

227. Actuele ontwikkelingen rondom de limiteringsregeling

MW. MR. S. RIETVELD

Er is de laatste tijd veel belangstelling voor de tijdsbesteding van bestuurders en toezichthouders en daarmee ook voor de verschillende limiteringsregelingen die in Nederland van toepassing zijn. Niet alleen geldt er sinds 3 januari 2018 een nieuwe sectorspecifieke limiteringsregeling voor ‘significante’ marktexploitanten, ook zijn er in 2017 door de Europese toezichtautoriteiten enkele Richtsnoeren en een Gids gepubliceerd waarin uitgebreid wordt ingegaan op de Europese verplichting voor leden van leidinggevende organen van financiële instellingen om voldoende tijd te besteden aan de vervulling van hun functie. Daarnaast heeft in 2017 de reeds lang verwachte evaluatie van de algemene limiteringsregeling voor ‘grote’ rechtspersonen in Boek 2 BW plaatsgevonden en is de sectorspecifieke limiteringsregeling voor beursvennootschappen in de huidige Corporate Governance Code juist geschrapt. Reden genoeg om in dit artikel aan de hand van deze actuele ontwikkelingen stil te staan bij de huidige stand van zaken rondom de verschillende limiteringsregelingen in Nederland.

Inleiding

Het is gebruikelijk om bij het vervullen van bestuurs- en toezichthoudende functies de vraag te stellen of degene aan wie gedacht wordt voor de vervulling van een functie ook over voldoende tijd beschikt om die functie te vervullen. Regelgeving beperkt in veel gevallen de mogelijkheden tot (her)benoeming, terwijl het ook een aspect is waaraan beleggers en stemadviesbureaus aandacht besteden. Een limiteringsregeling zorgt ervoor dat bestuurders en/of toezichthouders niet te veel functies tegelijkertijd kunnen bekleden. Aan de hand van bijvoorbeeld een maximering van het aantal bestuurs- en/of toezichthoudende functies of door bepaalde specifieke combinaties van functies toe te staan wordt beoogd de kwaliteit van bestuur en toezicht te verbeteren.

Op dit moment gelden in Nederland een aantal limiteringsregelingen naast elkaar. Aan de ene kant de algemene limiteringsregeling voor ‘grote’ rechtspersonen in Boek 2 BW (“Boek 2 BW-regeling”) en aan de andere kant een aantal sectorspecifieke limiteringsregelingen waarbij de Boek 2 BW-regeling buiten toepassing is verklaard. Het betreft regelingen voor i) (beroeps)pensioenfondsen (“Pensioenfondsenregeling”), ii) ‘significante’ banken en ‘significante’ beleggingsondernemingen die vallen

onder het toepassingsbereik van de CRD IV-richtlijn¹ (“CRD IV-regeling”), en iii) ‘significante’ beleggingsondernemingen die vallen onder het toepassingsbereik van de MiFID II-richtlijn² en ‘significante’ marktexploitanten (“MiFID II-regeling”).

Een limiteringsregeling zorgt ervoor dat bestuurders en/of toezichthouders niet te veel functies tegelijkertijd kunnen bekleden

Beursvennootschappen moeten tenslotte nog rekening houden met de door stemadviesbureaus als ISS en Glass Lewis afgegeven stemadviezen. Deze regelingen zijn niet altijd even goed op elkaar afgestemd. Er gelden onder meer verschillen op het gebied van toepassingsbereik, normering, uitzonderingen en sanctionering. Bovendien zijn niet alle regelingen zelf even duidelijk.

Aan de hand van enkele actuele ontwikkelingen, zal ik in dit artikel stilstaan bij de huidige stand van zaken rondom

- 1 Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG (*PbEU* 2013, L 176/338).
- 2 Richtlijn 2014/65/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (*PbEU* 2014, L 173/349).

de verschillende limiteringsregelingen in Nederland. Ik laat de samenloopproblematiek hier verder buiten beschouwing. Ik verwijs in dit verband naar mijn eerdere artikel hierover in dit tijdschrift.³

Coderegeling

De eerste limiteringsregeling in Nederland voor commissarissen was te vinden in de veertig aanbevelingen van de commissie Peters uit 1997.⁴ Deze vrijblijvende regeling kende echter nog geen daadwerkelijke maximering van functies, hetgeen veranderde bij inwerkingtreding van de eerste Corporate Governance Code (“Code”) op 1 januari 2004.

Op dit moment gelden in Nederland een aantal limiteringsregelingen naast elkaar: aan de ene kant de algemene limiteringsregeling voor 'grote' rechtspersonen in Boek 2 BW en aan de andere kant een aantal sectorspecifieke limiteringsregelingen waarbij de Boek 2 BW-regeling buiten toepassing is verklaard

