

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)

MEMORIE VAN TOELICHTING (Ambtelijk voorontwerp)

I. Algemeen deel

1. Doel van het wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren. Daartoe wordt voorzien in een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij deze rechtspersonen. Voorts beoogt het wetsvoorstel voor verenigingen en stichtingen, op dezelfde wijze als voor NV's en BV's, te regelen dat (i) bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met die rechtspersoon verbonden organisatie, (ii) bestuurders en toezichthouders met een tegenstrijdig belang zich moeten onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming, (iii) bestuurders en toezichthouders aansprakelijk kunnen zijn voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling en (iv) in het geval van een faillissement dat in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijke taakvervulling bestuurders en toezichthouders hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn voor een tekort in de boedel. Specifiek ten aanzien van stichtingen strekt het wetsvoorstel ertoe te regelen dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan die het belang van de stichting zodanig schaden dat het voortduren van hun bestuurderschap of lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan in redelijkheid niet meer kan worden geduld, op verzoek van het openbaar ministerie of van belanghebbenden kunnen worden ontslagen.

2. Aanleiding voor het wetsvoorstel

2.1. Bestaande regelingen verschillen per rechtspersoon

Bestuurders en toezichthouders worden geacht hun taak behoorlijk te vervullen. In dat kader is van belang dat helder in de wet is geregeld wat die taak is, dat zij bij de vervulling ervan de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen en dat wanneer zij hun taak onbehoorlijk vervullen, zij voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk kunnen worden gehouden. Op deze punten bestaat echter nog niet voor alle rechtspersonen een uniforme regeling. Verschillen bestaan tussen NV's, BV's en coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen enerzijds en

verenigingen en stichtingen en anderzijds. Ook kent de wet verschillende regelingen voor commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen.

2.2. Bestaande verschillen dragen niet bij aan de kwaliteit van bestuur en toezicht

De bestaande verschillen leiden tot onduidelijkheid. Zij kunnen tot gevolg hebben dat toezichthouders niet goed weten wat van hen verwacht wordt en niet ingrijpen wanneer daartoe aanleiding bestaat. Aldus dragen zij niet bij aan een behoorlijke taakvervulling door bestuurders en toezichthouders bij verenigingen en stichtingen. Zij worden dan ook niet langer gerechtvaardigd geacht. In dat kader wordt een voor alle rechtspersonen geldende, uniforme regeling geïntroduceerd. Daarmee wordt uitvoering gegeven aan de in de brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 (Kamerstukken II, 2012-2013, 33750 VI, nr. 31) aangekondigde maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren. Tevens wordt invulling gegeven aan de aanbevelingen van de Commissie Behoorlijk Bestuur onder voorzitterschap van mevrouw F. Halsema, die heeft aangedrongen op een nauwkeuriger omschrijving van de taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren alsmede op de invoering van een tegenstrijdig belangregeling. Voor zover daaraan ten aanzien van instellingen in semipublieke sectoren behoefte bestaat, kan de met dit wetsvoorstel geïntroduceerde algemene regeling in bijzondere wetgeving worden aangevuld.

3. Inhoud van het wetsvoorstel

3.1. Wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen

De wet bepaalt voor alle rechtspersonen dat de taak van het bestuur is het besturen van de rechtspersoon (artikel 2:44 lid 1 BW (vereniging), artikel 2:129 BW (NV), artikel 2:239 lid 1 BW (BV) en artikel 2:291 lid 1 (stichting)). Ten aanzien van de taak van leden van het toezichthoudend orgaan geldt dat de wet daarvan slechts een regeling biedt ten aanzien van NV's (artikel 2:140 lid 2 BW), BV's (artikel 2:250 lid 2 BW) en coöperaties (artikel 2:57 lid 2 BW). Dit houdt verband met de omstandigheid dat de wet slechts ten aanzien van die rechtspersonen een uitdrukkelijke grondslag biedt voor de instelling van een toezichthoudend orgaan. Voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging of een stichting biedt de wet nog geen uitdrukkelijke grondslag. Deze wordt met dit wetsvoorstel gecreëerd.

Het wetsvoorstel beoogt geen wijziging te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren, zoals die waarin sprake is van een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur bij de vereniging of de stichting of het monistisch bestuursmodel bij de NV of de BV. Een monistisch bestuursmodel wordt voor verenigingen en stichtingen niet voorgesteld. Voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen is over de vastlegging van een dergelijk bestuursmodel geconsulteerd (zie www.internetconsultatie.nl) nadat uit de praktijk was gebleken van behoefte aan een dergelijk bestuursmodel. Van een dergelijke behoefte ten aanzien van de vereniging en de stichting is vooralsnog niet gebleken.

3.2. Uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten

De norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten, is voor NV's en BV's uitdrukkelijk in de wet vastgelegd. Sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 bepaalt de wet voor bestuurders dat zij zich bij de vervulling van hun taak richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikel 2:129/239 lid 5 BW). Voor commissarissen van NV's en BV's bestaat een dergelijke bepaling al langer (artikel 2:140/250 lid 2 BW).

In tegenstelling tot NV's en BV's is voor verenigingen en stichtingen in de wet nog niet uitdrukkelijk een norm vastgelegd waarnaar bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten. Ook bij verenigingen en stichtingen kan echter sprake zijn van een organisatie die, zoals ook het geval is bij een onderneming, bestaat uit een samenstel van belangen. Zo zijn bij een vereniging de belangen van de leden betrokken en bij een stichting mogelijk de belangen van de uitkeringsgerechtigden. Ook kan sprake zijn van belangen van oprichters, leden, donateurs en bijvoorbeeld schuldeisers en werknemers.

Thans wordt voorgesteld voor alle rechtspersonen te bepalen dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Voor de NV en de BV beoogt het wetsvoorstel geen inhoudelijke wijziging. De betreffende bepalingen worden weliswaar verplaatst van de specifiek voor die rechtspersonen geldende titels van Boek 2 BW naar de titel houdende de algemene bepalingen, maar hun formulering blijft nagenoeg onveranderd.

3.3. Uniformering van de tegenstrijdig belangregeling

In het voorgaande is uiteengezet dat bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten laten leiden door het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Zij moeten dat belang laten prevaleren boven hun eigen belangen.

Voor gevallen waarin bestuurders en toezichthouders een belang hebben dat direct of indirect tegenstrijdig is aan dat van de rechtspersoon, bevat de wet voor de NV en BV sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht een zogeheten besluitvormingsregeling (artikel 2:129/239 lid 6 BW en 2:140/250 lid 5 BW). Die regeling houdt kort gezegd in dat een bestuurder of een toezichthouder niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

Vóór de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 bepaalde artikel 2:146/256 BW (oud) dat in gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang had met een of meer bestuurders, de vennootschap werd vertegenwoordigd door commissarissen tenzij de statuten iets anders bepaalden. In de Memorie van Toelichting bij het voorstel voor de Wet bestuur en toezicht werd over de vervanging van de vertegenwoordigingsregeling door de huidige besluitvormingsregeling opgemerkt: "De in de wet gekozen oplossing (de vertegenwoordigingsregeling) geeft, mede gelet op de inmiddels omvangrijke jurisprudentie aanleiding tot nogal formeel aandoende besluitvorming door algemene vergaderingen en tot rechtsonzekerheid bij vennootschap en wederpartij. Voorts leidt het tegenstrijdig belang van één bestuurder tot ontneming van een bevoegdheid aan het gehele bestuur. Uit beschermingsoogpunt enigszins merkwaardig is verder dat de statuten een andere regel kunnen inhouden en de algemene vergadering een andersluidend besluit kunnen nemen, zelfs een besluit waarbij de bestuurder ondanks het tegenstrijdige belang vertegenwoordigingsbevoegd blijft. De statutaire regeling kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid evenwel ook aan de bestuurder toekennen. Aldus behoeft de vennootschap niet te worden beschermd tegen beïnvloeding van oordeelsvorming door een bestuurder indien de vennootschap besluit dat zij deze bescherming niet wenst, ook in het geval een minderheidsaandeelhouder daarbij veel baat zou kunnen hebben" (Kamerstukken II 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 11).

Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de vereniging en de stichting. Ook bij die rechtspersonen kan een tegenstrijdig belang van een bestuurder of een toezichthouder ertoe leiden dat een besluit wordt genomen dat voordelig is voor de bestuurder, maar nadelig voor de rechtspersoon. Ten aanzien van de vereniging kan de verantwoording

die het bestuur aan de algemene vergadering moet afleggen in bepaalde gevallen wellicht fungeren als rem op een besluit waarbij de bestuurder zijn eigen belang laat prevaleren boven de vereniging. Voor de stichting geldt dat zij als gevolg van het ledenverbod (artikel 2:285 lid 1 BW) geen algemene vergadering heeft. Daardoor wordt bij een stichting het risico dat een bestuurder zich laat leiden door een privébelang mogelijk versterkt. Dat geldt in het bijzonder in het geval dat geen toezichthoudend orgaan is ingesteld.

Een tegenstrijdig belangregeling moet eerst en vooral de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn dienen. In sectorale wetgeving wordt wel voorgeschreven dat in die sectoren werkzame rechtspersonen governance codes waarin een besluitvormingsregeling is opgenomen verplicht moeten naleven. Van een in Boek 2 BW opgenomen en daarmee algemeen geldend wettelijk verbod tot deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang is ten aanzien van de vereniging en de stichting echter nog geen sprake. Thans wordt daarom voorgesteld de besluitvormingsregeling te doen gelden voor alle rechtspersonen en aldus ook voor verenigingen en stichtingen. Dit is in lijn met het eerdergenoemde advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur en pleidooien in de literatuur (zie onder meer M.L. Lennarts, Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De Stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm* (2011), p. 143).

3.4. Uniformering van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van bestuurders geldt voor alle rechtspersonen, dus ook voor alle verenigingen en stichtingen, dat bestuurders op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk kunnen zijn in geval van schade die het gevolg is van onbehoorlijke taakvervulling. Met betrekking tot de aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan geldt dat de wet (artikel 2:149 BW en artikel 2:259 BW) ten aanzien van NV's en BV's voorziet in de mogelijkheid van aansprakelijkheid overeenkomstig artikel 2:9 BW. Voor verenigingen en stichtingen is deze mogelijkheid uitsluitend in het geval van het faillissement van commerciële verenigingen en stichtingen voorzien. Voor niet-commerciële verenigingen biedt de wet haar niet uitdrukkelijk. In de jurisprudentie is in dat kader wel geoordeeld dat artikel 2:9 BW niet van toepassing is op de taakvervulling door het toezichthoudend orgaan (zie Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, JOR 2008/126, *Stichting Hestia*).

Hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in geval van een faillissement van een rechtspersoon dat in belangrijke mate is veroorzaakt door

onbehoorlijke taakvervulling, kan alleen aan de orde zijn in het geval van een commerciële vereniging of stichting (artikel 2:50a BW en artikel 2:300a BW).

Ook wanneer geen sprake is van een faillissement of van een commerciële vereniging of stichting, kan onbehoorlijke taakvervulling van de bestuurder of het lid van het toezichthoudend orgaan leiden tot schade voor de vereniging of de stichting. Wanneer wel sprake is van een faillissement, geldt ook in het geval van een niet-commerciële vereniging of stichting dat wanneer dat faillissement in belangrijke mate wordt veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling van bestuurders of de leden van het toezichthoudend orgaan, daardoor schade kan ontstaan voor bijvoorbeeld de organisatie of crediteuren. De rechtspersoon of de curator kan de behoefte hebben om de betreffende bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan hoofdelijk aan te spreken voor de vergoeding van die schade. In het geval van een niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting onderworpen vereniging of stichting biedt de wet daarvoor thans geen uitdrukkelijke grondslag. Aldus staat niet vast of zulks mogelijk is.

