncties ⁵⁶	Maximaal 4 niet-uitvoerende bestuursfuncties ⁵⁷
Onderscheid lid orgaan – voorzitter	Ja, dubbel telling 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: geschiktheidsstoetsing

Het naast elkaar bestaan van algemene en sectorale limiteringsregelingen kent voor- en nadelen. Een voordeel van een sectorale limiteringsregeling is dat deze is toegesneden op de tot deze sector behorende entiteiten. Een nadeel is dat de samenloop van de diverse limiteringsregelingen voor personen die bestuurs- of toezichtfuncties ambiëren in verschillende sectoren waarvoor afwijkende limiteringsregelingen gelden, een complexe puzzel kan zijn.⁵⁸ Bij een verkeerde inschatting is er het risico van een nietige benoeming (of een bestuursrechtelijke sanctie). Het verdient daarom aanbeveling enkele onduidelijkheden weg te nemen.⁵⁹

⁵⁸ Zie Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.4.

⁵⁹ Bijvoorbeeld dat ter uitvoering van art. 3 lid 1 sub 7 CRD IV wordt bepaald dat voor de toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling de functie van lid van een raad van toezicht meetelt en dat ter uitvoering van de in art. 91 lid 5 CRD IV opgenomen uitzondering voor functies in een 'organisatie die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreeft' een nadere definitie wordt gegeven van een dergelijke organisatie. Zie Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 5.2.2.3 en par. 5.2.2.4.

3.5 Effecten limiteringsregeling op de concentratie van toezichtfuncties

Onderzocht is in welke mate de limiteringsregeling heeft geleid tot een afname van concentraties in toezichtfuncties bij een kleine groep toezichthouders (doeleinden (ii) en (iii)). Voor het krijgen van zicht op deze kwantitatieve effecten van de limiteringsregeling heeft de KvK longitudinale gegevens van alle toezichthouders van de rechtspersonen die onder de limiteringsregeling vallen 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.

Het aantal rechtspersonen dat in 2012 (fictief) onder de limiteringsregeling viel bedroeg 3.541, bestaande uit 454 NV's (12,57%), 2.862 BV's (0,37%) en 226 stichtingen

(0,12%).⁶⁰ In 2017 waren deze getallen opgelopen tot 4.261 rechtspersonen, bestaande uit 479 NV's (11,98%), 3.368 BV's (0,38%) en 414 stichtingen (0,19%). Ook het aantal toezichtfuncties steeg navenant. In 2012 waren er 5.122 toezichtfuncties die werden vervuld door 4.104 personen en in 2017 6.169, vervuld door 5.057 personen; een groei van 20,4%.

Op de peildatum in 2012 bleek nauwelijks sprake te zijn van een concentratie van grote aantallen toezichtfuncties; bij slechts dertien personen deed zich een overschrijding van het (dan nog fictieve) maximumaantal van vijf toezichtfuncties voor.⁶¹ Op de peildatum in 2017 overschreed geen enkele persoon de limiet van vijf toezichtfuncties.⁶² Slechts twaalf personen vervullen het toegestane maximumaantal van vijf toezichtfuncties. Bij het voorgaande past een kanttekening. Doordat niet bekend is wie een voorzittersfunctie vervult – dit wordt door de KvK niet geregistreerd – is het mogelijk dat op dat punt wel sprake is van afwijkingen van de limiteringsregeling.⁶³

De conclusie luidt enerzijds dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd en anderzijds dat op het moment van invoering van de limiteringsregeling deze een al bestaande ontwikkeling bevestigde. Met andere woorden, de dichtheid van het 'old-boys-network' was na een al jaren daarvoor ingezette dalende trend in 2012 niet groot meer en nam in de periode van 2012-2017 nog verder af.

3.6 Effecten limiteringsregeling op de kwaliteit van bestuur en toezicht

Vervolgens is onderzocht of de limiteringsregeling effect heeft gehad op de kwaliteit van bestuur en toezicht (doelinde (i)). Aantasting van deze kwaliteit is mogelijk wanneer personen te grote portefeuilles aan toezichtfuncties opbouwen en zo te weinig tijd en aandacht per toezichtfunctie overhouden (zogenoemde 'busy' of 'overboarded directors'). Het limiteren van het aantal toezichtfuncties kan echter rekruteringsproblemen opleveren, wanneer ervan uit wordt gegaan dat de poule van personen met

