

308. Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd

MR. S. RIETVELD

Bepaalde rechtspersonen dienen bij het voorstellen van kandidaten voor (her)benoeming als bestuurder of toezichthouder aandacht te besteden aan de vraag of deze bestuurders en toezichthouders niet te veel functies tegelijkertijd bekleden (*overboarding*). Om overboarding tegen te gaan worden steeds meer regelingen ingevoerd die zien op de limitering van het aantal functies (limiteringsregeling). In Nederland zullen in dit verband vanaf 1 juli 2014 vier verschillende limiteringsregelingen naast elkaar bestaan.¹ Voor beursvennootschappen geldt sinds 1 januari 2004 de in de corporate governance code (de Code) opgenomen limiteringsregeling. Deze regeling is op 1 januari 2013 grotendeels ingehaald door inwerkingtreding van de dwingendrechtelijke limiteringsregeling voor 'grote' rechtspersonen in Boek 2 BW. Op 1 juli 2014 zullen twee nieuwe limiteringsregelingen in werking treden: zowel voor pensioenfondsen als voor 'significante' banken en beleggingsondernemingen zal een eigen limiteringsregeling gaan gelden. Beide regelingen verklaren daarbij de Boek 2 BW regeling buiten toepassing. In dit artikel staan deze vier limiteringsregelingen centraal. Eerst zal de voorgeschiedenis van de limiteringsregeling worden besproken. Vervolgens worden de vier limiteringsregelingen op hoofdlijnen geschetst. Daarna komen enkele andere invloeden aan de orde en bespreek ik de samenloop van de verschillende regelingen. Tot slot worden nog enkele kritische kanttekeningen geplaatst, waarna ik afsluit met een conclusie.

Voorgeschiedenis

Al langere tijd staat de kwaliteit van bestuur en toezicht in de belangstelling. Als gevolg van de boekhoudschandalen aan het begin van de 21^e eeuw bij onder andere Enron, Ahold en Parmalat, later gevolgd door de financiële crisis, werd de roep om maatregelen tegen tekortschietende corporate governance steeds groter. Een van deze maatregelen betreft de limitering van het aantal functies, al dan niet in de vorm van wet- en regelgeving. De gedachte is dat bestuurders en commissarissen voldoende tijd voor hun functie beschikbaar moeten hebben om op deze manier een kwaliteitsslag te kunnen maken.

De eerste Nederlandse limiteringsregeling voor commissaris-

sen is opgenomen in de veertig aanbevelingen van de commissie Peters uit 1997.² In die regeling was nog geen limiet gesteld aan het aantal uit te oefenen commissariaten. In algemene zin werd opgeroepen om een zodanige beperking van het aantal commissariaten van een persoon bij (beursgenoteerde) vennootschappen aan te brengen dat een goede taakvervulling zou worden gewaarborgd. Omdat de aanbevelingen echter een vrijblijvend karakter hadden, werden deze door veel vennootschappen niet serieus genoeg genomen.³ Door de inwerkingtreding van de Code in 2004 werd deze vrijblijvendheid weggenomen. Voor bestuurders en commissarissen van beursvennootschappen werd in de Code een limiteringsregeling opgenomen waaraan een maximum aantal commissariaten bij andere beursvennootschappen was

1 Ik ga er ten behoeve van dit artikel van uit dat de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten (CRD IV) (*Kamerstukken I* 2013-2014, 33849, nr. A) en het begin dit jaar geconsulteerde Implementatiebesluit CRD IV (http://www.internetconsultatie.nl/implementatiebesluit_crd_iv) daadwerkelijk op 1 juli 2014 in werking treden. Bij het afsluiten van de kopij van deze bijdrage bestond daarover nog geen 100% zekerheid.

2 'Corporate Governance in Nederland. De veertig aanbevelingen' d.d. 25 juni 1997. Zie ook de op 19 oktober 1993 gepubliceerde 'NCD-visie inzake structuurregime. Negen aanbevelingen' van het Nederlands Centrum van Directeuren en Commissarissen (NCD) waarin een beperking van het aantal commissariaten dat één persoon kan vervullen was opgenomen van tien.

3 Zie het slotdocument van de Commissie Streppel 'Corporate governance in beweging' (augustus 2013), p. 11.

verbonden (de Coderegeling).

Ondanks dat de Code wettelijk werd verankerd, blijft deze een vorm van zelfregulering: volgens het ‘pas-toe-of-leg-uit beginsel’ kunnen beursvennootschappen de Code toepassen óf in hun jaarverslag gemotiveerd aangeven waarom zij daarvan afwijken. De controle hiervan ligt in feite in handen van de beleggers: zij kunnen het bestuur en de raad van commissarissen (RvC) ter verantwoording roepen. Voor de benoeming van commissarissen geldt daarbij in beginsel een eigen verantwoordelijkheid van de algemene vergadering. Het is immers de algemene vergadering die de commissarissen benoemt en dus ook inhoudelijk beslist of de Coderegeling ten opzichte van diezelfde commissarissen wordt toegepast.