Met dit wetsvoorstel wordt voor alle rechtspersonen een uniforme regeling getroffen inhoudend dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan aansprakelijk zijn in geval van onbehoorlijke taakvervulling. Ook wordt geregeld dat in het geval van een faillissement dat in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur, de bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor een tekort in de boedel.

In het licht van het voorgaande zou de vraag kunnen rijzen of het aansprakelijkheidsrisico in het bijzonder voor bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen niet te groot wordt en daardoor prohibitief werkt of leidt tot wat de Rotterdamse hoogleraar Kroeze in zijn oratie noemt "bange bestuurders" of tot "bange toezichthouders" (M.J. Kroeze, *Bange Bestuurders*, Oratie Erasmus Universiteit Rotterdam, 2005). Dat wordt niet verwacht of beoogd. Bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan die hun taak naar eer en geweten en zorgvuldig vervullen hebben niets te vrezen. Bovendien wordt met de voorgestelde verduidelijking van de taakomschrijving beoogd dat bestuurders en toezichthouders beter weten wat van hen wordt verwacht, zodat de angst voor het vermeend aansprakelijkheidsrisico vermindert. Uit de jurisprudentie over onbehoorlijke taakvervulling volgt dat aansprakelijkheid eerst aan de orde is indien sprake is van een ernstig verwijt. Of dat het geval is, moet worden vastgesteld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Daarbij moet onder meer in acht worden genomen de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder of toezichthouder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult (Hoge Raad 10 januari 1997, JOR 1997/29, *Staleman/Van de Ven*). Bij de weging van alle omstandigheden van het geval

zal van belang kunnen zijn dat het gaat om een bestuurder of een lid van het toezichthoudend orgaan van een vereniging of een stichting die zijn werk onbezoldigd deed. (vgl. Asser/Rensen 2-III* 2012/164 en bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 23 april 2008, Rechtspraak Ondernemingsrecht 2008/54).

Ten aanzien van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement is, die als gevolg van dit wetsvoorstel voor alle rechtspersonen zal gaan gelden, geldt in grote lijnen hetzelfde. Het is niet de bedoeling dat bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan ook in het geval van een onopzettelijke vergissing, een onopzettelijk verkeerde beslissing of een verkeerde beleidsbeslissing aansprakelijk kunnen zijn en dus voor elke kleine fout een groot aansprakelijkheidsrisico lopen. Slechts een flagrante onbehoorlijkheid van de taakvervulling zal in aanmerking worden genomen. De vraag of sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet worden beoordeeld naar hetgeen de bestuurder of het lid van het toezichthoudend orgaan voorzag of kon voorzien op het moment dat hij die taak vervulde (Kamerstukken II, 1984-1985, 16 631, nr. 6, p. 3). Uit de jurisprudentie en de wetsgeschiedenis volgt dat van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling slechts kan worden gesproken indien geen redelijk bestuurder of toezichthouder aldus gehandeld zou hebben (vgl. Hoge Raad 7 juni 1996, NJ 1996/695, *Van Zoolingen* en Hoge Raad 8 juni 2001, JOR 2001/171, *Panmo*) alsmede Handelingen II, 1984-1985, 16 631, p. 6337).

3.5. Uitbreiding gronden voor ontslag van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen

Stichtingen zijn rechtspersonen met een bijzonder karakter. In tegenstelling tot de andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen hebben zij geen leden. Daarmee is er bij de stichting geen sprake van een algemene vergadering die het bestuur controleert. Een toezichthoudend orgaan is evenmin wettelijk voorgeschreven.

Het bestuur is in veel gevallen dus het enige orgaan van de stichting. Indien bestuurders hun taak onbehoorlijk vervullen, is het mogelijk dat zij aansprakelijk worden gehouden voor eventuele daaruit voortvloeiende schade. Bestuurders die de stichting schade toebrengen, moeten echter ook kunnen worden ontslagen. Een stichtingsbestuurder kan echter alleen door zijn medebestuurders, het toezichthoudend orgaan of een derde worden ontslagen indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen. Indien een slecht functionerende bestuurder niet wordt ontslagen terwijl dat volgens belanghebbenden wel aangewezen zou zijn, voorziet de wet erin dat die belanghebbenden de rechtbank kunnen verzoeken de betreffende bestuurder te ontslaan. De wet (artikel 2:298 lid 1 BW) bepaalt dat een bestuurder op verzoek van

belanghebbenden of het openbaar ministerie kan worden ontslagen indien hij iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten of zich schuldig maakt aan wanbeheer. In de jurisprudentie wordt aan deze ontslaggronden een zodanig beperkte uitleg gegeven dat ontslag slechts aan de orde kan zijn in geval redelijkerwijs geen twijfel kon bestaan over de onrechtmatigheid van het handelen of wanneer sprake is van financieel wanbeheer (Hoge Raad 3 januari 1975, NJ 1975/22, *Stichting Vorming Werkende Jeugdigen*).

In de praktijk blijkt deze beperkte interpretatie niet te volstaan om bestuurders die het belang van de stichting zodanig schaden dat het niet langer verantwoord is hen als bestuurder te handhaven, te doen vervangen door andere bestuurders. Deze situatie is onwenselijk. Zij kan ertoe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichtingen in gevaar komt. In het geval van stichtingen die werkzaam zijn in semipublieke sectoren kan dat zelfs tot gevolg hebben dat de uitvoering van diensten of taken van publiek belang in gevaar komt. In dit licht wordt voorgesteld te bepalen dat een stichtingsbestuurder die het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie kan worden ontslagen.

Wanneer wel een toezichthoudend orgaan is ingesteld, is dit orgaan vanwege het ontbreken van een algemene vergadering evenmin onderworpen aan een vorm van interne controle. Ook voor leden van het toezichthoudend orgaan wordt daarom voorgesteld dat zij op verzoek van belanghebbenden of het openbaar ministerie kunnen worden ontslagen indien zij het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaden of hebben geschaad dat het voortduren van hun lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan in redelijkheid in redelijkheid niet kan worden geduld. Zulks wordt met dit wetsvoorstel mogelijk gemaakt doordat de ontslagcriteria voor stichtingsbestuurders van overeenkomstige toepassing worden verklaard op de leden van het toezichthoudend orgaan.

4. Gevolgen voor het bedrijfsleven

PM

5. Consultatie

Een concept van het wetsvoorstel is besproken met de Commissie Vennootschapsrecht. De Commissie achtte een uniforme tegenstrijdig belangregeling wat zwaar aangezet voor verenigingen en stichtingen. Zij sprak de voorkeur uit te volstaan met een regeling waarbij het met tegenstrijdig belang meewerken aan besluit leidt tot onbehoorlijke

taakvervulling. De Commissie achtte voorts de in het kader van de aangepaste ontslaggronden gegeven voorbeelden enigszins ruim. Met de opmerkingen van de Commissie is rekening gehouden bij het opstellen van dit concept. Ten aanzien van de tegenstrijdig belangregeling is geconcludeerd dat het maken van een onderscheid tussen verenigingen en stichtingen en NV's en BV's onvoldoende gerechtvaardigd is. Het wetsvoorstel is vervolgens openbaar gemaakt voor internetconsultatie. De reacties in de consultatie luiden PM. Zij zijn als volgt verwerkt: PM.

II Artikelen

Artikel I Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek

A

Met de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 lid 1 BW wordt in deze bepaling de norm opgenomen waarnaar bestuurders van rechtspersonen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten. De bepaling komt te luiden: Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Hiermee wordt voor alle rechtspersonen tot uitdrukking gebracht dat de bestuurders van bij de vervulling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen. De voorgestelde wijziging beoogt geen nieuw of aanvullend aansprakelijkheidsregime te introduceren.

Voor de bestuurders van NV's (artikel 2:139 lid 5 BW) en BV's (artikel 2:239 lid 5 BW) is thans reeds in de wet bepaald dat zij zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Deze bepalingen worden vervangen door het thans voorgestelde artikel 2:9 lid 1 BW. Aangezien artikel 2:9 lid 1 BW geldt voor alle rechtspersonen, wordt niet gesproken van "vennootschap" maar van "rechtspersoon". Ook wordt gesproken van "organisatie" in plaats van "onderneming". Met de voorgestelde formulering wordt aangesloten bij artikel 2:8 BW lid 1 BW, dat bepaalt dat een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken zich als zodanig jegens elkaar moeten gedragen naar het hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Voorts ligt de term "organisatie" in het kader van een algemene regeling meer voor de hand dan "onderneming" omdat verenigingen en stichtingen weliswaar een onderneming kunnen drijven, maar zulks niet altijd het geval is. De voorgestelde formulering beoogt uit te drukken dat ook wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft, toch sprake kan zijn van een samenstel van belangen die samen het belang van de rechtspersoon en de

met haar verbonden organisatie vormen, zoals de belangen van de leden en bijvoorbeeld de schuldeisers en de werknemers. De bestuurder dient bij de vervulling van zijn taak deze belangen in acht te nemen.

De omstandigheid dat de bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak, en zich daarbij moet richten op het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie, heeft tot gevolg dat de bestuurder jegens die rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade die de rechtspersoon lijdt ten gevolge van de onbehoorlijke taakvervulling. De voorgestelde wijziging van artikel 2:9 lid 1 BW brengt geen verandering in het uitgangspunt dat van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van deze bepaling slechts sprake is indien de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat de vraag of van een ernstig verwijt sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij moeten onder meer in acht worden genomen: de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de informatie waarover het bestuur beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de hem verweten beslissingen of gedragingen alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult (Hoge Raad 10 januari 1997, JOR 1997/29, *Staleman/Van de Ven*).

Voor alle rechtspersonen geldt dezelfde aansprakelijkheidsnorm. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een grote of een kleine rechtspersoon. Ook maakt het geen verschil of de rechtspersoon een onderneming drijft of juist niet of om een rechtspersoon die werkzaam is in een semi-publieke sector of juist niet. Evenmin maakt het verschil of de bestuurder zijn taak bezoldigd dan wel onbezoldigd verricht. Bij de weging van alle omstandigheden van het geval die bepalen of er sprake is van ernstige verwijtbaarheid zullen deze verschillen echter wel van belang kunnen zijn (vgl. Asser/Rensen 2-III* 2012/164 en bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 23 april 2008, Rechtspraak Ondernemingsrecht 2008/54 en Rechtbank Oost-Brabant, 13 november 2013, ECLI:NL:RBOBR:6455, *Stichting Servatius*).

De voorgestelde wijziging van artikel 2:9 lid 3 BW houdt verband met de invoering van een uniforme tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders van alle rechtspersonen. Bestuurders moeten de belangen van de rechtspersoon laten prevaleren boven hun eigen belangen. Wanneer een bestuurder in privé een belang heeft bij een besluit, is het risico aanwezig dat de afweging van de bestuurder – zijn beoordeling of de rechtspersoon bij het besluit gebaat is – wordt beïnvloed door zijn privébelang. De voorgestelde regeling beoogt rechtspersonen te beschermen tegen het risico dat een bestuurder bij zijn handelen, dat gericht moet zijn op het belang van de rechtspersoon

en de met hem verbonden organisatie, zich meer gelegen laat liggen aan een persoonlijk belang.