Voor bestuurders van beursvennootschappen werd bepaald dat zij niet meer dan twee commissariaten bij andere beursvennootschappen (dus ook buitenlandse beursvennootschappen) mochten bekleden. Bovendien mocht een bestuurder geen voorzitter van de raad van commissarissen (“RvC”) van een beursvennootschap zijn (Best practice-bepaling (“Bpb”) II.1.7 Code 2004). Het aantal commissariaten van een persoon bij Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen werd gemaximeerd tot vijf, waarbij het voorzitterschap van een RvC dubbel telde (Bpb III.3.4 Code 2004) (samen “Coderegeling”). Deze regeling keerde terug in de Code uit 2008 (in Bpb’s II.1.8 en III.3.4) maar is vanwege samenloop⁵ met de Boek 2 BW-regeling geschrapt in de Code zoals deze vanaf het boekjaar beginnend op of na 1 januari 2017 in werking is getreden (“Code 2016”). Gebleven en zelfs iets verruimd in de Code 2016 zijn de bepalingen rondom melding van nevenfuncties en

de goedkeuring van commissariaten: Bpb II.1.8 van de Code 2008 schreef voor dat bestuurders andere belangrijke nevenfuncties aan de RvC moesten melden, onder de Code 2016 moeten zowel bestuurders als commissarissen (het voornemen omtrent het aanvaarden van) nevenfuncties vooraf melden aan de RvC (Bpb 2.4.1 Code 2016). Bovendien moeten de nevenfuncties onder de Code 2016 minimaal jaarlijks in de vergadering van de RvC met het bestuur worden besproken. Commissariaten van bestuurders moeten daarnaast – net als onder de huidige Code (Bpb II.1.8 huidige Code) – worden goedgekeurd door de RvC. Het betreft hier niet langer slechts commissariaten bij beursvennootschappen maar commissariaten in het algemeen.⁶

Boek 2 BW-regeling

De op 1 januari 2013 in werking getreden dwingendrechtelijke Boek 2 BW-regeling maximeert in art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW het aantal toezicht houdende functies van bestuurders en toezichthouders van ‘grote’ nv’s, bv’s en stichtingen.⁷ Het aantal bestuursfuncties wordt niet beperkt. Een persoon kan niet tot (uitvoerend) bestuurder van een ‘grote’ rechtspersoon worden benoemd indien deze persoon al commissaris, lid van een toezicht houdend orgaan of niet-uitvoerend bestuurder is bij meer dan twee ‘grote’ rechtspersonen. Een voorzitterschap van een RvC of *one-tier board* van een grote rechtspersoon naast het zijn van bestuurder is niet toegestaan. Een persoon kan niet tot commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of lid van een toezichthoudend orgaan van een ‘grote’ rechtspersoon worden benoemd indien deze persoon al commissaris, lid van een toezichthoudend orgaan of niet-uitvoerend bestuurder is bij meer dan vijf andere ‘grote’ rechtspersonen. Een voorzitterschap van een RvC, toezichthoudend orgaan of *one-tier board* van een andere grote rechtspersoon telt dubbel. Benoemingen van verschillende rechtspersonen binnen één groep tellen als één benoeming, terwijl een tijdelijke benoeming door de Ondernemingskamer niet meetelt. Een benoeming in strijd met de Boek 2 BW-regeling is nietig. De nietigheid van de benoeming heeft echter geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.⁸

Hoewel de Boek 2 BW-regeling in eerste instantie kritisch werd ontvangen⁹, blijkt uit de door de Rijksuniversiteit Groningen in 2017 uitgevoerde evaluatie van de Wet

3 S. Rietveld, ‘Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd’, *TOP* 2014, nr. 4, p. 28-35.

4 ‘Corporate Governance in Nederland. De veertig aanbevelingen’ d.d. 25 juni 1997. Zie uitgebreid over de voorgeschiedenis van de limiteringsregeling het Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv van de Rijksuniversiteit Groningen (september 2017), p. 177-180 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 31 763, 22) (“Evaluatieonderzoek”). Zie ook Rietveld (2014), p. 28-29.

5 Of eerder “strijd” met de Boek 2 BW-regeling, gezien het verschil in toepassingsbereik en sanctionering van beide regelingen en het feit dat onder de Coderegeling ook buitenlandse posities moeten worden meegeteld om het maximum aantal functies van bestuurders te kunnen bepalen. Zie verder het Voorstel voor herziening van de Code (11 februari 2016), p. 4, 83 en 86, via <http://www.mccg.nl/?page=5405>.

6 S. Rietveld & M.A.J. Cremers, ‘Herziening van de Corporate Governance Code: een overzicht van de wijzigingen’, *Ondernemingsrecht* 2016/68.

7 Zie uitgebreid over het toepassingsbereik van de Boek 2 BW-regeling S. Rietveld, ‘Het toepassingsbereik van de limiteringsregeling in verhouding tot de groottecriteria in het jaarrekeningenrecht’, *TvJ* 2017, nr. 2, p. 53-60.

8 Zie ook Rietveld (2014), p. 30.

9 Zie Rietveld (2014), p. 29 met verdere verwijzingen.

bestuur en toezicht¹⁰, dat de regeling meer dan goed wordt nageleefd: gegevens van de Kamer van Koophandel tonen aan dat in 2017 geen enkele bestuurder of toezichthouder boven het maximumaantal toezichtfuncties uitkwam.¹¹ De regeling lijkt daarmee algemeen geaccepteerd, al blijft er ook enige kritiek. De grens van vijf toezichtfuncties wordt arbitrair geacht en er wordt geen rekening gehouden met verschillen in zwaarte tussen toezichtfuncties en met individuele verschillen tussen personen, bijvoorbeeld op het gebied van ervaring en kwaliteiten, aldus de onderzoekscommissie. Juist vanwege de goede naleving van de regeling, lijkt het de onderzoekers echter aangewezen om de wettelijke regeling te handhaven¹² en deze waar nodig aan te passen.¹³