De Code kon echter niet voorkomen dat er zich de laatste jaren toch opnieuw gevallen van falend ondernemingsbestuur hebben voorgedaan. Daarbij waren zowel de rol van de bestuurders als die van de interne toezichthouders in het geding. Onder andere wijzend op het grote belang van goed bestuur en toezicht, heeft de wetgever er dan ook voor gekozen om een soortgelijke limiteringsregeling dwingendrechtelijk op te nemen in Boek 2 BW (de Boek 2 BW regeling). Ook de Boek 2 BW regeling gaat uit van een maximering van het aantal toezichthoudende functies, maar kent een ruimer toepassingsbereik dan de Coderegeling: niet alleen beursvennootschappen maar alle ‘grote’ nv’s, bv’s en stichtingen (de ‘grote’ rechtspersonen) moeten zich vanaf 1 januari 2013 aan de Boek 2 BW regeling committeren.⁴

Er is veel kritiek geweest op beide regelingen, al wordt de Coderegeling door beursvennootschappen goed nageleefd. Rechtspersonen zouden onnodig in hun keuzevrijheid worden beperkt, er wordt geabstraheerd van persoonlijke eigenschappen van bestuurders en toezichthouders en de regeling zou ten koste gaan van het niet of nauwelijks betaald toezicht bij non-profitinstellingen.⁵

Ook pensioenfondsen gedreven in de vorm van een ‘grote’ stichting, vielen onder de Boek 2 BW regeling. Echter, al tijdens de parlementaire behandeling van de Boek 2 BW regeling, werd voor een eigen regeling gepleit.⁶ Een eigen regeling zou moeten voorkomen dat er onvoldoende deskundige personen beschikbaar zouden zijn om vacatures te vervullen. Bovendien werd de Boek 2 BW regeling voor pensioenfondsen onnodig belastend gevonden. Vanaf 1 juli

2014 zal dan ook voor alle pensioenfondsen een eigen limiteringsregeling gaan gelden (de pensioenfondsenregeling).⁷ Deze regeling verklaart de Boek 2 BW regeling buiten toepassing.

Vanuit Europa is – onder andere vanwege de kredietcrisis – ook veel aandacht voor verbetering van de governance

Om overboarding tegen te gaan worden steeds meer regelingen ingevoerd die zien op de limitering van het aantal functies

van de verschillende financiële instellingen. Op 1 juli 2014 zal de Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten (CRD IV)⁸ in werking treden. Als gevolg hiervan zal ook voor ‘significante’ banken en beleggingsondernemingen per 1 juli 2014 een eigen limiteringsregeling gaan gelden (de CRD IV regeling).⁹ De Boek 2 BW regeling wordt ook hier buiten toepassing verklaard.

De vier verschillende limiteringsregelingen nader beschouwd

Hierna worden de vier verschillende limiteringsregelingen op hoofdlijnen besproken. Voor een gedetailleerd overzicht op het gebied van doelstelling, toepassingsbereik, normering, uitzonderingen en sanctionering, verwijs ik naar het praktische schema dat aan het einde van dit artikel is opgenomen. De problematiek van het toepassingsbereik laat ik verder buiten beschouwing. Ik zal mij met name richten op die onderdelen die voor de samenloop van de verschillende limiteringsregelingen van belang zijn. Hiervoor is ten eerste van belang op welk moment getoetst moet worden. Dat is het moment van benoeming of herbenoeming. Vervolgens is van belang bij welk type rechtspersoon de kandidaat benoemd gaat worden. Geldt voor dat type rechtspersoon een bepaalde limiteringsregeling? Zo ja, dan hebben wij te maken met de regels van die specifieke limiteringsregel. Dat is de actieve zijde van een limiteringsregeling. Samenloop doet zich echter voor aan de passieve zijde. Deze passieve zijde ziet op de rechtspersonen waar de te benoemen persoon al functies bekleedt die moeten worden meegenomen in de optelsom om te bepalen of een benoeming aan de actieve zijde mogelijk is.¹⁰

De Coderegeling

De Coderegeling beperkt het aantal commissariaten dat bestuurders en commissarissen van Nederlandse beursvennootschappen mogen bekleden. Bestuurders van Nederland-

4 Wet bestuur en toezicht, *Stb.* 2011, 275 en Reparatiewet bestuur en toezicht, *Stb.* 2012, 440. Zie ook *Kamerstukken II* 2009-2010, 31763, nr. 20. De toepasselijkheid van de regeling op ‘grote’ stichtingen heeft te maken met het feit dat er ook diverse incidenten zijn geweest in de (semi-) publieke sector, zoals bij zorginstellingen en onderwijsinstellingen.

5 Zie bijvoorbeeld B.F. Assink, *W.J. Slagter. Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 900-901; J. Winter en J.B. Wezeman, P. van Schilfgaarde. *Van de NV en de BV*, Deventer: Kluwer 2013, p. 259 en J.B. Wezeman, ‘Goed toezicht bij grote ondernemingen – Weg met de supercommissaris’, *Ars Aequi* april 2010, p. 232-234. De Wet bestuur en toezicht wordt drie jaar na inwerkingtreding geëvalueerd.

6 Brief van de Pensioenfederatie aan de minister van V&J d.d. 12 oktober 2011 en Verzoek van de Stichting van de Arbeid om voor pensioenfondsen te komen tot een specifieke regeling d.d. 12 maart 2012. Zie ook Advies 12/05 van de SER (september 2012).

7 Wet versterking bestuur pensioenfondsen, *Stb.* 2013, 302. Zie ook *Kamerstukken II* 2012-2013, 33182, nr. 12, p. 3-4 en *Stb.* 2013, 329, p. 9-13.

8 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33849, nr. A. Deze wet implementeert de Richtlijn Kapitaalvereisten (Richtlijn 2013/36/EE, *PbEU* L176, met corrigendum, (de CRD IV richtlijn).