Nu de formulering van de voorgestelde, algemeen geldende bepaling hetzelfde is als de regeling die al voor de NV en de BV bestaat, sluit zij ook aan op de invulling die aan de regeling voor de NV en de BV is gegeven en de uitleg in de jurisprudentie. Deze uitleg behelst dat van een tegenstrijdig belang sprake is indien gelet op alle omstandigheden van het geval de bestuurder niet in staat moet worden geacht om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden gelet (Hoge Raad 29 juni 2007, NJ 2007/420, *Bruil*). In alle gevallen waarin de bestuurder een direct of een indirect tegenstrijdig belang heeft neemt hij aldus niet deel aan de beraadslaging en onthoudt hij zich van deelname aan de stemming. De besluitvorming kan vervolgens binnen de vereniging op de gebruikelijke wijze worden bereikt.

De bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft bij een onderwerp dat ter besluitvorming voorligt, zal dit tijdig voor of in de bestuursvergadering aan zijn medebestuurders moeten kenbaar maken. Daarbij zal hij een volledig beeld moeten schetsen van het tegenstrijdig belang. Of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de rechtspersoon, moet worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. Evenmin als voor de NV en de BV behoeft de enkele omstandigheid dat de bestuurder van de rechtspersoon een eigen belang heeft te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de rechtspersoon. Zo leidt het zijn van lid of aandeelhouder van de rechtspersoon niet automatisch tot een tegenstrijdig belang van de bestuurder. Door wijziging van de omstandigheden kan het eigen belang van de bestuurder echter wel een tegenstrijdig belang worden.

Indien de bestuurder handelt in strijd met het voorgestelde artikel 2:9 lid 3, dan zal het betreffende besluit vernietigbaar zijn op grond van artikel 2:15 BW. Het betreffende besluit is dan immers tot stand gekomen in strijd met de bepalingen die het tot stand komen van een besluit regelen. De vernietigbaarheid kan worden ingeroepen door een ieder die een redelijk belang heeft bij de nakoming van die bepaling. Degene die de vernietigbaarheid inroept zal dat redelijk belang moeten stellen en bij betwisting moeten bewijzen. Aannemelijk is dat hij daarin zal slagen als sprake is van een rechtstreekse betrokkenheid bij de rechtspersoon, bijvoorbeeld omdat degene die de bepaling inroept lid is van een orgaan van de rechtspersoon. Uit de jurisprudentie volgt dat iemand belanghebbende is indien (i) hij door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij mag opkomen om dit belang te beschermen, dan wel (ii) hij anderszins zo nauw bij de betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te

verschijnen (Hoge Raad 6 juni 2003, JOR 2003/161, *Scheipar*). Dit brengt mee dat bijvoorbeeld ook een voormalig bestuurder of een subsidieverstrekker als belanghebbende kan worden aangemerkt.

Nu de tegenstrijdig belangregeling voor alle rechtspersonen het karakter krijgt van een besluitvormingsregeling, en dus ook voor de vereniging de vertegenwoordigingsregeling komt te vervallen, heeft dit ook voor de vereniging tot gevolg dat het sanctiestelsel verschuift naar intern op te vangen gevolgen. Alleen wanneer de rechtspersoon door de uitvoering van het besluit schade heeft geleden, kan zij een actie tot verhaal daarvan instellen. Voor de NV en de BV was dit al zo. De vernietiging van het besluit dat met een tegenstrijdig belang is genomen heeft voor de uit het besluit voortvloeiende rechtshandeling van de rechtspersoon en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de betreffende bestuurder geen gevolgen: de betreffende rechtshandeling blijft in stand. Dat wil echter niet zeggen dat ook de derde die wist of behoorde te weten van de overtreding van de tegenstrijdig belang regeling in alle gevallen wordt beschermd. Een derde mag geen misbruik maken van het niet naleven van intern werkende bepalingen. Ook het welbewust profiteren van de wanprestatie van een ander is onrechtmatig. Indien door die onrechtmatige handeling schade is toegebracht aan de rechtspersoon, staat voor die vereniging een beroep op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) jegens de derde open.

De Commissie vennootschapsrecht heeft geopperd de tegenstrijdig belangregeling voor verenigingen en stichtingen zodanig vorm te geven dat het nemen van een besluit in strijd met de tegenstrijdig belangregeling niet tot vernietigbaarheid van het besluit zou leiden. Vernietigbaarheid zou bij deze rechtspersonen een te zware sanctie zijn en kunnen leiden tot rechtsonzekerheid. Deze suggestie van de Commissie vennootschapsrecht is niet overgenomen. Indien op het niet-naleven van de tegenstrijdig belangregeling niet de sanctie van vernietigbaarheid zou staan, zou dat ertoe leiden dat het betreffende besluit intern gewoon moet worden uitgevoerd. Dit verhoudt zich slecht tot het hierboven beschreven motief om de besluitvormingsregeling in de plaats te stellen van de vertegenwoordigingsregeling. Ten aanzien van de veronderstelde rechtsonzekerheid geldt dat daarvan voor externe partijen geen sprake is, nu de tegenstrijdig belang regeling slechts intern werkt en aldus ook de vernietiging slechts interne gevolgen heeft.

De rechtspersoon kan de vernietiging van het besluit laten volgen door een actie tegen de bestuurder die zich niet heeft gehouden aan de tegenstrijdig belangregeling op grond van artikel 2:9 BW. Daarmee kan zij, indien als gevolg van het gewraakte besluit schade voor de rechtspersoon is opgetreden, van de betreffende bestuurder vergoeding van die schade vorderen. Daartoe zal moeten worden aangetoond dat het besluit niet of niet aldus zou zijn genomen indien het tegenstrijdig belang bekend was. Indien er niet in

wordt geslaagd dit aan te tonen, is er geen sprake van schade die is terug te voeren op de handelwijze van de bestuurder met het tegenstrijdig belang, die overigens niet mag meestemmen over het besluit tot het instellen van een actie jegens hem.

In de voorgestelde regeling is, overeenkomstig de thans reeds voor de NV en de BV geldende regeling, rekening gehouden met de situatie dat een tegenstrijdig belang tot gevolg heeft dat geen bestuursbesluit kan worden genomen. Die situatie is bijvoorbeeld aan de orde in het geval waarin de rechtspersoon maar één bestuurder heeft of in het geval de rechtspersoon meerdere bestuurders heeft, maar alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en zich daarom van deelname aan de besluitvorming moeten onthouden.

De situatie waarin geen besluit kan worden genomen kan onwenselijk zijn: het voorgenomen besluit hoeft immers niet nadelig te zijn voor de rechtspersoon. Om die reden is in het voorgestelde artikel 2:9 lid 3 bepaald dat in het geval geen besluit kan worden genomen vanwege een tegenstrijdig belang, het besluit wordt genomen door het toezichthoudend orgaan. Indien geen toezichthoudend orgaan is ingesteld, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering. Met de formulering "tenzij de wet of de statuten anders bepalen" wordt een tweeledig doel beoogd. Het eerste doel is het bieden van een grondslag voor een bijzondere regeling voor de stichting. Bij deze rechtspersoon is het niet mogelijk om, indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en geen toezichthoudend orgaan is ingesteld, de bevoegdheid tot het nemen van het besluit neer te leggen bij de algemene vergadering. De stichting kent vanwege het ledenverbod (artikel 2:285 lid 3 BW) immers geen algemene vergadering. Om die reden is in het voorgestelde artikel 2:291 lid 3 bepaald dat indien alle bestuurders een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang hebben, en een toezichthoudend orgaan ontbreekt, het bestuur in afwijking van de in het onderhavige artikel voorgestelde regeling de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastlegt. Voor een nadere toelichting wordt op deze plaats verwezen naar de toelichting bij het voorgestelde artikel 2:291 lid 3.

Het tweede doel van de voorgestelde formulering "tenzij de wet of de statuten anders bepalen" is het mogelijk te maken om in de statuten van de in deze bepaling voorziene bevoegdheidsverdeling af te wijken. Als gevolg van de voorgestelde formulering kunnen de statuten bepalen dat een bestuurder het besluit mag nemen ondanks zijn tegenstrijdig belang in het geval dat besluitvorming door zowel het bestuur als het toezichthoudend orgaan onmogelijk blijkt. Het is de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon om te bepalen in welke gevallen een dergelijke gang van zaken wenselijk is. Ook op dit punt is aangesloten bij de thans al voor NV's en BV's geldende regeling (zie daarover nader Kamerstukken II, 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 14).

B

Met dit onderdeel wordt een nieuw artikel 2:9a geïntroduceerd, inhoudende een uniforme regeling ten aanzien van de taak van leden van het toezichthoudend orgaan, de norm die zij bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen en een regeling voor gevallen waarin leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang hebben.

Met het voorgestelde eerste lid wordt voor alle rechtspersonen bepaald dat een lid van het toezichthoudend orgaan tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Daarmee kunnen voortaan de leden van het toezichthoudend orgaan bij alle rechtspersonen aansprakelijk worden gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling.

Voor de term "toezichthoudend orgaan" is mede op advies van de Commissie vennootschapsrecht gekozen. Het gebruik van een andere term, bijvoorbeeld raad van commissarissen of raad van toezicht, zou tot onduidelijkheden kunnen leiden en de vraag kunnen oproepen of statutenwijziging is vereist. Zulks is niet het geval. De term "toezichthoudend orgaan" is neutraal. Zij omvat alle organen die toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie en het bestuur met raad ter zijde staan.

Met de formulering "een behoorlijke vervulling van zijn taak" is beoogd tot uitdrukking te brengen dat van een lid van het toezichthoudend orgaan mag worden verwacht dat hij op zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (vgl. voor de bestuurder Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997/360, *Staleman/Van de Ven*). Mist het betreffende lid het inzicht of de bekwaamheid die van iemand in zijn positie mogen worden verwacht, dan kan hij zich niet ter disculpatie daarop beroepen.

Van de leden van het toezichthoudend orgaan wordt een actieve rol verwacht, echter zonder dat zij op de stoel van het bestuur gaat zitten. Een behoorlijke vervulling van de taak van lid van het toezicht brengt met zich dat indien het beleid en de gang van zaken daartoe aanleiding geven, de leden hun toezicht moeten intensiveren en nog actiever moeten optreden (zie daarover Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, JOR 2003/60, *Laurus* en Hoge Raad 8 april 2005, JOR 2005/119, *Laurus*).

In overeenstemming met de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 lid 1 BW, die behelst dat voor bestuurders van alle rechtspersonen wordt vastgelegd dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie, wordt zulks in het voorgestelde artikel 2:9a lid 1 ook bepaald ten aanzien van leden van het toezichthoudend orgaan. Hiermee wordt voor alle rechtspersonen tot uitdrukking gebracht dat de leden van het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van

hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen.

Ook het voorgestelde artikel 2:9a lid 1 BW geldt voor alle rechtspersonen. Aldus wordt ook hier niet gesproken van "vennootschap" maar van "rechtspersoon" en van "organisatie" in plaats van "onderneming". De reden voor die formulering is hierboven toegelicht bij de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 lid 1 BW.