De onderzoekscommissie doet enkele interessante aanbevelingen ten aanzien van de Boek 2 BW-regeling. Zo stelt zij allereerst voor om de wegingsfactor voor voorzitters terug te brengen van 2 naar 1,5, waardoor een combinatie van drie voorzitterschappen mogelijk wordt. Voor deze persoon vervalt dan de mogelijkheid om daarnaast nog een toezichtfunctie te vervullen bij een ‘grote’ rechtspersoon. Op dit moment geldt bij de beoordeling of het aantal toezichthoudende functies al dan niet gecombineerd met een bestuurlijke functie de gestelde limieten overschrijdt, dat het voorzitterschap van de RvC, raad van toezicht (“RvT”) of one-tier board dubbel telt. Indien een persoon slechts toezichthoudende functies uitoefent, brengt dit mee dat deze slechts twee voorzitterschappen van toezichthoudende organen kan combineren met een gewone toezichtfunctie.¹⁴ De onderzoekscommissie gaat niet zo ver dat zij aanbeveelt om de dubbeltelling te schrappen. Er bestaat tenslotte algemene overeenstemming over de aanzienlijke belasting en daarmee de tijdsbesteding die inherent is aan de vervulling van de voorzittersfunctie.¹⁵ Aan de andere kant is het belang van een goede voorzitter gegroeid, de rol verstevigd en de complexiteit van de functie toegenomen, aldus de onderzoekers. De poule van kandidaten is hiermee kleiner geworden en dit lijkt verder gestimuleerd te zijn door de limiteringsregeling. Met name bij de allergrootse entiteiten, zoals de AEX-beursvennootschappen,

zijn hierdoor vacatures voor een voorzittersfunctie lastiger op te vullen. De aanbeveling om de wegingsfactor terug te brengen naar 1,5 zou volgens de onderzoekscommissie aan dit knelpunt tegemoet kunnen komen.

Een tweede aanbeveling betreft een verduidelijking van art. 2:132a/242a lid 1 onder b en 2:297a lid 2 onder b BW. Het betreft in het bijzonder de combinatie van een voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan bij de ene ‘grote’ rechtspersoon met het vervullen van een bestuursfunctie bij een andere ‘grote’ rechtspersoon. De formulering van de wetsbepalingen heeft tot gevolg dat iemand die voorzitter is van een toezichthoudend orgaan bij een ‘grote’ rechtspersoon, niet tot bestuurder van een andere ‘grote’ rechtspersoon kan worden benoemd, terwijl de omgekeerde situatie: een bestuurder wordt ergens anders benoemd tot voorzitter van een toezichthoudend orgaan, niet door de wettekst wordt geraakt. Hier heeft dus het moment van benoeming invloed op de eventuele nietigheid daarvan wegens strijd met de Boek 2 BW-regeling, terwijl in beide situaties de tijdsbesteding van de persoon die de functies combineert gelijk is. Dit kan volgens de onderzoekers niet de bedoeling zijn en dat ben ik met hen eens. Beide situaties zouden gelijk behandeld moeten worden. Hierdoor wordt verwarring in de praktijk voorkomen en de rechtszekerheid gediend.¹⁶

De onderzoekscommissie doet enkele interessante aanbevelingen ten aanzien van de Boek 2 BW regeling

Een laatste aanbeveling waar ik het graag mee eens ben is om art. 2:398 BW op de Boek 2 BW-regeling van overeenkomstige toepassing te verklaren.¹⁷ De Boek 2 BW-regeling haakt voor wat betreft het toepassingsbereik aan bij de groottecriteria uit het jaarrekeningenrecht (art. 2:395a-2:397-BW). Op grond van deze artikelen wordt binnen het jaarrekeningenrecht bepaald of een rechtspersoon moet worden aangemerkt als ‘micro’, ‘klein’, ‘middelgroot’ of ‘groot’ en of er bepaalde vrijstellingen van de jaarrekeningverplichtingen uit Titel 9 van Boek 2 BW van toepassing zijn. De limiteringsregeling is alleen van toepassing op ‘grote’ rechtspersonen. Art. 2:398 BW bevat regels voor het toepassingsbereik van de regeling van de groottecriteria. Art. 2:398 lid 1 BW geeft bijvoorbeeld een regeling voor nieuw opgerichte vennootschappen en in lid 3 en lid 7 BW worden juist bepaalde instellingen van de regeling uitgesloten. Omdat art. 2:398 BW echter niet van overeenkomstige toepassing is verklaard op de Boek 2 BW-regeling kan een rechtspersoon ‘groot’ zijn binnen het jaarrekeningenrecht terwijl zij niet hoeft te voldoen aan de Boek 2 BW-regeling. De onderzoekscommissie gaat in het Evaluatieonderzoek specifiek in

10 Het Evaluatieonderzoek is op 15 december 2017 door de Minister voor Rechtsbescherming gepubliceerd (*Kamerstukken II 2017/18*, 31 763, 22). Het onderzoek is uitgevoerd in de periode van 15 september 2016 tot 1 september 2017. Zie p. 171 t/m p. 390 voor het deelonderzoek over de Boek 2 BW-regeling. De overige deelonderzoeken betreffen het monistische bestuursmodel en de regeling evenwichtige verdeling van zetels.