'buitengewone kwaliteiten/profielen' beperkt is, en kan aldus leiden tot kwaliteitsproblemen. Teneinde na te gaan of zich ten gevolge van de invoering van de limiteringsregeling eventuele veranderingen in de rekruteringsprocessen hebben voorgedaan, hebben interviews met experts uit de executive search branche plaatsgevonden. Doordat zij tientallen rekruteringstrajecten per jaar doorlopen en de invoering van de limiteringsregeling hebben meege maakt, kunnen zij een goed beeld geven van de recente trends.⁶⁴

Uit de interviews kwam naar voren dat er sprake is van een voortschrijdend professionaliseringsproces van de functie van commissaris/toezichthouder. Qua inhoud en gewicht zijn toezichtfuncties aanzienlijk zwaarder geworden. Ook zijn de verwachtingen zowel binnen de RvC's/RvT's als van externe belanghebbenden gestegen. De gevraagde tijdsbesteding is 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/toezichthouders ontstaan. Door dit professionaliseringsproces is de tijdsbesteding van de individuele commissaris/toezichthouder een integraal onderdeel geworden van niet alleen de rekrutering⁶⁵ van nieuwe leden voor RvC's/RvT's, maar ook van de zelfevaluatie van deze raden. De limiteringsregeling heeft hierbij een signaalfunctie vervuld. De normen van de limiteringsregeling worden in grote lijnen onderschreven. Slechts in incidentele gevallen werken de normen averechts uit, vooral in de top van de markt. Er zijn voorbeelden waarin een persoon meer toezichtfuncties aankan en door de limiteringsregeling gedwongen wordt deze te weigeren. Dit betreft echter een hele kleine groep van personen.

3.7 Conclusie en aanbevelingen

Uit het evaluatieonderzoek blijkt dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd en dat deze algemeen geaccepteerd lijkt te zijn. Dat een limiet wordt gesteld aan het aantal door een persoon te vervullen toezichtfuncties past binnen het al langer gaande proces van professionalisering van het toezicht. Mede naar aanleiding van de interviews met de experts uit de executive branche is er wel enige reden voor versoepeling van de limiteringsregeling.

Het blijkt dat het vervullen van een vacature voor een voorzitter van het toezichthoudende orgaan bij de allergrootste entiteiten – het topje van de piramide – een vrij lastig traject is.⁶⁶ Bij dit rekruteringsprobleem spelen naast de limiteringsregeling overigens ook andere factoren een rol, zoals

60 De percentages zijn gerelateerd aan het totale aantal NV's, BV's en stichtingen.

61 Uit de door de KvK aangeleverde gegevens is op te maken dat er in 2012 27 personen (0,66%) waren met meer dan vijf toezichtfuncties. Bij een nadere visuele inspectie van de portefeuilles van deze personen bleek dat veertien van de 27 personen toezichtfuncties vervullen bij in een groep verbonden rechtspersonen, waarvoor de limiteringsregeling een uitzondering kent. Vgl. art. 2:132a lid 2 onder b, 2:142a lid 2 onder b, 2:242a lid 3 lid 2 onder b, 2:252a lid 2 onder b, 2:297a lid 3 onder b, 2:297b lid 2 onder b BW.

62 Uit de door de KvK aangeleverde gegevens is op te maken dat in 2017 het aantal personen met meer dan vijf toezichtfuncties is gedaald tot dertien personen (0,26%). De portefeuilles van deze dertien personen bestaan echter uit toezichtfuncties binnen een groep van rechtspersonen en vallen dus binnen de door de limiteringsregeling gestelde grenzen.

63 Eerder onderzoek van het SEOR naar de semipublieke sector laat voor dit deel van de markt zien dat dit niet waarschijnlijk is. 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 de vraag naar en het aanbod van toezichthouders in de semipublieke sector.

64 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 7.4.

65 De rekrutering van nieuwe commissarissen/toezichthouders is een geïnstitutionaliseerde en geformaliseerde wervingsactiviteit geworden. Search bureaus organiseren met RvC's/RvT's rekruteringsprocedures waarin met behulp van een aantal stappen een nieuw lid wordt benoemd. Binnen dit rekruteringsproces spelen de door de limiteringsregeling aangebrachte grenzen een duidelijke en belangrijke rol.