De omstandigheid dat een lid van het toezichthoudend orgaan tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak, en zich daarbij moet richten op het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie, heeft tot gevolg dat het lid van het toezichthoudend orgaan jegens die rechtspersoon aansprakelijk is voor de schade die de rechtspersoon lijdt ten gevolge van zijn eventuele tekortkomingen. Van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van deze bepaling is slechts sprake indien het lid van het toezichthoudend orgaan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. In de jurisprudentie is uitgemaakt dat de vraag of van een ernstig verwijt sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Welke omstandigheden een rol kunnen spelen is hierboven toegelicht bij de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 lid 1 BW. Daarnaast wordt op deze plaats verwezen.

In het voorgestelde eerste lid is niet bepaald dat tot de taak van het lid van het toezichthoudend orgaan behoren alle taken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere leden van het toezichthoudend orgaan zijn toebedeeld. In dat opzicht wordt afgeweken van hetgeen in artikel 2:9 lid 1 BW is bepaald ten aanzien van de taak van de bestuurder, namelijk dat daartoe behoren alle bestuurstaken die die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.

De formulering van artikel 2:9 lid 1 BW zoals die thans luidt komt voort uit de Wet bestuur en toezicht. Zij houdt verband met de introductie van het monistisch bestuursmodel. In een dualistisch bestuursmodel bestaat geen onderscheid tussen uitvoerende en niet-uitvoerende toezichthouders: er zijn geen niet-uitvoerende toezichthouders. Aldus bestaat ook geen behoefte aan een bepaling van de strekking als die welke in artikel 2:9 lid 1 BW is opgenomen ten aanzien van de taak van bestuurders.

Het voorgestelde tweede lid bepaalt dat elk lid van het toezichthoudend orgaan verantwoordelijkheid draagt voor het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken en voor het geheel aansprakelijk is ter zake van onbehoorlijk toezicht, tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk toezicht af te wenden. In tegenstelling tot hetgeen in artikel 2:9 lid 2 BW is bepaald ten aanzien van bestuurders, ontbreken in de voorgestelde formulering de woorden "mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken". Dit houdt verband met hetgeen hierboven is uiteengezet bij de toelichting bij het

voorgestelde eerste lid. Nu binnen het toezichthoudend orgaan geen sprake is van een toebedeling van bepaalde taken aan een bepaalde toezichthouder, bestaat aan de betreffende woorden geen behoefte.

Voor het overige geldt dat het voorgestelde tweede lid hetzelfde luidt als artikel 2:9 lid 1 BW. Het lid beoogt het onderscheid te benadrukken tussen gezamenlijke verantwoordelijkheid en individuele aansprakelijkheid. Het toezicht wordt collegiaal uitgeoefend. De leden van het toezichthoudend orgaan zijn samen verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het toezichthoudend orgaan. In het geval van onbehoorlijk toezicht zijn alle leden van het toezichthoudend orgaan hoofdelijk aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Een disculpatie van een lid van het toezichthoudend orgaan is mogelijk indien hem van het onbehoorlijk toezicht geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk toezicht af te wenden. Wanneer een lid van het toezichthoudend orgaan waarneemt dat een mede-toezichthouder zijn taken niet goed vervult en daardoor onbehoorlijk toezicht dreigt, zal het betreffende lid moeten ingrijpen om een beroep te kunnen doen op de disculpatiegrond.

Het voorgestelde derde lid is onderdeel van de tegenstrijdig belangregeling die met dit wetsvoorstel voor alle rechtspersonen komt te gelden. Deze is, zoals al het geval is voor de NV en de BV, getrapd: indien de bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, wordt de besluitvorming aan het toezichthoudend orgaan overgelaten. Ook leden van het toezichthoudend orgaan kunnen bij een bepaald besluit een belang hebben dat direct of indirect tegenstrijdig is aan het belang van de rechtspersoon. In dat geval geldt ook voor hen dat zij hun medeleden tijdig van het tegenstrijdige belang op de hoogte moeten stellen en dat zij niet aan de beraadslaging en de besluitvorming over het betreffende besluit mogen deelnemen. Indien het gehele toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang heeft, dat wil zeggen wanneer het belang van alle leden van het toezichthoudend orgaan direct of indirect tegenstrijdig is aan het belang van de rechtspersoon, wordt de besluitvorming overgelaten aan de algemene vergadering, tenzij de wet of de statuten anders bepalen.

Ook bij niet-naleving van de tegenstrijdig belangregeling door een lid van het toezichthoudend orgaan geldt dat zulks leidt tot vernietigbaarheid op grond van artikel 2:15 BW lid 1 sub a BW wegens strijd met een wettelijke regeling die het tot stand komen van een besluit regelt. Enige vorm van schade voor de rechtspersoon kan door haar op grond van artikel 2:9 BW worden verhaald op het lid dat de tegenstrijdig belangregeling niet heeft nageleefd, mits aan het lid van het toezichthoudend orgaan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Zie voorts de toelichting bij onderdeel A.

C

Het voorgestelde artikel 2:47 geeft een uitdrukkelijke wettelijke grondslag aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging. Voorts regelt het de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en bevat het de norm waarnaar de leden van het toezichthoudend orgaan zich bij de vervulling van hun taak moeten richten.

Een wettelijke regeling van het toezichthoudend orgaan bij de vereniging is nieuw in Boek 2 BW, maar niet onbekend aan het verenigingsrecht. Boek 2 BW kent al een regeling voor de raad van commissarissen bij de coöperatie, die een bijzondere vorm van vereniging is. Ook voor de inwerkingtreding van het huidige Boek 2 BW bestond een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij de vereniging. Bij de invoering van Boek 2 BW achtte de wetgever het echter niet nodig om deze wederom in het verenigingsrecht op te nemen. Een aan die keuze ten grondslag liggende gedachte was dat het in de dualistische structuur van de vereniging door de algemene vergadering op het bestuur uitgeoefende toezicht in de meeste gevallen volstond en het instituut van een toezichthoudend orgaan niet vaak voorkwam.

De huidige regeling van de vereniging in Titel 2.3 BW bevat aldus wel bepalingen over de raad van commissarissen, zoals de tegentijdig belangregeling van het huidige artikel 2:47 BW, maar biedt in tegenstelling tot de regeling van de NV en de BV, geen algemeen artikel dat een uitdrukkelijke grondslag bevat voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging.

Uit het voorgestelde eerste lid volgt dat bij de statuten kan worden bepaald dat er een toezichthoudend orgaan kan worden ingesteld. Daarmee wordt aan de instelling van een toezichthoudend orgaan een wettelijke grondslag geboden. Voorts is, in lijn met de bepalingen over de raad van commissarissen bij de NV en de BV, bepaald dat het toezichthoudend orgaan uit een of meer natuurlijke personen bestaat.

Het voorgestelde tweede lid bevat de taak van het toezichthoudende orgaan. Bepaald is dat het toezichthoudend orgaan toezicht houdt op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vereniging. Het toezichthoudend orgaan staat het bestuur met raad terzijde. Bij de vervulling van hun taak richten de leden van het toezichthoudend orgaan zich naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie. Deze norm is opgenomen in het voorgestelde nieuwe artikel 2:9 lid 1. Naar de toelichting daarbij wordt op deze plaats verwezen.

De taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan is nagenoeg gelijklopend aan die van de raad van commissarissen bij de NV (artikel 2:140 lid 2 BW) en de BV (artikel 2:250 lid 2 BW) met dien verstande dat wordt gesproken van "de vereniging en de met haar verbonden organisatie" in plaats van "de vennootschap en de met haar verbonden

onderneming". In het kader van de toelichting bij onderdeel A en B ten aanzien van de taak van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan is reeds opgemerkt dat voor het woord "organisatie" is gekozen omdat niet alle verenigingen een onderneming drijven. Naar die toelichting wordt op deze plaats verwezen.

Uit de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan vloeit voort dat het gekend behoort te worden in het algemene bestuursbeleid en in belangrijke beslissingen van het bestuur. Het algemene bestuursbeleid zal door het bestuur worden bepaald na overleg met het toezichthoudend orgaan. De taak van het toezichthoudend orgaan brengt mee dat hij alle bevoegdheden heeft die in redelijkheid nodig zijn om een juist beeld te geven van de toestand van de vereniging en het gevoerde beleid. Zo kan het toezichthoudend orgaan bijvoorbeeld een derde vragen een onderzoek in te stellen. De kosten daarvan dienen dan door de vereniging te worden vergoed. Vanzelfsprekend geldt dat het toezichthoudend orgaan bij het gebruik van dergelijke bevoegdheden de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW in acht moet nemen.

Van het toezichthoudend orgaan wordt een actieve opstelling verwacht. Zodra zich signalen voordoen dat van problemen sprake is, moet het toezichthoudend orgaan het bestuur om informatie vragen en zo nodig ingrijpen. In dit opzicht geldt hetzelfde als voor de raad van commissarissen van bijvoorbeeld een NV (Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990/466, *OGEM*). Vanzelfsprekend geldt dat het toezichthoudend orgaan bij het gebruik van zijn bevoegdheden de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW in acht moet nemen.

De in het voorgestelde tweede lid voorziene taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan behelst een algemene regeling. Zij laat ruimte om in sectorale regelgeving aanvullende taken en bevoegdheden aan het toezichthoudend orgaan toe te kennen dan wel om meer specifieke punten op te nemen. Aldus kan indien daaraan behoefte bestaat in sectorale wetgeving bijvoorbeeld worden voorgeschreven dat bepaalde belangrijke besluiten van het bestuur goedkeuring van het toezichthoudend orgaan behoeven of dat het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van haar taak specifiek acht moet slaan op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen.

Het voorgestelde derde lid bepaalt dat het toezichthoudend orgaan te allen tijde bevoegd is iedere bestuurder te schorsen. Bij de taak van het toezichthoudend orgaan past dat het kan ingrijpen in het bestuur. Met de bevoegdheid tot schorsing beschikt het toezichthoudend orgaan over een instrument waarmee het een bestuurder zo nodig op snelle wijze op non-actief kan stellen. Dat geldt voor alle bestuurders, ook voor die welke niet door de algemene vergadering zijn benoemd. Zulks ligt voor de hand omdat het aan het toezichthoudend orgaan is om toezicht te houden op alle bestuurders, en zo nodig in te grijpen. Juist in het geval van een door een derde benoemde bestuurder biedt de mogelijkheid om die bestuurder te schorsen een tegenwicht tegen de

mogelijkheid dat een dergelijke bestuurder zich bij de uitoefening van zijn taak te zeer laat leiden door het belang van de betreffende derde in plaats van door het belang van de vereniging en de met haar verbonden organisatie.

Het voorgestelde derde lid regelt voorts dat de statuten aanvullende bepalingen omtrent de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden kunnen bevatten. Door niet uitdrukkelijk te bepalen welke bevoegdheden dat zijn, kan de bestaande flexibiliteit zoveel mogelijk worden behouden. De invulling van de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan kan immers verschillen al naar gelang de aard van de vereniging. Zo kan er bij een grote vereniging behoefte aan bestaan dat bepaalde besluiten moeten worden goedgekeurd of dat het toezichthoudend orgaan bevoegd is een bestuurder te benoemen of te ontslaan terwijl in een kleinere vereniging de nadruk meer ligt op de adviserende taak.