9 Ook het voorstel voor de MiFID II richtlijn (COM 2011/656) bevat een limiteringsregeling.

10 Zie B.F. Assink (2013), p. 899.

se beursvennootschappen mogen op grond van best practice bepaling II.1.8 van de Code niet meer dan twee commissariaten bij andere *beursvennootschappen* (daaronder begrepen buitenlandse beursvennootschappen)¹¹ bekleden en zij mogen geen voorzitter zijn van een RvC. De limiteringsregeling voor commissarissen gaat er in best practice bepaling III.3.4 van de Code van uit dat het aantal commissariaten van één persoon bij beursvennootschappen zodanig is beperkt dat een goede taakvervulling is gewaarborgd. Een commissaris behoort in dit verband niet meer dan vijf commissariaten bij *Nederlandse beursvennootschappen* (daaronder dus *niet* begrepen buitenlandse beursvennootschappen) te hebben, waarbij het voorzitterschap van een RvC dubbel telt.

De Coderegeling houdt (nog) niet expliciet rekening met de *one-tier board*.¹² Dit komt de begrijpelijkheid van de regeling niet ten goede. Het is te hopen dat de nieuwe Monitoring Commissie Corporate Governance Code dit punt zal meenemen wanneer zij de Code zal gaan herzien. Het is aan te bevelen om dan ook meteen een regeling op te nemen hoe moet worden omgegaan met principes en best practices die tussentijds zijn ingehaald door andersluidende dwingendrechtelijke regelingen in de wet. Sinds de inwerkingtreding van de Boek 2 BW regeling op 1 januari 2013 kunnen beursvennootschappen tenslotte niet langer door middel van pas-toe-of-leg-uit afwijken van de Coderegeling.

De Boek 2 BW regeling.¹³

De Boek 2 BW regeling is opgenomen in art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW. Het betreft een dwingendrechtelijke regeling waarbij het aantal *toezichthoudende* functies van bestuurders en toezichthouders van 'grote' rechtspersonen is gemaximeerd. Het aantal *bestuursfuncties* is niet gelimiteerd. Een bestuurder of toezichthouder kan dus ongelimiteerd meerdere bestuurdersfuncties tegelijkertijd bekleden. De regeling is niet van toepassing op coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, verenigingen en buitenlandse rechtspersonen. Een persoon kan niet tot (uitvoerend) bestuurder van een 'grote' rechtspersoon worden benoemd indien deze persoon al commissaris, lid van een toezichthoudend 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.

De pensioenfondsenregeling¹⁴

Vanaf 1 juli 2014 zal voor alle pensioenfondsen een eigen limiteringsregeling gelden op grond van art. 105a en 110a¹⁵ van de Pensioenwet en art. 35a van het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (het Besluit).¹⁶ De Boek 2 BW regeling is daarin buiten toepassing is gesteld.

In tegenstelling tot de Boek 2 BW regeling is er bij de pensioenfondsenregeling voor gekozen om naast de *toezichthoudende* functies ook de *bestuursfuncties* te maximeren. De minister van Veiligheid & Justitie zag daarvoor in de Boek 2 BW regeling destijds geen aanleiding omdat bestuursfuncties bij grote instellingen normaliter fulltime functies zijn, waarbij het cumuleren van bestuursfuncties dan vanzelf wordt beperkt. In de pensioensector is het juist gebruikelijk dat één persoon meerdere bestuursfuncties combineert omdat het besturen van een fonds vrijwel altijd een deeltijdbaan betreft.¹⁷

De pensioenfondsenregeling heeft bovendien een van de Boek 2 BW regeling afwijkende normering. Als hoofdregel geldt dat bestuurders en leden van de raad van toezicht van een (beroeps)pensioenfonds voldoende tijd beschikbaar moeten hebben om hun functie naar behoren uit te oefenen (art. 105a en 110a Pensioenwet). Voor de normering is als uitgangspunt gekozen dat een bestuurder of lid van de raad van toezicht maximaal één fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtsfuncties kan vervullen (art. 35a Besluit). Er is daartoe een weging van het tijdsbeslag van deze functies opgenomen, waarbij wordt onderscheiden in grote en kleine pensioenfondsen en grote rechtspersonen (zie hierna figuur 1). Als de verschillende functies van een bestuurder of lid van een raad van toezicht opgeteld uitkomen boven één fte, dan kan het pensioenfonds niet tot benoeming overgaan.

11 Hiermee wordt benadrukt dat de bestuurstaak een hoofdtaak is die niet moet worden verstoord met te veel nevenfuncties. Zie C.W. de Monchy en M.H. Legein (red.), *Corporate governance in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 82-83.

12 Behoudens het summier nieuwsbericht van de Monitoring Commissie d.d. 26 september 2012 dat de bepalingen in de Code die zien op commissarissen direct moeten worden toegepast op non-executive directors in een one-tier board (<http://www.corpgov.nl/nieuws/1986/Code-en-non-executive-directors>).

13 Zie hierover bijvoorbeeld M.H. Legein, 'Wet bestuur en toezicht: een overzicht', *TOP* 2012, nr. 8, p. 306-311 en voor de 'grootte' criteria C.J.A. van Geffen, 'Wet Bestuur en Toezicht: relatie met de groottecriteria jaarrekeningenrecht en uitbreiding voorschriften jaarverslag', *TvJ* 2013, nr. 2/3, p. 45-50.

14 Zie over deze regeling de Q&A tijdsbeslag bestuurders van DNB. Hierin wordt tevens aandacht geschonken aan benoemingen bij pensioenfondsen tot 1 juli 2014. Zie ook A.F. Verdam, 'De Wet versterking bestuur pensioenfondsen', *WPNR* 2013/6997, p. 1063-1071 en W. Koeleman en R. Huiting, 'Implementatie nieuwe governance vereist een goed doordachte aanpak', *PM* 2014/20.