11 Evaluatieonderzoek, p. 321.

12 In plaats van bijvoorbeeld over te schakelen naar een “pas-toe-of-leg-uit regeling”.

13 Evaluatieonderzoek, p. 301.

14 Evaluatieonderzoek, p. 368.

15 Ook tijdens het wetgevingsproces van de Reparatiwet bestuur en toezicht werd bij amendement voorgesteld om de dubbeltelling van de voorzittersrol af te schaffen, *Kamerstukken II 2011/12*, 32873, nr. 15. Met het amendement wilden de Kamerleden bewerkstelligen dat voldoende capabele mensen zich beschikbaar konden blijven stellen voor het voorzitterschap. Mede gelet op de aanzienlijke belasting die een voorzittersfunctie met zich brengt werd het Amendement niet aangenomen. Zie ook het Evaluatieonderzoek, p. 289 en p. 197-199.

16 Zie nader het Evaluatieonderzoek, p. 234, 295, 304, 351, 355 en 371.

17 Evaluatieonderzoek, p. 254-255 en p. 360. Zie eerder Rietveld (2017), p. 53-60. Zie ook M. van Olffen & S. Versteeg, ‘Wet bestuur & toezicht: Beperking aantal commissariaten, Nota van wijziging op de reparatiwet’, *Ondernemingsrecht 2012/13*.

op het eerste lid van art. 2:398 BW. Ik zou de wetgever willen meegeven om geheel art. 2:398 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op de Boek 2 BW-regeling om zodoende de huidige discrepanties tussen het jaarrekeningrecht en het toepassingsbereik van de Boek 2 BW-regeling op te heffen.¹⁸

Tot zover de verschillende aanbevelingen die de onderzoekscommissie doet ten aanzien van de Boek 2 BW-regeling. De onderzoekscommissie heeft mooi werk geleverd en boeiende inzichten verschaft. Het woord is nu aan de wetgever. De Minister van Justitie en Veiligheid heeft toegezegd de conclusies en aanbevelingen mee te nemen bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, op dit moment in behandeling bij de Tweede Kamer. De Nota n.a.v. het verslag bij dat wetsvoorstel werd in het eerste kwartaal van 2018 verwacht.¹⁹

CRD IV-regeling en MiFID II-regeling

Leden van het leidinggevende orgaan²⁰ van ‘significante’ banken en ‘significante’ beleggingsondernemingen die vallen onder het toepassingsbereik van de CRD IV-richtlijn moeten sinds 1 augustus 2014 voldoen aan de CRD IV-regeling (art. 91 leden 3-6 CRD IV-richtlijn). Op 3 januari 2018 is de Implementatiewet MiFID II-richtlijn in werking getreden.²¹ Hierbij is de CRD IV-regeling van overeenkomstige toepassing verklaard op ‘significante’ beleggingsondernemingen die vallen onder het toepassingsbereik van de MiFID II-richtlijn (art. 9 leden 1-2 MiFID II-richtlijn) en is een soortgelijke limiteringsregeling geïntroduceerd voor ‘significante’ marktexploitanten (art. 45 lid 2 MiFID II-richtlijn).^{22 23}

Een benoeming in strijd met beide regelingen is – anders dan bij de Boek 2 BW-regeling en de Pensioenfondsenregeling – niet nietig. De CRD IV en MiFID II-regeling worden bestuursrechtelijk gehandhaafd. Dit betekent bijvoorbeeld dat een bestuurlijke boete door de bevoegde toezichthouder kan worden opgelegd. In dit kader is ook de geschiktheidstoetsing van leden van het leidinggevende orgaan van belang. Instellingen moeten er voor zorgen dat de leden van het leidinggevende orgaan geschikt zijn voor de functie die zij vervullen. De tijdsbesteding van bestuurders en toezichthouders in het algemeen en de limiteringsregeling in het bijzonder vallen onder dit criterium. De geschiktheidstoetsing vindt plaats voorafgaand aan elke benoeming maar hertoetsingen kunnen aan de orde zijn wanneer er twijfels zijn aangaande de geschiktheid van een lid. Dit brengt mee dat de leden van het leidinggevende orgaan ook doorlopend aan de limiteringsregeling moeten voldoen. Een benoeming bij een andere rechtspersoon kan er al toe leiden dat een bestuurder of toezichthouder van een ‘significante’ bank, beleggingsonderneming of marktexploitant niet langer voldoet aan de CRD IV- of MiFID II-regeling en daarmee niet langer “geschikt” is voor zijn of haar functie. In de Beleidsregel geschiktheid 2012 is uitgewerkt hoe De Nederlandsche Bank (“DNB”) en de Autoriteit Financiële Markten (“AFM”) deze geschiktheid beoordelen. Het onderdeel tijdsbesteding en daarmee de limiteringsregeling komt aan de orde als onderdeel van de competentie “loyaliteit”, onderdeel g) van de Bijlage bij de Beleidsregel.²⁴ De Europese toezichthouders European Banking Authority (“EBA”) en European Securities and Markets Authority (“ESMA”) hebben in dit verband in september 2017 een tweetal nieuwe Richtsnoeren²⁵ uitgevaardigd. Voor ‘significante’ banken geldt daarnaast nog de in mei 2017 door de European Central Bank (“ECB”) gepubliceerde Gids voor beoordeling van de deskundigheid en betrouwbaarheid.²⁶ Meer dan voorheen worden hierin concrete handvatten

18 Zie uitgebreid Rietveld (2017), p. 59.

19 Kamerstukken II 2017/18, 31763, 22. Onder dit wetsvoorstel wordt het voor alle rechtspersonen mogelijk om een one-tier board in te richten, dus ook voor stichtingen. In de Boek 2 BW-regeling voor stichtingen wordt met deze mogelijkheid geen rekening gehouden en ook het wetsvoorstel regelt dit (nog) niet; dat zou naar mijn mening wel moeten. Zie ook het Evaluatieonderzoek, p. 190-191.