66 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 6.4.2, par. 7.4.5 en par. 8.5.2.2.

dat er hoge eisen worden gesteld aan de persoon die een voorzittersfunctie gaat vervullen. Deze persoon dient niet alleen een uitgebreide en recente ervaring te hebben op een hoog bestuursniveau, maar ook een bewezen ervaring in toezichtfuncties.

Omdat er algemene overeenstemming bestaat over de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie, is een gelijk-schakeling van de wegingsfactor van de functie van gewoon lid en die van voorzitter van een toezichthoudend orgaan geen optie. Om in specifieke situaties meer ruimte te bieden bij de benoeming van een voorzitter wordt voorgesteld de wegingsfactor van 2 naar 1.5 terug te brengen,⁶⁷ zodat een persoon drie voorzittersfuncties kan vervullen wat ten koste gaat van een extra toezichthoudende functie (immers drie voorzittersfuncties staan gelijk aan 4.5 toezichtfuncties).⁶⁸

Een andere aanbeveling is 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 – beide functies worden bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting vervuld – geoorloofd is. De achtergrond van deze voorgestelde aanpassing is dat gelet op de wettelijke formulering⁶⁹ de volgtijdelijkheid van de benoeming tot voorzitter respectievelijk tot bestuurder beslissend is voor de vraag of al dan niet sprake is van schending van de limiteringsregeling en dus van een nietige of rechtsgeldige benoeming. Dit kan niet zo bedoeld zijn. In beide situaties is de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert immers gelijk, waardoor beide situaties onder de limiteringsregeling ook gelijk behandeld zouden moeten worden. Aanpassing van de wettekst op dit punt is mede aangewezen doordat de huidige formulering in de praktijk tot een ongewenst geachte verwarring heeft geleid.⁷⁰

Ook is een aanpassing van de wettekst gewenst in die zin dat een (uitvoerende) bestuursfunctie met maximaal twee 'gewone' toezichtfuncties (als commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of toezichthouder) kan worden gecombineerd. Ook op dit punt moet de volgtijdelijkheid van de diverse benoemingen geen rol spelen.

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.

67 Vgl. Goos Minderman, 'Versoepel maximum voor aantal voorzitterschappen van raad van toezicht', *FD* van 12 september 2016.

68 Zie voor de nadere redengeving: Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 6.4.2.

69 Vgl. art. 2:132a lid 1 onder b BW: "Tot bestuurder [...] kunnen niet worden benoemd [...] personen die voorzitter zijn [...]".

70 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek II, par. 7.4.5.

4. Deelonderzoek III: streefcijferregeling

4.1 Onderzoeksvraag en -methoden

Onderwerp van deelonderzoek III is de streefcijferregeling die is opgenomen in art. 2:166/2:276 BW.⁷¹ Met deze regeling wordt beoogd een evenwichtige verdeling over vrouwen en mannen te bereiken van de zetels in de besturen en raden van 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').

Deelonderzoek III 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 gebruikgemaakt van de resultaten van reeds verricht kwalitatief en kwantitatief onderzoek, met als voornaamste bron de Bedrijvenmonitor,⁷² 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.

71 Deze regeling is op 1 januari 2016 vervallen. Op 13 april 2017 is de wet in werking getreden waarbij de werking van de streefcijferregeling is verlengd tot 1 januari 2020 (*Stb.* 2017, 68 en *Stb.* 2017, 118).

72 De Bedrijvenmonitor 2016 is te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2016/12/15/kamerbrief-over-vrouwen-naar-de-top. Op 6 maart 2018 (na afronding van het evaluatieonderzoek) verscheen de Bedrijvenmonitor 2017. Deze is te raadplegen via www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/03/06/reactie-minister-van-engelshoven-op-bedrijvenmonitor-topvrouwen.

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).

4.2 Achtergrond en doeleinden streefcijferregeling

De streefcijferregeling berust op een amendement van de Kamerleden Kalma, Van Vroonhoven-Kok en Weekers.⁷³ Uit een analyse van de summere 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.⁷⁴ 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.⁷⁵

4.3 Onduidelijkheden en aandachtspunten bij de toepassing van het streefcijfer in de praktijk

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 ervan 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.⁷⁶

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 HvJ EU 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.⁷⁷ De onderzoekers vragen aandacht voor het feit dat onzekerheid met betrekking tot de toelaatbaarheid van voorkeursbeleid vennoot-

73 Kamerstukken II 2009/10, 31763, 8 en Kamerstukken II 2009/10, 31763, 14.

74 Kamerstukken II 2015/15, 34435, 5, p. 7.

75 Kamerstukken I 2015/16, 34435, 5, p. 4-5.

76 Vgl. J.H. Bennaars & I. Zaal, 'Arbeidsrechtelijke consequenties van het wetsvoorstel bestuur en toezicht', TAO 2012, p. 23.