In het voorgestelde vierde lid is geregeld dat aan een bepaald lid van het toezichthoudend orgaan meer dan één stem kan worden toegekend. Dat kan bijvoorbeeld wenselijk zijn in het geval men extra gewicht wil toekennen aan het inzicht van een door een door een bepaalde subsidieverschaffer benoemde commissaris. Daarbij moet vanzelfsprekend worden aangetekend dat ook een dergelijk lid het belang van de vereniging voorop moet stellen en hij niet het belang van de betreffende subsidieverstrekker voorop mag stellen. De begrenzing van het aantal mogelijk extra toe te kennen stemrechten bevindt zich, evenals bij de NV en de BV (artikel 2:143/253 lid 3 BW), daarin dat aan één lid van het toezichthoudend orgaan niet meer stemmen mogen worden toegekend dan aan alle andere leden tezamen.

Het voorgestelde vijfde lid voorziet erin dat de algemene vergadering van de vereniging, bestaande uit de leden van de vereniging, aan de leden van het toezichthoudend orgaan een bezoldiging kan toekennen indien de statuten dit toelaten. Deze bepaling is ontleend aan de overeenkomstige bepalingen voor de coöperatie (artikel 2:57 BW), de NV (artikel 2:145 BW) en de BV (artikel 2:255 BW). Onder bezoldiging moet elke vergoeding van werkzaamheden worden verstaan. De achtergrond van deze bepaling is het uitgangspunt dat wie benoemt, in beginsel ook de bezoldiging vaststelt. Zij voorkomt dat de leden van het toezichthoudend orgaan hun eigen bezoldiging vaststellen. Ook voorkomt zij dat het bestuur de bezoldiging van de leden van het toezichthoudend orgaan vaststelt. Dat zou zich slecht verhouden met de toezichtgedachte. In tegenstelling tot de bepalingen voor de NV en de BV, die sinds 2004 van dwingend recht zijn, geldt voor de vereniging echter wel dat de statuten andere voorzieningen kunnen treffen. Zo kan het bedrag van de bezoldiging in de statuten worden bepaald of kan de bevoegdheid tot toekenning van een bezoldiging statutair aan een ander orgaan worden toegekend.

Het voorgestelde zesde lid bepaalt dat de leden van het toezichthoudend orgaan in de algemene vergadering een raadgevende stem hebben, tenzij de statuten die leden stemrecht toekennen. Deze bepaling correspondeert met de huidige bepaling voor de coöperatie (artikel 2:57 lid 7 BW). De ratio van de raadgevende stem is dat de leden van het toezichthoudend orgaan in de gelegenheid worden gesteld hun visie op een door de algemene vergadering voorgenomen besluit te doen blijken zodat de leden daarmee rekening kunnen houden (vgl. Hoge Raad 10 maart 1995, NJ 1995/595, *Janssen Pers*). Aangezien de leden van het toezichthoudende orgaan de raadgevende stem in de algemene vergadering uitoefenen, moeten zij voor de algemene vergadering worden uitgenodigd (vgl. Asser/Rensen 2-III* 2012/261 en Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/340). Het niet in acht nemen van de raadgevende stem van leden van het toezichthoudend orgaan leidt op grond van artikel 2:15 lid 1 sub a BW tot vernietigbaarheid van het besluit van de algemene vergadering wegens strijd met de wettelijke bepalingen die het tot stand komen van een besluit regelen.

Het voorgestelde zevende lid regelt de informatieverstrekking door het bestuur aan het toezichthoudend orgaan en beoogt te bewerkstelligen dat het toezichthoudend orgaan kan beschikken over de informatie die zij nodig heeft voor de uitoefening van haar toezichthoudende en adviserende taak. Bepaald is dat het bestuur het toezichthoudend orgaan tijdig de voor de uitoefening van zijn taak noodzakelijke gegevens verschaft. Deze bepaling is gelijklopend aan de bepalingen voor de coöperatie (artikel 2:57 lid 8 BW), de NV (artikel 2:141 BW) en de BV (artikel 2:251 BW).

De voorgestelde bepaling legt de verantwoordelijkheid voor de informatieverschaffing primair bij het bestuur. Evenmin als voor de NV en de BV betekent deze primaire verantwoordelijkheid van het bestuur dat door het toezichthoudend orgaan kan worden volstaan met de informatie die zij van het bestuur krijgt aangeleverd en voor het overige een passieve houding kan aannemen. Het toezichthoudend orgaan heeft ook zelf een taak in het verkrijgen van de juiste en ter zake doende informatie (zie daarover Asser/Rensen 2-III* 2012/253 en Asser/Maeijer, Van Solinge en Nieuwe Weme 2-II* 2009/492). Een toezichthoudend orgaan dat signalen ontvangt die aanleiding hadden behoren te geven tot het vragen van nadere gegevens maar geen initiatief op dit punt ontwikkelt en niet ingrijpt, handelt onzorgvuldig (vgl. o.m. Hoge Raad 10 januari 1990, NJ 1990/466, *Ogem*).

D

Het met dit onderdeel voorgestelde artikel 2:47a BW regelt de benoeming van de leden van het toezichthoudend orgaan. Het bepaalt dat op de benoeming van de leden van het toezichthoudend orgaan die niet reeds bij de akte van oprichting zijn aangewezen,

artikel 2:37 BW van overeenkomstige toepassing is, tenzij zij overeenkomstig artikel 63f geschiedt. Artikel 2:37 BW regelt de benoeming van de bestuurders van de vereniging. De toepasselijkheid van dit artikel brengt met zich dat de leden van het toezichthoudend orgaan in beginsel uit en door de leden van de vereniging worden benoemd. Dat wil zeggen dat leden als lid van het toezichthoudend orgaan kunnen worden benoemd en dat die benoeming moet geschieden door de algemene vergadering.

Het voorgestelde artikel 2:47a is van regelend recht. Aldus kunnen ook anderen dan leden van de vereniging tot lid van het toezichthoudend orgaan kunnen worden benoemd. Voorts brengt dit met zich dat de bevoegdheid tot het benoemen van de leden van het toezichthoudend orgaan dan wel een of meer van hen ook kan worden verleend aan anderen dan de algemene vergadering, bijvoorbeeld een bepaalde persoon of een subsidieverstrekker.

De benoeming overeenkomstig artikel 63f ziet op de structuurcoöperatie. Indien een coöperatie voldoet aan het structuurregime, geldt de dwingendrechtelijke regeling van de benoeming van de raad van commissarissen op grond van artikel 2:63f BW.

E

Als gevolg van de in dit onderdeel voorgestelde wijziging komt artikel 2:50a BW te luiden: De artikelen 131, 139 en 149 en 150 zijn van overeenkomstige toepassing op een vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte. De van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 2:9 BW kan komen te vervallen. Zij is overbodig is geworden met de voorgestelde wijziging van artikel 2:9 BW. Hetzelfde geldt voor de van overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 2:138 BW. De betreffende bepaling vervalt en wordt met dit wetsvoorstel verplaatst naar een nieuw te introduceren artikel 106a Faillissementswet, dat zal gelden voor alle rechtspersonen ongeacht of zij zijn onderworpen aan de heffing van de vennootschapsbelasting. Aldus kan ook die passage worden geschrapt in artikel 2:50a.

Na de hier voorgestelde wijzigingen blijft de van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 2:131 BW, 2:149 BW en 2:150 BW op de vereniging gehandhaafd. Artikel 2:131 houdt verband met de omstandigheid dat het mogelijk is dat tussen de rechtspersoon en de bestuurder niet alleen een rechtspersonenrechtelijke relatie bestaat, maar ook een arbeidsrechtelijke. In beginsel eindigt de arbeidsrechtelijke relatie op het moment dat de rechtspersonenrechtelijke relatie eindigt. Op dat beginsel kan een uitzondering bestaan in het geval ten aanzien van de arbeidsovereenkomst een opzeggingsverbod van kracht is. Ook kan de situatie aan de orde zijn waarin de arbeidsrelatie tegelijk met de rechtspersonenrechtelijke relatie een einde heeft genomen, maar de betreffende bestuurder een beroep doet op onregelmatige en/of kennelijk onredelijke opzegging. Artikel 2:131 BW bepaalt daarom kort gezegd dat ook

nadat de rechtspersonenrechtelijke relatie tussen de rechtspersoon en de bestuurder is beëindigd vanwege het besluit tot ontslag van de bestuurder, de rechtbank bevoegd blijft om kennis te nemen van vorderingen met betrekking tot de eventuele arbeidsovereenkomst. Met de handhaving van de van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 2:131 BW door artikel 2:50a BW blijft artikel 2:131 BW gelden voor bestuurders van verenigingen die met de betreffende vereniging een arbeidsrelatie hebben. Na de in onderdeel I voorgestelde wijziging zal artikel 2:131 BW tevens bepalen dat de rechtbank bevoegd blijft om kennis te nemen van vorderingen op grond van artikel 106a Faillissementswet, dat wil zeggen vorderingen waarmee bestuurders hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor een tekort in de boedel. Artikel 2:139 betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder in geval van de misleidende jaarrekening. Doordat de van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 2:139 BW in artikel 2:50a BW blijft gehandhaafd, wordt bewerkstelligd dat het mogelijk blijft de bestuurders van een vereniging hoofdelijk aansprakelijk te stellen in het geval van een misleidende jaarrekening. De hoofdelijke aansprakelijkheid geldt echter als gevolg van de voorgestelde wijziging niet meer slechts in het geval van een failliete vereniging die aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen, maar voor alle verenigingen die een jaarrekening moeten publiceren.

Ook de van overeenkomstige toepassingverklaring van 2:149 BW blijft gehandhaafd. Artikel 2:149 BW wordt met onderdeel L gewijzigd en verklaart artikel 2:131 BW van overeenkomstige toepassing op leden van het toezichthoudend orgaan.

F

Dit onderdeel voorziet erin dat artikel 2:57 BW en artikel 2:57a BW komen te vervallen. Deze artikelen hebben betrekking op de raad van commissarissen bij de coöperatie. Artikel 2:57 BW biedt de wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen en bevat de taakomschrijving van de raad van commissarissen alsmede de norm waarop zij zich daarbij moeten richten. Artikel 2:57a BW geeft regels omtrent de benoeming van commissarissen. De coöperatie is een bijzondere vorm van vereniging waarop op grond van artikel 2:53a BW de bepalingen van de vereniging van toepassing zijn, tenzij de wet anders bepaalt.

Ten aanzien van het vervallen van artikel 2:57 BW geldt dat met de in het onderdeel C voorgestelde wijziging van artikel 2:47 BW in de regeling van de vereniging een wettelijke grondslag wordt geboden voor de instelling van een toezichthoudend orgaan.

In het met onderdeel B van dit voorstel geïntroduceerde artikel 2:9a wordt de taak van het toezichthoudend orgaan omschreven. Ook wordt de norm vastgelegd waarop de leden van het toezichthoudend orgaan zich bij de vervulling van hun taak moeten

richten. Deze bepaling komt te gelden voor alle rechtspersonen. Aldus is zij ook van toepassing op de raad van commissarissen bij de coöperatie.

Het huidige artikel 2:57a BW bevat bepalingen ten aanzien van de benoeming van commissarissen bij de coöperatie. Deze bepalingen kunnen vervallen nu met het in onderdeel C voorgestelde artikel 2:47a in de regeling van de vereniging een regeling voor de benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan wordt geïntroduceerd die ook op de coöperatie van toepassing is.

Overigens zal de samenloop met het voorontwerp monistisch bestuursmodel bij de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij nader worden gezien.