20 Het ‘leidinggevend orgaan’ heeft zowel een uitvoerende als een toezicht houdende functie. In Nederland vallen onder dit begrip zowel leden van het bestuur van een one-tier board als leden van het bestuur en de RvC in een two-tier board, zie ook D. Busch, *MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten (Preadvies van de Vereniging voor Financieel Recht 2015) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 130)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 2.3.

21 Wet implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 (Stb. 2017, 512).

22 Art. 63 MiFID II-richtlijn stelt daarnaast eisen aan de tijdsbesteding van het leidinggevende orgaan van aanbieders van datarapporteringdiensten. Omdat voor dit type instelling echter geen limiteringsregeling geldt, laat ik deze regeling verder buiten beschouwing.

23 In Nederland geïmplementeerd in: art. 3:8 lid 3 en 4 Wet op het financieel toezicht (“Wft”) jo. art. 17d Besluit prudentiële regels Wft (“Bpr”) (voor banken), art. 4:9.0a Wft (vóór 3 januari 2018 was dit art. 4:9b Wft) jo. art. 31f Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (“Bgro”) (voor beleggingsondernemingen) en art. 5:29a Wft jo. art. 4a Besluit gereguleerde markten Wft (voor marktexploitanten). Zie ook art. 31g Bgro op grond waarvan beleggingsondernemingen op hun website onder meer uitleg moeten geven over de wijze waarop zij voldoen aan art. 4:9.0a Wft.

24 B.C.G. Jensen, ‘Europese ontwikkelingen op het gebied van bestuurderstoetsingen; ESMA/EBA en ECB consulteren richtsnoeren en beleid’, *Ondernemingsrecht* 2017/36, p. 217.

25 Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU, 26 september 2017, EBA/GL/2017/12/ESMA71-99-598, (<http://www.eba.europa.eu/-/eba-and-esma-provide-guidance-to-assess-the-suitability-of-management-body-members-and-key-function-holders>) (“EBA/ESMA Richtsnoeren”) (datum inwerkingtreding: 30 juni 2018) en de ESMA Guidelines on the management body of market operators and data reporting services providers, 28 september 2017, ESMA70-154-271, (<https://www.esma.europa.eu/document/guidelines-management-body-market-operators-and-data-reporting-services-providers>) (“ESMA Richtsnoeren”) (datum inwerkingtreding: 3 januari 2018).

26 ECB Guide to fit and proper assessments, 15 mei 2017 (“ECB-Gids”), (https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.fap_guide_201705.en.pdf?de3bbbd9ecadd9cd2d75889d39effaaf).

gegeven voor de duiding van de CRD IV en MiFID II-regeling.²⁷

Ook zijn er in 2017 door de Europese toezichtautoriteiten enkele Richtsnoeren en een Gids gepubliceerd waarin uitgebreid wordt ingegaan op de Europese verplichting voor leden van leidinggevende organen van financiële instellingen om voldoende tijd te besteden aan de vervulling van hun functie

De CRD IV-regeling en MiFID II-regeling zien er in grote lijnen als volgt uit.

Als hoofdnorm geldt dat leden van het leidinggevend orgaan van banken, beleggingsondernemingen en marktexploitanten genoeg tijd moeten besteden aan de vervulling van hun taken in de instelling. Het aantal bestuursfuncties dat een lid tegelijkertijd kan vervullen, hangt daarbij af van de individuele omstandigheden en van de aard, de schaal en de complexiteit van de werkzaamheden of activiteiten van de instelling. In de Richtsnoeren en de ECB-Gids wordt uitgebreid stil gestaan bij deze hoofdnorm. Voor de beoordeling van dit criterium moet door de instelling onder meer rekening worden gehouden met de aard, omvang en complexiteit van de onderneming, reistijd, het aantal vergaderingen, aard van de functie en verantwoordelijkheden, benodigde inwerktijd en opleiding en de bestaande nevenactiviteiten (richtsnoer 43 EBA/ESMA-Richtsnoeren). Ook moet de instelling bijvoorbeeld beoordelen of er voldoende tijd is om de functie ook in meer intensieve periodes te kunnen vervullen, zoals in het geval van een overname (richtsnoer 42 EBA/ESMA-Richtsnoeren en ECB-Gids, p. 22).