15 Vanaf 1 juli 2014 is de hoofdregel te vinden in art. 106a en 110ca van de Pensioenwet (zie *Stb.* 2013, 330).

16 Besluit van 30 juli 2013, houdende wijziging van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en enige andere besluiten in verband met het beloningsbeleid en enige andere wijzigingen (*Stb.* 2013, 329).

17 *Kamerstukken II* 2011-2012, 32873, nr. 5, p. 6; *Kamerstukken II* 2012-2013, 33182, nr. 12, p. 3-4 en *Stb.* 2013, 329, p. 9-13.

Fte-overzicht ¹⁸	Grote rechtspersoon ¹⁹	Groot pensioenfonds (≥10 miljard beheerd vermogen) ²⁰	Klein pensioenfonds (≤10 miljard beheerd vermogen)
Bestuursvoorzitter	0,6	0,6	0,3
Bestuurder	0,6	0,4	0,2
Voorzitter toezichthoudend orgaan	0,4	0,2	0,2
Lid toezichthoudend orgaan	0,2	0,1	0,1

Figuur 1

De Boek 2 BW regeling en de pensioenfondsenregeling kennen dezelfde sanctie bij overschrijding van het maximum aantal functies of het fte-equivalent: de benoeming is in strijd met de wet en daarmee nietig. De nietigheid van de benoeming heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen. Voor de pensioenfondsen geldt daar bovenop dat De Nederlandsche Bank (DNB) toezicht houdt op de functie-Invulling. De pensioenfondsenregeling is namelijk geschreven als minimumnorm:²¹ in het kader van de geschiktheidstoetsing van (mede)beleidsbepalers van pensioenfondsen toetst DNB of een kandidaat ook in de praktijk voldoende tijd beschikbaar heeft om de functie uit te oefenen. Dit kan tot gevolg hebben dat een bestuurder of lid van de raad van toezicht die niet boven de één fte uitkomt, toch niet benoemd mag worden. DNB let hierbij op de zwaarte van de beoogde functie en de bestaande nevenfuncties. Ook andere activiteiten dan genoemd in figuur 1 kunnen door DNB worden meegewogen. Ik kan mij voorstellen dat ook buitenlandse posities hieronder zouden kunnen vallen.

De CRD IV regeling

Voor ‘significante’ banken en beleggingsondernemingen zal met ingang van 1 juli 2014 eveneens een eigensoortige limiteringsregeling van toepassing zijn.²² Omdat de methodiek van de CRD IV regeling afwijkt van die van de Boek 2 BW regeling, is ook voor deze rechtspersonen de toepassing van de Boek 2 BW regeling uitgesloten.²³ Voor niet-significante banken en beleggingsondernemingen – mits gedreven in de

vorm van een ‘grote’ rechtspersoon – blijft de Boek 2 BW regeling van toepassing.

De CRD IV regeling is van toepassing op leden van het ‘leidinggevend orgaan’ van banken en beleggingsondernemingen die ‘significant’ zijn. Beide begrippen behoeven een nadere toelichting. De CRD IV richtlijn geeft geen concrete invulling aan het begrip ‘significant’ maar beschrijft slechts dat dient te worden gekeken naar de individuele omstandigheden en naar de aard, omvang of complexiteit van de werkzaamheden van de betreffende instelling. Kort gezegd zal in Nederland als hoofdregel hebben te gelden dat DNB (voor banken) en de stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) (voor beleggingsondernemingen) zullen beoordelen wanneer een bank of beleggingsonderneming als significant moet worden aangemerkt, gelet op de omvang, interne organisatie en de aard, reikwijdte en complexiteit van de betreffende bank of beleggingsonderneming.²⁴ Het ‘leidinggevend orgaan’ heeft volgens de CRD IV richtlijn zowel een uitvoerende als een toezichthoudende functie.²⁵ In Nederland valt onder dit begrip zowel het bestuur als het orgaan dat is belast met toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken.

Ook bij de CRD IV regeling worden niet alleen *toezichthoudende* functies gelimiteerd, maar ook *bestuursfuncties*, al geschiedt dit op andere wijze dan bij de pensioenfondsenregeling. De mate van limitering bij de CRD IV regeling is namelijk afhankelijk van een aantal in de CRD IV richtlijn specifiek opgenomen combinaties van ‘bestuursfuncties’. De leden van het leidinggevend orgaan vervullen tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties: a) één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties; of b) vier niet-uitvoerende bestuursfuncties. Onder uitvoerende bestuursfunctie dient te worden verstaan de functies van bestuurder en uitvoerende bestuurder en onder niet-uitvoerende bestuursfunctie vallen zowel commissarissen als niet-uitvoerende bestuurders.

Anders dan bij de Boek 2 BW regeling en de pensioenfond-

Bij de pensioenfondsenregeling en de CRD IV regeling is de Boek 2 BW regeling buiten toepassing gesteld

senregeling leidt overschrijding van het aantal functies niet tot nietigheid van de benoeming. De CRD IV regeling wordt bestuursrechtelijk gehandhaafd. Dit betekent bijvoorbeeld dat een last onder dwangsom of bestuurlijke boete door de toezichthouders kan worden opgelegd en dat – net als bij de pensioenfondsenregeling – een geschiktheidstoetsing voor (mede)beleidsbepalers geldt.²⁶ De CRD IV regeling gaat ook uit van een minimumnorm. De bevoegde autoriteiten

18 Zie de Q&A tijdsbeslag bestuurders van DNB.

19 Dit zijn de ‘grote’ rechtspersonen (niet zijnde een pensioenfonds) uit de Boek 2 BW regeling (art. 35a lid 5 sub c Besluit).