77 Zie voor een bespreking van de verschillende standpunten: Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 3.4.1.

schappen 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 managementfuncties. In Duitsland geldt voor de hoogste twee managementlagen onder het bestuur een flexibele streefcijferregeling.⁷⁸ 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 eronder 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)?

4.4 Sanctie en naleving

Als het streefcijfer niet is gehaald en 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.⁷⁹

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.⁸⁰ Deze bevinding is bevestigd in de stakeholdersgesprekken die de onderzoekers hebben gevoerd.⁸¹

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 hij niet afdwingen dat de uitleg wordt verbeterd.⁸²

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.

4.5 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

⁷⁸ Zie voor de bespreking van deze regeling: Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 5.2.2.

⁷⁹ Zie art. 2:447 BW jo. art. 2:448 BW.

⁸⁰ Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.6. en par. 6.3.1.2.

⁸¹ Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.3.2.3.

⁸² Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.3.2.3.

van commissarissen aan het streefcijfer.⁸³ 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.⁸⁴ 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.⁸⁵ Uit de Female Board Index 2016⁸⁶ blijkt dat 23 van de 83 in de index opgenomen vennootschappen niet één vrouwelijke bestuurder of commissaris heeft.⁸⁷ 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.⁸⁸

4.6 *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%.⁸⁹

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 2017.⁹⁰ 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.

4.7 *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 transparantieplichtingen met betrekking tot het m/v-diversiteitsbeleid.⁹¹ De onderzoekers hebben niet kunnen achterhalen in hoeverre persoonlijke boetes in deze landen daadwerkelijk hebben bijgedragen aan de naleving van de transparantieplichtingen. 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

83 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.1.1, figuur 6.

84 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.1.1.

85 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.2.1, tabel 2.

86 Op 1 september 2017 (na afronding van het evaluatieonderzoek) is de Female Board Index 2017 verschenen. Deze is (evenals de eerder edities van de Female Board Index) te raadplegen via www.tias.edu/dossiers/detail/female-board-index.

87 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.1.1.

88 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.4.

89 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.3, figuur 7.

90 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 6.2.4, tabel 5.

91 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 5.2.1.3 (België) en par. 5.2.2.3 (Duitsland).

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 thuishoort 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.⁹²

4.8 *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.⁹³ 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.

In Duitsland geldt naast de flexibele streefcijferregeling voor 'grote' beursvennootschappen een bindende quotaregeling. De onderzoekers hebben naast beide Duitse regelingen ook de bindende quotaregelingen in België, Frankrijk en Italië en de concept streefcijferrichtlijn van de EU onderzocht. In tabel 2 zijn de resultaten van dit onderzoek schematisch weergegeven.

92 Zie voor de volledige onderbouwing van deze suggestie: Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 7.7.3.

93 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 5.2.2.