Voor 'significante' banken, beleggingsondernemingen en marktexploitanten geldt daarnaast een limiteringsregeling die – anders dan bij de Boek 2 BW-regeling – niet alleen ziet op toezichthoudende functies maar ook op bestuursfuncties. De gebruikte normering is ook anders dan bij de Boek 2 BW-regeling en de Pensioenfondsenregeling: leden van het leidinggevend orgaan mogen tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties vervullen: a) één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties; of b) vier niet-uitvoerende bestuursfuncties. Ook als deze limiet niet is bereikt, dient nog aan de hoofdnorm van 'voldoende tijd' te worden voldaan.²⁸ In de Nederlandse regeling is uitgewerkt dat onder uitvoerende bestuursfunctie dient te worden verstaan

de functies van bestuurder en uitvoerende bestuurder en dat onder niet-uitvoerende bestuursfunctie zowel commissarissen als niet-uitvoerende bestuurders vallen.²⁹ Net als bij de Pensioenfondsenregeling is ook ten aanzien van de CRD IV en MiFID II-regeling bepaald dat de Boek 2 BW-regeling buiten toepassing is verklaard. Voor niet-significante banken, beleggingsondernemingen en marktexploitanten blijft de Boek 2 BW-regeling van toepassing, mits de instelling kan worden aangemerkt als 'grote' vennootschap.

Ten aanzien van het begrip 'significant' wordt in de Europese regelingen slechts bepaald dat moet worden gekeken naar de individuele omstandigheden en naar de aard, omvang of complexiteit van de werkzaamheden van de betreffende instelling. Onder de Nederlandse wet- en regelgeving is een bank in ieder geval significant indien zij een instelling van groot belang is waarop ingevolge art. 6 van de Verordening banktoezicht de ECB rechtstreeks toezicht houdt.³⁰ Voor het overige bepalen toezichthouders DNB en AFM, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, wanneer een bank, beleggingsonderneming of marktexploitant significant is.³¹ De toezichthouders stemmen hierbij hun aanpak af met de collega-toezichthouders uit andere lidstaten.³²

Bestuursfuncties binnen een groep en binnen ondernemingen waarin de instelling een gekwalificeerde deelneming heeft gelden voor alle drie typen instelling als een enkele bestuursfunctie. Daarnaast geldt voor banken en beleggingsondernemingen dat ook bestuursfuncties bij instellingen die bij hetzelfde protectiestelsel zijn aangesloten (mits voldaan aan Verordening (EU) 575/2013) worden beschouwd als een enkele bestuursfunctie. In de Richtsnoeren worden deze uitzonderingen nader geduid (richtsnoer 51 t/m 55 EBA/ESMA-Richtsnoeren en richtsnoer 18 t/m 21 ESMA-Richtsnoeren). Zo geldt bijvoorbeeld dat wanneer een persoon meerdere functies bekleedt die op grond van de uitzonderingsregeling als één enkele functie meetellen, deze functie meetelt als een uitvoerende functie als een van de functies uitvoerend is (richtsnoer 51 EBA/ESMA-Richtsnoeren en richtsnoer 18 ESMA-Richtsnoeren).

Bestuursfuncties in organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven tellen nadrukkelijk niet mee onder beide regelingen. Het was lange tijd onduidelijk welke organisaties hieronder zouden vallen. De Richtsnoeren bieden ook hier uitkomst. Richtsnoer 57 van de EBA/ESMA-Richtsnoeren en richtsnoer 23 van de ESMA-Richtsnoeren bepalen dat hieronder in ieder geval vallen:

27 Zie uitgebreid over deze Richtsnoeren en de Gids I.P. Palm-Steyerberg, 'Bestuurderstoetsingen in Europees perspectief', *FR* november 2017, p. 490-508, S.M.C. Nuyten, 'De geschiktheid van de geschiktheidstoets', *FR* april 2017, p. 111-121 en Jensen, *Ondernemingsrecht* 2017/36. Zie over de juridische status daarvan V.P.G. de Serière & B.C.G. Jennen, 'De betekenis van 'soft law' in de financiële toezichtwetgeving', *Ondernemingsrecht* 2017/143.

28 Palm-Steyerberg (2017), p. 502.

29 Art. 3:8 lid 3 sub c Wft jo. art. 4:9:0a lid 1 sub c Wft jo. art. 5:29a lid 1 sub c Wft.

30 Zie Busch (2015), par. 2.5.2. De ECB houdt een lijst bij van onder haar toezicht staande 'significante' banken (<https://www.bankingsupervision.europa.eu/banking/list/who/html/index.en.html>), 1 januari 2018. Hierop staan 6 Nederlandse banken: ABN AMRO Bank, Bank Nederlandse Gemeenten (BNG), Rabobank, ING, Nederlandse Waterschapsbank (NWB) en de Volksbank.

31 Art. 3:8 lid 4 Wft jo. art. 17d Bpr jo. art. 4:9:0a lid 3 Wft jo. art. 31f Bgfo jo. art. 5:29a lid 3 Wft jo. art. 4a Besluit geregementeerde markten Wft.

32 Nota van toelichting bij het Besluit implementatie richtlijn markten voor financiële instrumenten 2014 (*Stb.* 2017, 513), p. 41-42.

i) goededoelenorganisaties, ii) andere organisaties zonder winstoogmerk, en iii) organisaties die als enige doel hebben de persoonlijke belangen van een lid van het leidinggevend orgaan te behartigen onder de voorwaarde dat de desbetreffende persoon niet actief leiding hoeft te geven aan die organisatie. De ECB-Gids (p. 21) geeft nog enkele concrete voorbeelden, zoals non-profit sport- of culturele verenigingen en kerken. Functies bij dergelijke instellingen moeten overigens wel in ogenschouw worden genomen bij de beoordeling of een lid van het leidinggevend orgaan voldoende tijd aan de functie kan besteden (richtsnoer 56 EBA/ESMA-Richtsnoeren, richtsnoer 22 ESMA-Richtsnoeren en ECB-Gids, p. 20).