20 Dit is het totaal aan activa van het pensioenfonds, zoals gerapporteerd in de jaarstaten (art. 35 lid 5 sub a en b Besluit en Q&A tijdsbeslag bestuurder van DNB).

21 De toelichting (*Stb.* 2013, 329, p. 10) gebruikt de term minimumnorm. Ik zou eerder de term maximumnorm gebruiken omdat één fte het maximum is dat een kandidaat aan functies mag vervullen.

22 Art. 91 lid 3-6 van de CRD IV richtlijn. Zie voor banken art. 3:8 lid 3 en 4 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) en art. 17d Besluit prudentiële regels Wft en voor beleggingsondernemingen art. 4:9b Wft en art. 30b Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

23 Art. 3:8 lid 3 sub b en 4:9b lid 1 sub b Wft. Zie ook *Kamerstukken II* 2013-2014, 33849, nr. 3, p. 39.

24 Art. 91 lid 3 Richtlijn jo. 3:8 lid 4 en 4:9b lid 2 Wft en art. 17d Besluit prudentiële regels Wft en art. 30b Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

25 Art. 3 lid 1 sub 7 en Preambule 56 van de CRD IV richtlijn.

26 Zie *Kamerstukken II* 2013-2014, nr. 33849, nr. 3, p. 39.

(DNB en AFM) kunnen leden van het leidinggevend orgaan toestemming verlenen om nog één andere niet-uitvoerende bestuursfunctie te mogen bekleden. Er zijn nog geen richtlijnen op dit gebied.

Overige invloeden

Bestuurders en toezichthouders bekleden veelal niet alleen functies bij Nederlandse rechtspersonen maar hebben ook buitenlandse posities. Slechts de Coderegeling houdt rekening met dergelijke posities, althans voor zover het de regeling voor de bestuurders betreft. Het is dan ook nog maar de vraag of door gebruikmaking van deze vier verschillende toepassingen van de limiteringsregeling het beoogde effect daarvan zal worden bereikt, te weten dat bestuurders en toezichthouders meer tijd kunnen besteden aan hun functies om zodoende een kwaliteitsslag te bevorderen. Er gaan bovendien stemmen op dat het toch vooral de bestuurders en toezichthouders zelf zouden moeten zijn die de cultuur en het gedrag in de *boardroom* zullen moeten doorbreken.²⁷ Bestuurders en toezichthou-

ders ook zonder wet- en regelgeving zullen bestuurders en commissarissen gelimiteerd om moeten gaan met hun hoeveelheid aan functies.

Samenloop

Hoe werken voorgaande regelingen nu uit wanneer sprake is van een te benoemen kandidaat bij het ene type rechtspersoon, terwijl reeds functies worden bekleden bij diverse andere type rechtspersonen? Dit is een ingewikkelde materie. Eerst dient bepaald te worden welke limiteringsregeling van toepassing is. Dit hangt af van het antwoord op de vraag bij welk type rechtspersoon de benoeming plaatsvindt (actieve zijde). Is de limiteringsregeling eenmaal bekend, dan dient voor elke reeds beklede positie te worden bepaald hoe deze positie meetelt in de optelsom van de van toepassing zijnde limiteringsregeling (passieve zijde). Eventuele samenloopproblematiek ontstaat aan deze passieve zijde, voor hoeveel tellen deze functies mee?

De pensioenfondsenregeling en de Boek 2 BW regeling gaan aan de actieve zijde uit van verschillende grootheden. Terwijl de pensioenfondsenregeling uitgaat van tijdsbeslag per functie (het *fte-equivalent*), gaat de Boek 2 BW regeling uit van een maximum *aantal* posities. Hierdoor kunnen posities bij de ene rechtspersoon niet automatisch worden meegeteld in de optelsom van de andere regeling. Om dit mogelijk te maken dient er een vertaling plaats te vinden van de ene grootheid naar de andere. De pensioenfondsenregeling maakt deze vertaling. In art. 35a Besluit is voor elk van de verschillende posities bij 'grote' rechtspersonen (waarmee de Boek 2 BW 'grote' rechtspersonen worden bedoeld) bepaald hoeveel fte daarvoor moet worden gerekend. Omgekeerd is dit echter niet het geval. Weliswaar is in elk van de relevante artikelen in Boek 2 BW opgenomen dat een reeds beklede positie bij een pensioenfonds moet worden geteld overeenkomstig art. 35a Besluit,³⁰ maar daarin is niet bepaald welk gedeelte van het fte-equivalent gelijk staat aan één positie binnen de Boek 2 BW regeling. Ik ga er dan ook maar van uit dat men in het voorkomende geval de vertaalslag zelf moet maken. Ik neem aan dat daarbij moet worden doorgeredeneerd vanuit de pensioenfondsenregeling. In de Boek 2 BW regeling mag een commissaris maximaal vijf toezichthoudende functies bij 'grote' rechtspersonen vervullen. In de pensioenfondsenregeling mogen ook slechts vijf toezichthoudende functies bij 'grote' rechtspersonen tegelijkertijd worden bekleden. Een positie als (gewoon) lid van een toezichthoudend orgaan (dus niet de voorzitter) van een 'grote' rechtspersoon is in figuur 1 tenslotte opgenomen als 0,2 fte en 5 x 0,2

Er gaan stemmen op dat het toch vooral de bestuurders en toezichthouders zelf zouden moeten zijn die de cultuur en het gedrag in de boardroom zullen moeten doorbreken

ders hebben wat dat betreft ook een eigen verantwoordelijkheid bij het toetreden tot de raad: zij dienen zich goed te realiseren wat een nieuwe functie inhoudt alvorens zich te committeren en daarvoor dient in ieder geval ook een inschatting te worden gemaakt hoeveel tijd een functie zal kosten.²⁸ Het zijn ook deze personen die te maken krijgen met reputatieschade wanneer zij te veel functies tegelijkertijd bekleden.