G

De in dit onderdeel voorgestelde wijziging van artikel 2:63f lid 5 BW is nodig omdat in die bepaling wordt verwezen naar artikel 2:57a lid 2 BW. Die bepaling artikel komt als gevolg van het vorige onderdeel te vervallen en wordt opgenomen in het voorgestelde artikel 2:47a lid 2 BW. De verwijzing wordt daaraan aangepast.

H

Als gevolg van dit onderdeel komt artikel 2:129 lid 5 en 6 BW te vervallen. Dit houdt verband met de in onderdeel A voorgestelde wijziging van artikel 2:9 BW.

I

De in dit onderdeel voorgestelde wijziging wordt artikel 2:131 BW aangepast aan de verplaatsing van artikel 2:138 BW naar het nieuw te introduceren artikel 106a Faillissementswet.

J

Dit onderdeel behelst dat artikel 2:138 BW komt te vervallen. Het wordt verplaatst naar het nieuw in de Faillissementswet te introduceren artikel 106a.

K

Door de in dit onderdeel voorgestelde wijziging komt artikel 2:140 lid 2, derde zin en lid 5 te vervallen. Dit houdt verband met het in onderdeel B geïntroduceerde nieuwe artikel 2:9a BW.

L

Dit onderdeel wijzigt artikel 2:149 BW. De van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 2:9 BW en artikel 2:138 BW komt te vervallen. Dit houdt verband met de introductie van het nieuwe artikel 2:9a en de verplaatsing van artikel 2:138 BW naar het nieuwe artikel 106a Faillissementswet, dat ook komt te gelden voor leden van het toezichthoudend orgaan.

M

Dit onderdeel regelt dat artikel 2:239 lid 5 en 6 BW komt te vervallen. Dit houdt verband met de in onderdeel A voorgestelde wijziging van artikel 2:9 BW.

N

Met de in dit onderdeel voorgestelde wijziging wordt artikel 2:241 BW aangepast aan verplaatsing van artikel 2:248 BW naar het nieuwe artikel 106a Faillissementswet.

O

Dit onderdeel behelst dat artikel 2:248 BW komt te vervallen. De betreffende regeling wordt verplaatst naar het nieuw te introduceren artikel 106a Faillissementswet.

P

Met de in dit onderdeel voorgestelde wijziging komt artikel 2:250 lid 2, derde zin en lid 5 te vervallen. Dit houdt verband met het in onderdeel B geïntroduceerde nieuwe artikel 2:9a BW.

Q

Met dit onderdeel wordt artikel 2:259 gewijzigd. De van overeenkomstige toepassingverklaring van artikel 2:9 BW en artikel 2:248 BW komt te vervallen. Dit houdt verband met de introductie van het nieuwe artikel 2:9a en de verplaatsing van artikel 2:248 BW naar het nieuwe artikel 106a Faillissementswet, dat ook komt te gelden voor leden van het toezichthoudend orgaan.

R

Dit onderdeel behelst een wijziging van artikel 2:286 lid 4, onderdeel c, BW.

Voorgeschreven wordt dat indien bij de stichting een toezichthoudend orgaan is ingesteld, de statuten de wijze van benoeming en ontslag van de leden daarvan regelen. De voorgestelde wijziging hangt samen met de in dit voorstel voorziene introductie van een artikel 2:292a, waarmee een wettelijke grondslag wordt gecreëerd voor de instelling van een raad van toezicht bij de stichting.

Benoeming en ontslag van de leden van een toezichthoudend orgaan geschiedt bij de andere in Boek 2 geregelde rechtspersonen in beginsel door de algemene vergadering. Daarvan kan vanwege het ontbreken van een algemene vergadering als gevolg van het ledenverbod bij de stichting geen sprake zijn. Om die reden is bepaald dat in de statuten moet zijn voorzien in een regeling van de wijze van benoeming en ontslag van de leden van het toezichthoudend orgaan. Dit laat ruimte voor flexibiliteit en biedt de oprichter van de stichting de mogelijkheid om de benoeming van de leden van het toezichthoudend orgaan vorm te geven op de wijze die hem goeddunkt.

S

Het in dit onderdeel voorgestelde artikel 2:291 lid 3 behelst een aanvulling op de tegenstrijdig belangregeling die op grond van het in dit voorstel voorziene artikel 2:9 lid 3 gaat gelden voor de bestuurders van alle rechtspersonen. De betreffende regeling houdt in dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door het toezichthoudend orgaan. Die situatie is bijvoorbeeld aan de orde in het geval waarin de stichting maar één bestuurder heeft of in het geval waarin de stichting meerdere bestuurders heeft, maar alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en zich daarom van deelname aan de besluitvorming moeten onthouden.

Van een toezichthoudend orgaan zal bij de stichting echter niet in alle gevallen sprake zijn: het is voor de stichting niet wettelijk voorgeschreven. In de situatie dat een toezichthoudend orgaan ontbreekt is het vanwege het ledenverbod (artikel 2:285 lid 3 BW) en het daardoor ontbreken van een algemene vergadering, niet mogelijk dat het besluit dan wordt genomen door de algemene vergadering. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat geen besluit kan worden genomen. Om die reden is in het hier voorgestelde lid geregeld dat, indien geen toezichthoudend orgaan is ingesteld, de bevoegdheid tot

het nemen van het besluit toekomt aan het bestuur. In dat geval moet het bestuur de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastleggen.

Aan de verplichting tot het schriftelijk vastleggen van de aan het besluit ten grondslag liggende overwegingen kan uitvoering worden gegeven door de betreffende overwegingen in de notulen van de bestuursvergadering op te nemen, dan wel daaraan te hechten. Hiermee wordt beoogd dat het bestuur zich rekenschap geeft van de gevolgen van het besluit en zich uitdrukkelijk afvraagt of het te nemen besluit zich verhoudt met het uitgangspunt dat het bestuur de belangen van de stichting moet laten prevaleren boven de eigen belangen van de bestuurders. Daarnaast wordt bewerkstelligd dat de overwegingen die aan het genomen besluit ten grondslag liggen in een latere fase kenbaar zijn. Die kenbaarheid strekt zowel de stichting als de bestuurders tot voordeel.

Het voordeel van deze regeling is voor de stichting daarin gelegen dat latere bestuurders de motivering van de besluit kunnen gebruiken om te beoordelen of hun voorgangers zich hebben gehouden aan hun verplichting om de belangen van de stichting te laten prevaleren boven hun eigen belangen. Indien dat niet zo is, kan sprake zijn van onbehoorlijk bestuur in de zin van artikel 2:9 BW. Bij de motivering van het besluit zal het bestuur aldus kunnen aangeven op basis van welke gegevens het besluit is genomen en om welke redenen alternatieven die eventueel voorhanden waren niet zijn gekozen.

Voor de bestuurders van stichtingen is het voordeel van de schriftelijke vastlegging erin gelegen dat zij daarvan gebruik kunnen maken om een beroep op disculpatie te adstrueren. Zodra hen verweten wordt dat zij het betreffende besluit niet hadden mogen nemen, kunnen zij aangeven wat de gronden voor dat besluit waren en aanvoeren dat een zorgvuldig bestuurder op basis van die gronden wel degelijk tot het betreffende besluit had kunnen komen en hen aldus geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

In de literatuur is gesuggereerd te bepalen dat in het geval geen toezichthoudend orgaan is ingesteld en alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, het bestuur verplicht is voor het te nemen besluit goedkeuring te vragen aan een onafhankelijke derde (M.L. Lennarts, *Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen*, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, (2011), p. 143). Een wettelijke regeling van deze strekking wordt niet aangewezen geacht. Gezien de veelheid aan verschillende stichtingen en het uiterst brede spectrum van activiteiten die door stichtingen verricht worden is het nagenoeg onmogelijk geheel sluitende en voor alle gevallen geschikte criteria te creëren ten aanzien van de onafhankelijkheid van de derde aan wiens goedkeuring het besluit zou moeten worden onderworpen. Een dergelijke regeling zou er bovendien toe leiden dat de betreffende derde zich moet verdiepen in de situatie van de stichting en de merites van het te

nemen besluit. Dat zou voor de stichting onevenredige kosten met zich mee kunnen brengen en kunnen leiden tot ongewenste vertraging in de besluitvorming. Bovendien kan de betreffende derde indien hij onterecht zijn goedkeuring aan het besluit verleent niet op grond van artikel 2:9 BW worden aangesproken tot vergoeding van daaruit voor de stichting voortvloeiende schade.

Indien de oprichter van de stichting een dergelijke regeling wenselijk acht, kan hij haar echter wel in de statuten opnemen. De woorden "de statuten kunnen anders bepalen" bieden daartoe de gelegenheid. Zij laten overigens ook de mogelijkheid open om andersoortige aanvullende eisen te stellen dan wel om te bepalen dat de aan het besluit ten grondslag liggende overwegingen niet schriftelijk door het bestuur behoeven te worden vastgelegd indien geen toezichthoudend orgaan is ingesteld.

T

Artikel 292a

Het in dit onderdeel voorgestelde artikel 2:292a geeft een uitdrukkelijke wettelijke grondslag aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een stichting. Voorts bevat de mogelijkheid om de leden van het toezichthoudend orgaan een bezoldiging toe te kennen.

Het voorgestelde eerste lid biedt een uitdrukkelijke wettelijke grondslag aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een stichting. In sectorale regelgeving (vgl. bijvoorbeeld artikel 6.1 Uitvoeringsbesluit Wet toelating zorginstellingen) wordt voor in die sectoren werkzame stichtingen naast gremia waarin belanghebbenden zijn vertegenwoordigd de instelling van een toezichthoudend orgaan als bedoeld in dit wetsvoorstel dikwijls dwingend voorgeschreven. Voor andere stichtingen geldt dat zij op eigen initiatief statutair hebben voorzien in de instelling van een toezichthoudend orgaan. Boek 2 BW biedt daarvoor thans al ruimte. Een uitdrukkelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij de stichting wordt in Boek 2 BW echter nog niet geboden. Aan die situatie wordt met deze bepaling een einde gemaakt nu zij erin voorziet dat de statuten kunnen bepalen dat er een toezichthoudend orgaan kan zijn.

In het voorgestelde eerste lid is voorts bepaald dat het toezichthoudend orgaan uit één of meer natuurlijke personen bestaat. Rechtspersonen kunnen dus geen lid zijn van het toezichthoudend orgaan. Deze bepaling is in lijn met de bepalingen ten aanzien van de NV (artikel 2:140 lid 1 BW) en de BV (artikel 2:250 lid 1 BW) en het in dit wetsvoorstel voorgestelde artikel 2:47 lid 1 ten aanzien van het toezichthoudend orgaan bij de vereniging.

Met het voorgestelde tweede lid wordt een einde gemaakt aan de huidige situatie waarin de taak van het toezichthoudend orgaan niet nader in de wet is omljnd. De wet schrijft slechts voor dat leden van het toezichthoudend orgaan de jaarrekening van de stichting medeondertekenen (artikel 2:300 lid 2 BW) en dat de jaarrekening wordt vastgesteld door het toezichthoudend orgaan als de statuten deze bevoegdheid niet aan een ander orgaan toekennen (artikel 2:300 lid 3 BW). Deze situatie kan ertoe leiden dat de het toezichthoudend orgaan zich (te) passief opstelt met schade voor de betreffende stichting als gevolg.