De bevoegde autoriteiten kunnen leden van het leidinggevend orgaan toestemming verlenen om nog één andere niet-uitvoerende bestuursfunctie te bekleden. De autoriteiten hebben hier een discretionaire bevoegdheid maar moeten de EBA/ESMA regelmatig op de hoogte stellen van deze toestemmingen.³³

Onder de CRD IV en MiFID II-regeling is niet geheel duidelijk welke posities aan de passieve zijde moeten worden meegeteld om te bepalen of een benoeming aan de actieve zijde mogelijk is.³⁴ Omdat beide richtlijnen het begrip “entiteiten” hanteren (art. 91 en Overweging (58) CRD IV-richtlijn en art. 45 en Overweging (54) MiFID II-richtlijn), lijken alle bestuurs- en toezichtfuncties bij alle Nederlandse én buitenlandse rechtspersonen mee te moeten tellen. Ook posities bij bijvoorbeeld coöperaties en ‘kleine’ bv’s tellen dan dus mee. Daarnaast is onzeker of posities in raden van toezicht mee zouden moeten tellen.³⁵ De wettekst lijkt te suggereren van niet omdat slechts de functies (uitvoerende) bestuurder, commissaris en niet-uitvoerende bestuurder expliciet worden genoemd.³⁶ Vanwege onder meer deze laatste onduidelijkheid, doet de onderzoekscommissie in het Evaluatieonderzoek naar de Boek 2 BW-regeling de aanbeveling om de Europese regeling in de Wft volledig uit te schrijven en om daarbij enkele duidelijke keuzes te maken.³⁷ Eenzelfde aanbeveling geldt wat mij betreft ook voor de MiFID II-regeling die ten tijde van de evaluatie nog niet in werking was getreden.

Pensioenfondsenregeling

De Pensioenfondsenregeling kent in verhouding een wat rustiger bestaan. Sinds 1 juli 2014 geldt voor (beroeps)pensioenfondsen een eigen sectorspecifieke limiteringsregeling in art. 106a Pensioenwet en art. 110ca Wet verplichte beroepspensioenregeling, waarbij eveneens de Boek 2 BW-regeling buiten toepassing is verklaard. Net als bij de CRD IV-regeling en de MiFID II-regeling maximeert de Pensioenfondsenregeling naast toezichthoudende functies ook bestuursfuncties. De Pensioenfondsenregeling kent een van de overige limiteringsregelingen afwijkende normering. Weliswaar geldt net als onder de CRD IV en MiFID II-regeling als hoofdnorm dat bestuurders en toezichthouders van een (beroeps)pensioenfonds voldoende tijd beschikbaar moeten hebben om hun functie naar behoren uit te oefenen, voor het overige geldt een andere methodiek. Uitgangspunt is dat een bestuurder of lid van de RvT maximaal 1 fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtfuncties kan vervullen. In art. 35a van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling is daartoe een weging van het tijdsbeslag van deze functies opgenomen en wordt een onderscheid gemaakt tussen grote en kleine pensioenfondsen en grote rechtspersonen. Komen de verschillende functies van een bestuurder of lid van een RvT opgeteld uit boven één fte, dan kan het pensioenfonds niet tot benoeming overgaan. Net als onder de Boek 2 BW-regeling is een benoeming in strijd met de Pensioenfondsenregeling nietig en heeft deze nietigheid geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen.

Ook bestuurders en toezichthouders van pensioenfondsen worden geacht geschikt (en betrouwbaar) te zijn. In het kader van de geschiktheidstoetsing van (mede)beleidsbepalers van pensioenfondsen beoordeelt DNB de geschiktheid van de kandidaat voor een pensioenfonds aan de hand van zeven specifiek voor pensioenfondsen geschreven aandachtsgebieden uit de Beleidsregel geschiktheid 2012 (art. 1.2.2). Ondanks dat een kandidaat niet boven de 1 fte uitkomt, toetst DNB – als onderdeel van de competentie “loyaliteit”, onderdeel g) van de Bijlage bij de Beleidsregel – of de kandidaat ook in de praktijk voldoende tijd beschikbaar heeft om de functie uit te oefenen. Hierbij zijn onder andere de zwaarte van de functie en alle bestaande nevenfuncties relevant. In de in september 2017 geactualiseerde Handreiking geschikt pensioenfondsbestuur van de Pensioenfederatie³⁸, adviseert de Pensioenfederatie pensioenfondsbesturen ook om kandidaat-bestuursleden op voorhand te vragen naar deze nevenfuncties. DNB verwacht tot slot van pensioenfondsen dat deze voorafgaand aan de toetsing onderbouwen of een kandidaat aan de Pensioen-

33 Voor ‘significant’ beleggingsondernemingen en marktexploitanten is de AFM in art. 4:9.0a lid 2 Wft jo. art. 5:29a lid 2 Wft aangewezen als bevoegde toezichthouder. Vreemd genoeg lijkt deze bevoegdheid echter beperkt te zijn tot leden van het “bestuur” omdat de toezichthoudende leden niet expliciet worden genoemd.