In dit verband wijs ik ook op de niet te onderschatten invloed van de internationale stemadviesbureaus als ISS en Glass Lewis. Bij (her)benoemingen van kandidaten die al meerdere toezichthoudende functies bekleden, wordt door hen veelal een negatief stemadvies afgegeven. Een voorbeeld hiervan kwam naar voren tijdens de jaarlijkse algemene vergadering van ING Groep NV in 2012. Tijdens deze vergadering trok de heer Mehta, die was voorgedragen om te worden benoemd als commissaris, zijn kandidatuur in onder andere vanwege de negatieve stemadviezen van ISS en Glass Lewis vanwege overboarding.²⁹ Kortom,

27 Zie bijvoorbeeld M. Lückerath-Rovers, 'Ongeschreven regels of wetgeving? Het onderschatte belang van de zelfevaluatie voor bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2012/93 en de rapportage van de Commissie Behoorlijk Bestuur 'Een lastig gesprek' (september 2013).

28 Zie voor commissarissen in dit verband de Gedragscode voor Commissarissen en Toezichthouders van A. de Bos en M. Lückerath-Rovers, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht en Compliance 2009.

29 Onderzoeksrapport Overzicht Corporate Governance in Nederland 2003-2013, Breukelen: Nyenrode Business Universiteit 2013, p. 133-134. Ook de heer Mehta bekleedde diverse buitenlandse posities.

30 Art. 2:132a lid 2 sub f BW luidt bijvoorbeeld: "wordt de benoeming [de positie, red. SR] van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 105a van de Pensioenwet en artikel 110a van de Wet verplichte beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur." Het is verwarrend om hier gebruik te maken van het begrip "benoeming". Ik neem aan dat "positie" zal zijn bedoeld omdat dit de passieve zijde van de limiteringsregeling betreft.

fte = 1 fte. Hierdoor lijkt het niet meer dan logisch om vijf posities onder de Boek 2 BW regeling gelijk te stellen met één fte onder de pensioenfondsenregeling. De positie voorzitter van een toezichthoudend orgaan van een groot of klein pensioenfonds (als 0,2 fte opgenomen in figuur 1) kan op deze manier als één positie onder de Boek 2 BW regeling meetellen en de positie als lid van het toezichthoudend orgaan bij een groot of klein pensioenfonds (als 0,1 fte opgenomen in figuur 1) als een halve positie. Met een voorbeeld zal ik dit verduidelijken.

Een bestuurder die is voorgedragen voor benoeming bij een ‘grote’ nv bekleedt al de volgende functies: i) commissaris bij een ‘grote’ bv; ii) lid van de raad van toezicht van een groot pensioenfonds; en iii) niet-uitvoerend bestuurder bij een klein pensioenfonds. Het commissariaat telt mee als één positie. Het lidmaatschap bij de raad van toezicht telt mee als een halve positie. Benoeming is dan nog mogelijk. Ten aanzien van de positie van de niet-uitvoerende bestuurder bij een klein pensioenfonds is iets bijzonders aan de hand. Uit de memorie van toelichting³¹ bij de pensioenfondsenregeling blijkt namelijk dat de niet-uitvoerende bestuurders bij pensioenfondsen met een one-tier board moeten worden aangemerkt als *bestuurder* en niet, zoals in Boek 2 BW, als *toezichthouder*. De positie als bestuurder bij een klein pensioenfonds is als 0,2 fte opgenomen in figuur 1. De positie als niet-uitvoerende bestuurder bij een klein pensioenfonds dient dan ook mee te tellen als één positie. Bij elkaar opgeteld bekleedt de kandidaat reeds twee en een halve positie, benoeming is niet mogelijk.

Zowel de Boek 2 BW regeling als de pensioenfondsenregeling houden aan de passieve zijde geen rekening met de CRD IV regeling. Dit betekent dat een positie bij een ‘significante’ bank of beleggingsonderneming slechts meetelt indien deze ‘significante’ bank of beleggingsonderneming tevens wordt gedreven in de vorm van een ‘grote’ rechtspersoon. Nog een voorbeeld.

Een bestuurder die is voorgedragen voor benoeming bij een ‘grote’ bv bekleedt al de volgende functies: i) commissaris bij een ‘grote’ bv; ii) lid van de raad van toezicht van een klein pensioenfonds; en iii) commissaris bij een ‘significante’ bank-structuurcoöperatie. De commissarispositie bij de ‘grote’ BV telt mee als één positie en het lidmaatschap van de raad van toezicht telt mee als een halve positie. Bij elkaar anderhalve positie. Benoeming is dan mogelijk. De positie onder iii) telt niet mee. De ‘significante’ bank is tenslotte niet tevens ‘grote’ rechtspersoon omdat de Boek 2 BW regeling niet van toepassing is op coöperaties. Benoeming is dus mogelijk.

Samenlooppromblemen doen zich ook voor bij de CRD IV regeling. De CRD IV regeling houdt aan de passieve zijde namelijk geen rekening met de andere limiteringsregelingen. Bovendien is de uitwerking van de regeling zelf ook onduidelijk. De regeling gaat aan de passieve zijde uit van combinaties van uitvoerende en niet-uitvoerende ‘bestuursfuncties’. Het is echter de vraag waar deze posities bekleed

zouden moeten zijn. De CRD IV richtlijn lijkt uit te gaan van het begrip “entiteiten” (art. 91 en Preambule 58) en in Nederland zou het gaan om het begrip “rechtspersoon” (art. 3:8 lid 3 sub c en 4:9b lid 1 sub c Wft). Je kunt je afvragen of hieronder ook buitenlandse posities moeten worden verstaan.