In het voorgestelde tweede lid is bepaald dat het toezichthoudend orgaan tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden organisatie. Het toezichthoudend orgaan staat het bestuur met raad terzijde. Deze taakomschrijving is nagenoeg gelijkloidend aan die ten aanzien van de NV (artikel 2:140 lid 2 BW) en de BV (artikel 2:250 lid 2 BW) met dien verstande dat dat wordt gesproken van "de stichting en de met haar verbonden organisatie" in plaats van "de vennootschap en de met haar verbonden onderneming". Voor de toelichting van het gebruik van de term "organisatie" wordt verwezen naar de toelichting bij onderdeel A.

De taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan bij de stichting brengt met zich dat het algemene bestuursbeleid wordt bepaald na overleg met het toezichthoudend orgaan alsmede dat het in belangrijke beslissingen van het bestuur gekend zal worden. De statuten kunnen overigens ook expliciet bepalen dat belangrijke beslissingen van het bestuur goedkeuring van het toezichthoudend orgaan behoeven. Het voorgestelde derde lid biedt daarvoor ruimte. Het toezichthoudend orgaan heeft alle bevoegdheden die in redelijkheid nodig zijn voor een juist beeld van de toestand van de stichting en het gevoerde beleid. Zo kan het toezichthoudend orgaan bijvoorbeeld een derde vragen een onderzoek in te stellen. De kosten daarvan dienen dan door de stichting te worden vergoed.

Ook voor stichtingen geldt dat het toezichthoudend orgaan zich actief dient op te stellen en het bestuur om informatie moet vragen en zo nodig moet ingrijpen wanneer er signalen zijn dat er sprake is van problemen. Indien de stichting zich in (financieel) zwaar weer of een proces van reorganisatie bevindt, mag van het toezichthoudend orgaan een extra waakzame opstelling worden verwacht. Het ligt op de weg van het toezichthoudend orgaan het beleid van het bestuur dan extra kritisch te bezien. Ook ten aanzien van de stichting geldt dat de taak van het toezichthoudend orgaan op dit punt niet verschilt van de taak van de raad van commissarissen bij een NV (zie daarover (Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 16 oktober 2003, JOR 2003/60, *Laurus* en Hoge Raad 8 april 2005, JOR 2005/119, *Laurus*).

Het voorgestelde derde lid bepaalt dat het toezichthoudend orgaan te allen tijde bevoegd is iedere bestuurder te schorsen. Bij de taak van het toezichthoudend orgaan past dat het kan ingrijpen in de samenstelling van het bestuur. Met de bevoegdheid tot schorsing beschikt het toezichthoudend orgaan over een instrument waarmee zij een bestuurder zo nodig op snelle wijze op non-actief kan stellen.

Het voorgestelde derde lid bepaalt voorts dat de statuten aanvullende bepalingen omtrent de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden kunnen bevatten. Zulks is uiteraard slechts mogelijk voor zover dwingendrechtelijke bepalingen van de wet, zoals het ledenverbod, zich daartegen niet verzetten. De voorgestelde bepaling is gelijklopend aan de bepalingen voor de NV (artikel 2:140 lid 3 BW) en de BV (artikel 2:250 lid 3 BW) alsmede aan die welke met de in onderdeel B van dit wetsvoorstel voorziene wijziging van artikel 2:47 BW wordt opgenomen ten aanzien van het toezichthoudend orgaan bij de vereniging. In dit verband kan bijvoorbeeld worden gedacht aan bepalingen die bepaalde besluiten van bestuur aan de goedkeuring van het toezichthoudend orgaan onderwerpen of aan de hierboven al genoemde bevoegdheid van het toezichthoudend orgaan om een bestuurder te ontslaan.

Het voorgestelde vierde lid bepaalt dat aan een bepaald lid van het toezichthoudend orgaan meer dan één stem kan worden toegekend. Het toekennen van extra stemmen aan een lid van het toezichthoudend orgaan kan bijvoorbeeld wenselijk zijn in het geval men extra gewicht wil toekennen aan het inzicht van een door een door een bepaalde kapitaalverschaffer of een statutair begunstigde organisatie benoemd of voorgedragen lid van het toezichthoudend orgaan. Deze bepaling is in lijn met de bestaande bepalingen voor de NV (artikel 2:140 lid 4 BW) en de BV (artikel 2:250 lid 4 BW) alsmede die welke met de in onderdeel B van dit wetsvoorstel voorziene wijziging van artikel 2:47 BW wordt ingevoerd voor de vereniging. Ook hier moet worden aangetekend dat ook dergelijk leden van het toezichthoudend orgaan het belang van de stichting voorop moet stellen en zij niet het belang van de betreffende kapitaalverschaffer of statutair begunstigten mogen laten prevaleren. De begrenzing van het aantal mogelijk extra toe te kennen stemrechten bevindt zich, evenals bij de andere rechtspersonen, daarin dat aan één lid van het toezichthoudend orgaan niet meer stemmen mogen worden toegekend dan aan alle andere leden tezamen.

Het voorgestelde vijfde lid houdt verband met de introductie van een voor alle rechtspersonen, en aldus ook voor de stichting geldende tegenstrijdig belangregeling. Deze is getrapd. Indien de bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, volgt uit het met dit voorstel geïntroduceerde artikel 2:9 lid 3 dat de besluitvorming aan het toezichthoudend orgaan wordt overgelaten, zo dat is ingesteld. Ook leden van het toezichthoudend orgaan kunnen echter bij een bepaald besluit een belang hebben dat direct of indirect tegenstrijdig is aan het belang van de stichting. In dat geval mogen zij

niet aan de beraadslaging en de besluitvorming over het betreffende besluit mogen deelnemen. Voor de stichting geldt echter dat, indien alle leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang hebben, het besluit niet kan worden overgelaten aan de algemene vergadering. De stichting heeft immers geen algemene vergadering.

Het in het nieuwe artikel 2:9a lid 3 bepaalde heeft in het geval van een tegenstrijdig belang van alle leden van het toezichthoudend orgaan dus in beginsel tot gevolg dat geen besluit kan worden genomen. Dat gevolg kan onwenselijk zijn, aangezien het betreffende besluit op zichzelf niet nadelig hoeft te zijn voor de stichting. Om die reden is in het nieuwe artikel 2:9a lid 3 voorzien dat de wet anders kan bepalen. Het voorgestelde artikel 2:292a lid 5 bepaalt in dat kader dat wanneer alle leden van het toezichthoudend orgaan een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang hebben, het toezichthoudend orgaan de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastlegt. De bepaling is in lijn met de situatie die wordt geregeld met het in dit voorstel voorziene artikel 2:291 lid 4, waarin vanwege de tegenstrijdig belangregeling in beginsel geen besluit kan worden genomen door het bestuur. Voor de toelichting wordt verwezen naar de toelichting bij het voorgestelde artikel 2:291 lid 4.

Het voorgestelde zesde lid bevat een algemene regeling van de bezoldiging van de leden van het toezichthoudend orgaan. Nu de stichting geen algemene vergadering kent, kan toekenning van een bezoldiging aan de leden van het toezichthoudend orgaan of het aan de leden van het toezichthoudend orgaan onthouden van een bezoldiging in beginsel alleen door het bestuur geschieden. Dit zou zich echter slecht verdragen met de toezichtgedachte. Zonder nadere regeling zou het toezichthoudend orgaan geheel uit eigen beweging kunnen overgaan tot het toekennen van een bezoldiging aan de leden van het toezichthoudend orgaan. In het voorgestelde zesde lid is bepaald dat indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen het toezichthoudend orgaan de leden van het orgaan als zodanig een bezoldiging kan toekennen. Met de woorden "indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen" wordt beoogd dat voor het openen van die mogelijkheid tot het toekennen van een bezoldiging bewust wordt gekozen. In tegenstelling tot de bepalingen voor de NV en de BV, die sinds 2004 van dwingend recht zijn, geldt voor de stichtingen echter wel dat de statuten andere voorzieningen kunnen treffen. Zo kan het bedrag van de bezoldiging in de statuten worden bepaald of gelimiteerd of kan de bevoegdheid tot toekenning van een bezoldiging statutair aan een derde worden toegekend.

Onder bezoldiging moet elke vergoeding van werkzaamheden worden verstaan. Een passende bezoldiging valt niet onder het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW, dat bepaalt dat het doel van de stichting niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van de organen van de stichting of aan anderen, tenzij die uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Het voorgestelde zevende lid regelt de informatieverstrekking door het bestuur aan het toezichthoudend orgaan. Het bepaalt dat het bestuur het toezichthoudend orgaan tijdig de voor de uitoefening van diens taak benodigde gegevens verstrekt. Deze bepaling beoogt te bewerkstelligen dat de toezichthoudend orgaan kan beschikken over de informatie die het nodig heeft voor de uitoefening van haar toezichthoudende en adviserende taak. Zij is gelijkkluidend aan de bepalingen voor de NV (artikel 2:141 BW) en de BV (artikel 2:251 BW) en de bepaling die met de in onderdeel B voorgestelde wijziging van artikel 2:47 BW wordt geïntroduceerd ten aanzien van het toezichthoudend orgaan bij de vereniging. Naar de toelichting bij dat onderdeel wordt op deze plaats verwezen.

Artikel 292b

Het voorgestelde artikel bevat een regeling voor het geval tot de benoeming van een lid van het toezichthoudend orgaan een aanbeveling of een bindende voordracht kan worden gedaan. De statuten kunnen nadere eisen bevatten voor de benoembaarheid tot lid van het toezichthoudend orgaan. Deze bepaling is vergelijkbaar met het in onderdeel C voorgestelde artikel 47a.

U

Met de in dit onderdeel voorgestelde wijziging van artikel 2:298 BW worden de criteria aangepast op grond waarvan bestuurders van stichtingen door de rechtbank kunnen worden ontslagen. Voorts wordt in verband met de invoering van een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan geregeld dat artikel 2:298 BW ook van toepassing is op leden van het toezichthoudend orgaan.

Thans bepaalt artikel 2:298 lid 1 BW dat op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie kan worden ontslagen een bestuurder die (a) iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer of (b) niet of niet behoorlijk voldoet aan een bevel van de voorzieningenrechter tot openlegging van de boeken en bescheiden.

Ten aanzien van de ontslaggrond doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten geldt dat daarvan volgens de Hoge Raad slechts sprake kan zijn indien op het moment van het doen of nalaten redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid daarvan mogelijk was. De achtergrond van deze benadering is dat de wetgever volgens de Hoge Raad slechts een controle op de rechtmatigheid van het beleid voor ogen heeft gehad en niet een algemene controle op het beleid van bestuurders van stichtingen. Het criterium wanbeheer moet volgens de Hoge Raad niet

worden begrepen als bestuurlijk wanbeleid in het algemeen, maar als financieel wanbeheer. Daaronder moet worden verstaan tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de stichting of de zorg voor de verkrijging van inkomsten waarover de stichting kan beschikken (Hoge Raad 3 januari 1975, NJ 1975/222, *Stichting Vorming Werkende Jeugdigen*).