34 Zie eerder over deze indeling in actieve en passieve zijde Rietveld (2014), p. 29, onder verwijzing naar B.F. Assink, *W.J. Slagter. Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 899.

35 Zo concludeert ook de onderzoekscommissie in het Evaluatieonderzoek, p. 264.

36 Zie eerder Rietveld (2014), p. 33. Zie ook het Evaluatieonderzoek, p. 263-264 en p. 267, onder verwijzing naar de Allen & Overy Benoemingscheck (www.aobenomingscheck.nl/nl/reference-crd-iv) waar de functie van lid van een RvT wel wordt meegeteld.

37 Evaluatieonderzoek, p. 265 en p. 363.

38 Via <https://www.pensioenfederatie.nl/cms/showpage.aspx?id=1586>. Zie ook Bijlage 2 bij deze Handreiking (p. 67-68) inzake het tijdsbeslag van bestuursfuncties.

fondsenregeling voldoet en zij dienen inzicht te verschaffen in de daadwerkelijke tijdsbesteding van een kandidaat.³⁹

Stemadviezen

Voor beursvennootschappen is ten slotte nog van belang wat stemadviesbureaus ISS en Glass Lewis in hun algemene stemadviesbeleid⁴⁰ adviseren ten aanzien van het onderwerp overboarding. De invloed van de door deze stemadviseurs afgegeven stemadviezen mag niet worden onderschat. Een benoeming kan rechtsgeldig zijn onder de wettelijke regelingen maar alsnog geen doorgang vinden onder invloed van een negatief stemadvies.⁴¹ Beursvennootschappen doen er goed aan om bij elke benoeming mee te wegen hoe de verschillende stemadviesbureaus adviseren en wat de verwachting is van de invloed van een negatief stemadvies op de stemming.

Omdat zowel ISS als Glass Lewis een Europees stemadviesbeleid hanteren, zijn deze soms lastig te duiden. Bovendien is ook de normering net weer even anders dan bij de wettelijke limiteringsregelingen. In hoofdlijnen ziet het beleid van beide stemadviseurs er als volgt uit. ISS is voornemens een negatief stemadvies af te geven wanneer een te benoemen kandidaat meer dan vijf posities bij beursvennootschappen heeft. Hierbij telt een positie als commissaris of niet-uitvoerende bestuurder als één positie, een voorzittersrol (binnen de RvC of de one-tier board) telt dubbel en een positie als (uitvoerende) bestuurder (of een vergelijkbare rol) telt voor drie posities. Een voorzitterschap van een RvC of one-tier board naast het zijn van bestuurder is niet toegestaan. De

regeling van Glass Lewis lees ik zo dat zij een negatief stemadvies kan afgeven bij benoeming van i) een (uitvoerende) bestuurder bij een beursvennootschap als deze in totaal meer dan twee functies bij beursvennootschappen heeft (bestuurder in een one-tier board of bestuurder of commissaris in een two-tier board), en ii) een niet-uitvoerende bestuurder of commissaris als deze al meer dan vijf functies bij beursvennootschappen heeft (bestuurder in een one-tier board of bestuurder of commissaris in een two-tier board). De voorzittersrol telt ook hier dubbel.

Concluderend

De limiteringsregeling is geen rustig bezit. Het is niet uit te sluiten dat in de toekomst nog nieuwe (Europese) limiteringsregelingen in werking zullen treden. Jaarlijks kunnen ook gewijzigde stemadviezen gelden. Recente ontwikkelingen hebben in bepaald opzicht wat licht doen schijnen op enkele onduidelijkheden van met name de CRD IV en MiFID II-regeling. Wellicht dat zich hetzelfde zal voordoen ten aanzien van de Boek 2 BW-regeling wanneer de minister in de Nota n.a.v. het verslag van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen zal reageren op de conclusies en aanbevelingen van de onderzoekscommissie. To be continued.

Over de auteur

Mw. mr. S. Rietveld

Senior Professional Support Lawyer Corporate bij Stibbe.

39 Open Boek Toezicht DNB - Aanvangstoetsing - beoordeling van geschiktheid voor pensioenfondsen (maart 2017), via <http://www.toezicht.dnb.nl/4/2/16/50-236201.jsp>; Open Boek Toezicht DNB - Aanvangstoetsing - in te dienen stukken (april 2017), via <http://www.toezicht.dnb.nl/4/2/16/50-229355.jsp> en Open Boek Toezicht DNB - Tijdsbeslag bestuurders en intern toezichthouders pensioenfondsen (augustus 2013), via <http://www.toezicht.dnb.nl/3/50-228587.jsp>.

40 ISS Europe Proxy Voting Guidelines. Benchmark Policy Recommendations. Effective for Meetings on or after February 1, 2018 (p. 8-9), via <https://www.issgovernance.com/file/policy/active/emea/Europe-Voting-Guidelines.pdf> en Glass Lewis 2018 Proxy Paper Guidelines. An overview of the Glass Lewis approach to proxy advice. Continental Europe (p. 7), via http://www.glasslewis.com/wp-content/uploads/2017/12/2018_Continental_Europe_Guidelines.pdf.

41 Een negatief stemadvies kan er bijvoorbeeld toe leiden dat een benoeming door een beursvennootschap van de agenda wordt gehaald (zie ook Rietveld (2014), p. 32) of dat een agendapunt door de hoeveelheid tegenstemmen sneuvelt.