Tabel 2						
	België	Duitsland	Frankrijk	Italië	Nederland	EU-ri
1. bindende quota/ vaste of flexibele streefcijfers	bindend quotum: één derde, gebruikelijke afronding	beide: – bindend quotum: 30%, gebruikelijke afronding – streefcijfer: flexibel	bindend quotum: 40% NB correctie bij <i>conseil</i> < 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 overheidsbedrijven (aob) +] 'genoteerde' venn. (gen. venn.)	– bindende quota: 'grote' beursvenn. (1000 resp. 2000 wn.) – flexibel streefcijfer: alle beursvenn. + alle 'mitbestimmte' rechtsp.	– beursvenn. + – andere 'grote' venn.: A. 500 wn + jaaromzet/ balanstotaal € 50 mio; B. 250 wn + omzet/balanstotaal € 50 mio	– beursvenn. [+ staatsbedrijven]	– 'grote' NV's en BV's – <u>niet</u> 'groot' zijn venn. die voldoen aan twee van deze criteria: – waarde activa ≤ € 20 mio; – netto jaaromzet ≤ € 40 mio – < dan 250 wn.	– beursvenn. – <u>uitgezonderd</u> : < 250 wn. + jaaromzet < € 50 mio dan wel balanstotaal < € 43 mio
3. reikwijdte qua functies	leden raad van bestuur	– bindende quota: leden <i>Aufsichtsrat</i> – flexibel streefcijfer: ook bestuur en 2 hoogste managementlagen	leden <i>conseil d'administration</i> + <i>conseil de surveillance</i>	leden <i>consiglio di amministrazione, collegio sindacale, consiglio di gestione + consiglio di sorveglianza</i>	leden bestuur en RvC	– 40%-streefcijfer: nub's (met flexibel streefcijfer ub's, zie 1.) – 33%-streefcijfer: nub's en ub's
4. ingangsdatum 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 – streefcijfers: flexibele streefdatum	1-1-2017: beursvenn. en grote niet-beursvenn. A, zie 2. resp. 1-1-2020: grote niet-beursvenn. B, zie 2.	tweede bestuursverkiezing na inwerkingtreding* wet * voor beursvenn.: 12-08-2012	– ingangsdatum wet 1-1-2013 – geen streefdatum bepaald	– vast streefcijfer 40%/33%: 1-1-2022 – flexibel streefcijfer ub's: 31 december 2022
5. voorkeursbeleid cf. EU-recht?	nee, absolute quota	– quotum: nee – streefcijfer: is mogelijk	nee, absolute quota	nee, absolute quota	is mogelijk	ja, opgenomen in tekst
6. handhaving	vernietigbaarheid benoeming + verlies voordelen	– quotum: nietigheid benoeming – streefcijfers: 'pas-toe-of-leguit'	– vernietigbaarheid benoeming + verlies vergoedingen	getrapt: 1. waarsch. <i>Consob</i> 2. waarsch. + boete 3. nietigheid benoeming	'pas-toe-of-leguit'	doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties, te regelen door lidstaten

De vier onderzochte nationale quotaregelingen houden in dat een benoeming in strijd met wettelijk vastgelegde quota nietig respectievelijk vernietigbaar is.⁹⁴ Een analyse van monitoringonderzoek in de onderzochte landen laat zien dat deze regelingen effectief zijn voor zover zij gelden voor beursvennootschappen.⁹⁵ 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.⁹⁶ 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.⁹⁷

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 bij een OTB). 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 voor zover 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 erop 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.⁹⁸ 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.⁹⁹

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 stel-

len (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.

4.9 Voortgangsbrief Minister van OCW d.d. 6 maart 2018

De Minister van OCW constateert in haar voortgangsbrief – waarin zij tevens ingaat op de resultaten van de Bedrijvenmonitor 2017 – dat de verlenging van de streefcijferregeling niet tot het gewenste resultaat heeft geleid. Met de bestaande regelgeving blijft de groei van het aandeel vrouwen in topfuncties voor het vierde jaar op rij achter bij de doelstellingen. De minister laat weten dat het kabinet bereid is “stevige maatregelen te treffen als de voortgang in het voorjaar van 2019 als onvoldoende wordt beoordeeld”. Voor het antwoord op de vraag wat als ‘voldoende’ geldt, is relevant dat de Commissie Monitoring in de Bedrijvenmonitor 2017 aanbeveelt dat op 31 december 2019 een aandeel van 20% vrouwen in de besturen en raden van commissarissen dient te zijn gerealiseerd. Lukt dit niet, dan beveelt de Commissie aan dat vanaf 2020 een bindend quotum van 20% wordt ingevoerd dat in vijf jaarlijkse stappen wordt verhoogd naar 30%. Volgens de Commissie Monitoring kunnen de komende jaren worden benut om na te denken over de nadere invulling van de regeling, zoals het toepassingsgebied: de bedrijven en de bestuursverslagen waarop de wet

94 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 7.6.2.

95 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 7.6.3.4.

96 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 7.6.3.1.

97 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 7.6.3.4.

98 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 3.4.1.

99 Vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, deelonderzoek III, par. 7.6.3.2.

betrekking heeft. In haar brief laat de minister weten dat zij de komende jaren inderdaad hiervoor gaat benutten. De evaluatie van de streefcijferregeling maakt volgens de minister scherp dat nadere analyse en keuzes nodig zijn om de effectiviteit van de streefcijferregeling te versterken. Uit de brief wordt duidelijk dat de minister dit 'huiswerk' gedaan wil hebben voordat de balans wordt opgemaakt in het voorjaar van 2019. Bedrijven moeten er serieus rekening mee houden dat er dan een blauwdruk voor een meer dwingende regeling zal liggen.