Bovendien zijn bepaalde posities van de regeling uitgesloten. Slechts de functies (uitvoerende) bestuurder, commissaris en niet-uitvoerende bestuurder tellen mee. Dit heeft tot gevolg dat bijvoorbeeld het lidmaatschap van een raad van toezicht van een pensioenfonds niet meetelt en een niet-uitvoerende bestuursfunctie bij een pensioenfonds wel.

Hoe werken de regelingen nu uit wanneer sprake is van een te benoemen kandidaat bij het ene type rechtspersoon, terwijl reeds functies worden bekleed bij andere type rechtspersonen?

Hierdoor kan het uitmaken waar een kandidaat als eerste wordt benoemd: als een kandidaat wil opgaan voor zowel een lidmaatschap van de raad van toezicht van een groot pensioenfonds als voor een positie als bestuurder bij een ‘significante’ bank tevens ‘grote’ nv, dan zou deze kandidaat zich eerst moeten laten benoemen als lid van de raad van toezicht van een groot pensioenfonds en pas daarna als bestuurder van de ‘significante’ bank tevens ‘grote’ nv. In de pensioenfondsenregeling zal de positie als bestuurder bij de ‘significante’ bank tevens ‘grote’ nv namelijk meetellen als 0,6 fte. De maximale één fte is dan snel bereikt. Bij de CRD IV regeling zal de positie als lid van een raad van toezicht bij een pensioenfonds niet eens meetellen voor het bepalen van de combinaties. Kandidaten dienen zich dit te realiseren en ook rechtspersonen zouden hier rekening mee kunnen houden in het kader van hun *succession planning*. Het voert te ver om in deze bijdrage alle mogelijke problemen te schetsen. Mijn advies is om vooral praktisch met de verschillende regelingen om te gaan.

Enkele kanttekeningen tot slot

De manier waarop de wetgever de limitering van functies heeft geregeld, verdient wat mij betreft geen schoonheidsprijs. Afhankelijk van het type rechtspersoon geldt al dan niet een limiteringsregeling en wordt uitgegaan van een bepaalde methodiek en sanctionering. Ook de uitwerking aan de passieve zijde werkt voor elke regeling anders en vormt een ingewikkeld geheel. Dit past binnen de tendens om sectorgewijs bijzondere regelgeving op het gebied van de governance van rechtspersonen tot stand te brengen, waarbij wordt afgeweken van de algemene vennootschapsregels uit Boek 2 BW.³² Dat dit niet in het belang is van een eenduidig

31 Kamerstukken II 2012-2013, 33182, nr. 12, p. 3. Zie ook *Stb.* 2013, 329, p. 10 en 11-12.

32 Zie D. Meijeren en B. Bier, ‘Het wetsvoorstel ‘Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting’, *TOP* 2014, nr. 2, p. 42-51 (zie p. 43, noot 6 voor verdere verwijzingen).

begrip van de wet, werd al eerder naar voren gebracht.³³ Een van de oorzaken van deze aanpak is gelegen in het feit dat de governance regels voor elke sector op verschillende vakdepartementen worden opgesteld. Op deze manier wordt nauwelijks met een helicopterview naar de problematiek gekeken, maar trekt elke minister zijn of haar eigen plan.³⁴ Ook een vergaande versnippering van wet- en regelgeving is het gevolg. Het was wellicht beter geweest om met betrekking tot de limiteringsregeling te kiezen voor een basisregeling/minimumvereiste in Boek 2 BW, waarbij eventuele aanvullingen daarop in bijzondere wetten zouden kunnen worden opgenomen. Zo blijft het mogelijk om per sector de noodzakelijke verfijningen te maken, terwijl de basisregeling van toepassing is op alle vergelijkbare rechtspersonen, dus niet alleen op die rechtspersonen die zich toevallig bewegen in een bepaalde sector.³⁵

Concluderend

Vanaf 1 juli 2014 hebben bepaalde rechtspersonen, hun bestuurders en toezichthouders te maken met vier verschillende toepassingen van een limiteringsregeling. Hoewel beoogd wordt de kwaliteit van bestuur en toezicht te bevorderen, is het de vraag of deze doelstelling door middel van de thans ingeslagen weg gehaald zal gaan worden. Niet alleen is de vraag of de keuze voor wet- en regelgeving in deze überhaupt de juiste is, maar bovendien is de wijze van regulering hier en daar gebrekkig. Met een basisregeling in Boek 2 BW en eventuele aanvullingen daarop in specifieke wetgeving, lijken enkele van de in dit artikel geplaatste bezwaren te kunnen worden weggenomen. Kandidaten en rechtspersonen zouden de werking van de verschillende regelingen goed voor ogen moeten hebben en daarmee praktisch moeten omgaan.

33 Zie bijvoorbeeld de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) in hun advies aangaande het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen (32769) van 20 oktober 2011.

34 Hier lijkt overigens enige verandering in te komen. Zie bijvoorbeeld L.G.H.J. Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TvOB* 2014-1, p. 5-9 en de rapportage van de Commissie Behoorlijk Bestuur 'Een lastig gesprek' (september 2013). Zie ook het voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

35 Zie ook C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013/6996, p. 1038-1048.

Over de auteur

Mr. Sandra Rietveld is senior professional support lawyer corporate bij Stibbe

Verskillende toepassingen van de limiteringsregeling

Code	Doelstelling	Toepassingsbereik	Regeling	Uitzonderingen	Sanctie
	Bestuurders moeten voldoende tijd kunnen besteden aan het besturen van de onderneming. Bij commissarissen is het doel het doorbreken van het old boys network. De limitering moet beursgenoteerde nv's prikkelen om buiten de bestaande, beperkte kringen naar geschikte kandidaten te zoeken.	Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen.	Bestuurders: <ul style="list-style-type: none"> Niet meer dan twee commissariaten bij beursvennootschappen. Geen voorzitter van rvc. Aanvaarding van een commissariaat bij een beursvennootschap behoeft goedkeuring van de rvc. Andere belangrijke nevenfuncties moeten worden gemeld aan de rvc. Commissarissen: <ul style="list-style-type: none"> Zodanige beperking dat goede taakvervulling is gewaarborgd. Niet meer dan vijf commissariaten bij Nederlandse beursvennootschappen. Voorzitterschap van rvc telt dubbel. 	<ul style="list-style-type: none"> Benoemingen van verschillende rechtspersonen binnen één groep tellen als één benoeming. 	Vanwege de dwingendrechtelijke Boek 2 BW regeling kunnen beursgenoteerde nv's niet meer afwijken van de relevante best practice bepalingen.
Boek 2 BW	Toezichthouders zouden meer tijd moeten besteden aan hun functies om zodoende een kwaliteitsslag te bevorderen. Doel: i) waarborgen kwaliteit bestuur en toezicht; ii) voorkomen van belangenverstrengeling; en iii) doorbreken old boys network.	'Grote' nv's, bv's en stichtingen. N.v.t. op coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, verenigingen en buitenlandse rechtspersonen.	(Uitvoerend) bestuurder: <ul style="list-style-type: none"> Geen benoeming indien al commissaris, lid van een toezichthoudend orgaan of niet-uitvoerend bestuurder bij meer dan twee grote rechtspersonen. Geen voorzitter van rvc of one-tier board. Commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of lid van een toezichthoudend orgaan: <ul style="list-style-type: none"> Geen benoeming indien al commissaris, niet-uitvoerend bestuurder of lid van een toezichthoudend orgaan bij meer dan vijf grote rechtspersonen. Voorzitterschap rvc, toezichthoudend orgaan en one-tier board telt dubbel. 	<ul style="list-style-type: none"> Benoemingen van verschillende rechtspersonen binnen één groep tellen als één benoeming. Tijdelijke benoeming door de Ondernemingskamer telt niet mee. 	Nietigheid van de benoeming waarbij de rechts-geldigheid van de besluitvorming niet wordt aangetast.
Pensioenwet	Doel: i) waarborgen kwaliteit bestuur en toezicht; ii) voorkomen van belangenverstrengeling; en iii) doorbreken old boys network. De eisen uit Boek 2 BW kunnen onnodig belastend zijn voor pensioenfondsen. Ook is een limitering van bestuursfuncties nodig.	Pensioenfondsen.	Bestuurders en leden van de raad van toezicht moeten voldoende tijd beschikbaar hebben om hun functie naar behoren uit te oefenen. Uitgangspunt is dat een bestuurder of lid van de raad van toezicht maximaal één fulltime functie (fte) aan bestuurs- en toezichtsfuncties kan vervullen. In lagere regelgeving is daartoe een weg van het tijdsbeslag van deze functies opgenomen en wordt een onderscheid gemaakt tussen grote en kleine pensioenfondsen en grote rechtspersonen. Minimumnorm: in het kader van de geschiktheidstoetsing van (mede)beleidsbepalers van pensioenfondsen, toetst DNB – ondanks dat een kandidaat-bestuurder of toezichthouder niet boven de één fte uitkomt – of de kandidaat ook in de praktijk voldoende tijd beschikbaar heeft om de functie uit te oefenen.	<ul style="list-style-type: none"> Benoemingen van verschillende rechtspersonen binnen één groep tellen als één benoeming. Tijdelijke benoeming door de Ondernemingskamer telt niet mee. 	Nietigheid van de benoeming waarbij de rechts-geldigheid van de besluitvorming niet wordt aangetast. Toezicht door DNB.
CRD IV	Het combineren van een grote aantal bestuursfuncties zou een lid van het leidinggevend orgaan kunnen beletten genoeg tijd te besteden aan het vervullen van zijn toezichthoudende rol.	'Significante' banken en beleggingsondernemingen.	Het aantal bestuursfuncties dat een lid van het leidinggevend orgaan regelmatig kan vervullen, hangt af van individuele omstandigheden van de aard, de schaal en de complexiteit van de werkzaamheden van de bank of beleggingsonderneming. De mate van limitering is afhankelijk van een aantal specifiek opgenomen combinaties van bestuursfuncties.	<ul style="list-style-type: none"> Bestuursfuncties in organisaties die niet hoofdzakelijk commerciële doelen nastreven tellen niet mee. Als een enkele bestuursfunctie hebben te gelden bestuursfuncties binnen i) een groep; ii) instellingen die bij hetzelfde institutioneel protectiestelsel zijn aangesloten (mits voldaan aan Verordening (EU) 575/2013); en iii) ondernemingen (waaronder niet-financiële entiteiten) waarin de instelling een gekwalificeerde deelneming heeft. 	Bestuursrechtelijke handhaving ingevolge de Wft (o.a. door geschiktheidstoetsing of dwangsom). Toezicht door DNB en AFM.