Vanuit de praktijk en in de literatuur is opgemerkt dat de vraag of ten tijde van het doen of nalaten van de bestuurder redelijkerwijs geen verschil van mening mogelijk was over de onrechtmatigheid daarvan, zich in veel gevallen lastig laat beantwoorden. In procedures waarin om het ontslag van een stichtingsbestuurder wordt verzocht, wordt regelmatig de vraag gesteld in hoeverre de omstandigheid dat een stichtingsbestuurder te maken heeft met technische wetgeving of afgegaan is op adviezen van professionele partijen van invloed is of zou moeten zijn. Voorts is gesignaleerd dat de vraag is of de grond 'doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten' het mogelijk maakt dat een bestuurder die zich zo ernstig misdraagt dat hij redelijkerwijs niet als bestuurder kan worden gehandhaafd als bestuurder kan worden ontslagen. In de rechtspraak is overwogen dat voor ontslag van een bestuurder geen ruimte bestaat indien door een verschil van inzicht tussen de bestuurders geen vruchtbare samenwerking binnen het bestuur meer mogelijk is. In beginsel is het de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur om hiervoor een oplossing te creëren (vgl. Rechtbank Dordrecht 21 december 2005, JOR 2006/146, *Stichting HogeSnelWeg*, en Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, LJN AU 1866, *Stichting Schaapstil I*).

Ten aanzien van het criterium (financieel) wanbeheer geldt dat in de rechtspraak geen sprake is van een eenduidige interpretatie. Zo wordt de vraag of financieel wanbeheer kan zijn gelegen in een enkele gedraging dan wel of sprake moet zijn van een langduriger karakter verschillend beantwoord (zie Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2005, JOR 2006/145 *Stichting Winterberging Pleziervaartuigen* en Rechtbank Dordrecht 21 december 2005, JOR 2006/146, *Stichting HogeSnelWeg*). Ook wordt de term wanbestuur naast de term wanbeheer gebruikt. In de literatuur is in dat licht de vraag gesteld of de beperking van wanbeheer tot financieel wanbeheer nog wel aan de orde is (zie bijvoorbeeld J.M.M. Maeijer in zijn noot onder Hoge Raad 10 november 2006, NJ 2007/45, *Stichting Schaapstil*). Ook is betoogd dat de ontslaggrond wanbeheer de zaken onnodig compliceert nu wanbeheer een vorm is van strijd met de wet, namelijk met artikel 2:9 BW dat van bestuurders eist dat zij hun taak naar behoren vervullen (vgl. E. Schmieman, *De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen*, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2008/2, p. 48).

Uit het voorgaande volgt dat de thans bestaande gronden voor ontslag van een bestuurder van een stichting leiden tot rechtsonzekerheid. Bovendien sluiten zij niet goed meer aan bij de in dit wetsvoorstel voor de stichting voorziene norm dat

bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie. Wanneer bestuurders dit uitgangspunt uit het oog verliezen kan dat schade voor die stichting tot gevolg hebben en aldus voor degenen die bij haar belanghebbende zijn. In bepaalde gevallen kan zij er zelfs toe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichting en de door haar geleverde diensten in gevaar komt.

Aanpassing van de ontslaggronden is daarom aangewezen. Voorgesteld wordt om de thans in artikel 2:298 lid 1 BW genoemde gronden "handelen of nalaten in strijd met de wet of de statuten" en "wanbeheer" te vervangen door een nieuwe ontslaggrond. Deze houdt in dat een bestuurder kan worden ontslagen indien hij het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

De voorgestelde bepaling vormt een aanvulling op statutaire ontslagregelingen, zoals die waarin is bepaald dat het toezichthoudend orgaan bestuurders kan ontslaan. Zij laat deze regelingen onverlet. Beoogd is belanghebbenden en het openbaar ministerie ruimere gronden te bieden om in te grijpen wanneer zulks gerechtvaardigd is dan thans het geval is. Tevens is beoogd te vermijden dat een verzoek tot het ontslag van een bestuurder lichtvaardig kan worden gedaan doordat de bepaling een tweeledige toets bevat. Die bestaat eruit dat voor het doen van een verzoek tot ontslag van een bestuurder is vereist dat degene die het verzoek doet belanghebbende is terwijl voor het slagen van het verzoek is vereist dat is vast komen te staan dat de betreffende bestuurder de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig ernstig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap daardoor in redelijkheid niet meer kan worden geduld.

Het ontslag kan worden verzocht door het openbaar ministerie en belanghebbenden. Ten aanzien van wie belanghebbende is heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 10 november 2006, JOR 2007/6 (*Stichting IHD Zorg in het Buitenland*) overwogen dat de vraag of een verzoeker belanghebbende is moet worden beoordeeld aan de hand van de zogenaamde twee kringenleer die door de Hoge Raad is geformuleerd in zijn arrest van 25 oktober 1991, NJ 1992/149, *Leonhard Woltjer Stichting*) en is uitgewerkt in het arrest van 6 juni 2003, JOR 2003/161, *Scheipar*). De twee kringenleer veronderstelt dat er twee categorieën van belanghebbenden bestaan, namelijk (i) degenen die bij de uitkomst van de procedure een eigen belang hebben, en dat moeten stellen en bewijzen en (ii) degenen die op een andere wijze zo nauw zijn betrokken bij het onderwerp van de procedure dat zij op grond van die betrokkenheid een belang hebben om in de procedure te verschijnen.

Ten aanzien van misstanden bij stichtingen die werkzaam zijn in een semipublieke sector is wel de vraag gesteld onder welke categorie de Staat valt. Indien sprake is van

een financieringsrelatie tussen de Staat en de betreffende stichting, moet worden aangenomen dat de Staat in haar financiële belang wordt getroffen indien een bestuurder het belang van de stichting schaadt en aldus onder de eerste kring van belanghebbenden valt. In het geval van een stichting die werkzaam is in een semipublieke sector, zoals het onderwijs, kan de Staat vanwege haar stelselverantwoordelijkheid ook onder de tweede kring van belanghebbenden vallen (vgl. Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, JOR 2008/69, *Stichting Islamitische Scholen Helmond*) en aldus gerechtigd zijn tot het doen van een verzoek tot ontslag van een bestuurder.

Van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig ernstig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap daardoor in redelijkheid niet meer kan worden geduld kan sprake zijn wanneer de betreffende bestuurder zijn taak onbehoorlijk vervult of heeft vervuld in de zin van artikel 2:9 BW en daardoor schade voor de stichting en de met haar verbonden organisatie optreedt of is opgetreden. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien de betreffende bestuurder zich bij de vervulling van zijn taak heeft gericht naar zijn eigen belang in plaats van dat van de stichting en de met haar verbonden organisatie en daarvan schade voor de stichting het gevolg is, wanneer de betreffende bestuurder iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten van de stichting en daardoor voor de stichting schade optreedt of wanneer de bestuurder zich zodanig opstelt dat daardoor de sprake is van een disfunctioneren van de stichting met schade voor de stichting en de met haar verbonden organisatie als gevolg.

Met de voorgaande opsomming is niet beoogd een limitatieve lijst te geven van gevallen waarin sprake kan zijn van een grond voor ontslag. Integendeel: beoogd is de invoering van een open geformuleerde ontslaggrond die enerzijds ruimte biedt om rekening te houden met de omstandigheden van het geval en anderzijds lichtvaardige ontslagverzoeken zoveel mogelijk tegen gaat. Van belang daarbij is dat niet iedere fout van een bestuurder moet kunnen leiden tot de vaststelling dat hij het belang van de stichting zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Het uitgangspunt is telkens dat sprake moet zijn van een handelen of nalaten van de bestuurder dat voor de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig nadelige gevolgen heeft dat zij daardoor ernstige schade leidt. Het betreffende handelen of nalaten behoeft geen structureel karakter te hebben: ook een enkele gedraging of omissie van de bestuurder kan leiden tot de conclusie dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

De voorgestelde wijziging van de ontslaggrond in artikel 2:298 lid 1 sub b BW houdt verband met de omstandigheid dat uit de betreffende bepaling volgt dat een bestuurder kan worden ontslagen indien hij niet of niet behoorlijk voldoet aan een ingevolge artikel 2:297 lid 2 BW gegeven bevel van de voorzieningenrechter tot openlegging van de

boeken en bescheiden van de stichting aan het openbaar ministerie. Onder niet behoorlijk voldoen moet ook worden verstaan niet voldoen. De thans gebezigde formulering is dus dubbelop. Om die reden wordt nog slechts gesproken van "niet behoorlijk voldoen."

Het voorgestelde vierde lid houdt verband met de omstandigheid dat de band tussen de bestuurder en een rechtspersoon tweeledig kan zijn in die zin dat hen een rechtspersonenrechtelijke en een arbeidsrechtelijke band bestaat. De arbeidsrechtelijke band wordt gevormd door de arbeidsovereenkomst. In het verleden is herhaaldelijk de vraag gerezen of het verbreken van de rechtspersonenrechtelijke band ook automatisch beëindiging van de arbeidsrechtelijke band c.q. de arbeidsovereenkomst inhoudt. Ten aanzien van de bestuurders van NV's en BV's heeft de Hoge Raad in de zogeheten 15-april arresten overwogen dat de beëindiging van de rechtspersonenrechtelijke band inderdaad de beëindiging van de arbeidsverhouding inhoudt (Hoge Raad 15 april 2007, JAR 2005/117, Unidek en Hoge Raad 15 april 2007, JAR 2005/153, Ciris/Bartelink). Deze jurisprudentie is gecodificeerd in artikel 2:134/244 lid 3 BW. Ten aanzien van stichtingen bestaat een zodanige bepaling niet. In de praktijk bestaat rechtsonzekerheid ten aanzien van de vraag of het ontslag als bestuurder van een stichting ook het einde van de arbeidsverhouding tussen de betreffende stichting en bestuurder inhoudt. Aan die rechtsonzekerheid wordt thans een einde gemaakt door in lijn met de bepalingen voor de NV en de BV te bepalen dat een herstel van de arbeidsverhouding tussen bestuurder en stichting niet kan worden uitgesproken. Voor de vereniging (artikel 2:37 lid 6 BW) is dit reeds geschied. Ook voor stichtingen is deze uniformering gerechtvaardigd. Waar stichtingsbestuurders in het verleden voornamelijk hun werkzaamheden voor de stichting op vrijwillige basis en onbezoldigd verrichten, onderscheidt de gesalarieerde stichtingsbestuurder zich tegenwoordig niet wezenlijk van de bestuurder van een NV of een BV. Zo geldt voor een grote stichting, zoals bijvoorbeeld een groot ziekenhuis of een grote scholengemeenschap dat de positie van de bestuurder in belangrijke mate dezelfde kenmerken vertoont als de positie van de bestuurder van een middelgrote NV.

Het voorgestelde vijfde lid bewerkstelligt dat in de toekomst ook leden van het toezichthoudend orgaan kunnen worden ontslagen indien zij het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaden of hebben geschaad dat het voortduren van hun lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan redelijkerwijs niet kan worden geduld alsmede dat hangende het onderzoek de leden van het toezichthoudend orgaan door de rechtbank kunnen worden geschorst en de rechtbank voorzieningen in het toezichthoudend orgaan kan treffen. Voor de leden van het toezichthoudend orgaan is geen aparte bepaling opgenomen omdat zulks enerzijds tot onnodige herhaling kan leiden en anderzijds het risico in zich bergt dat ongewenste verschillen bij de interpretatie gaan ontstaan.

V

Met de voorgestelde nieuwe formulering van artikel 2:300a BW gewijzigd. Ten aanzien van de vereniging is met de in onderdeel D voorgestelde wijziging van artikel 2:50a BW een gelijkkluidende wijziging voorgesteld. Voor een uitgebreide toelichting wordt verwezen naar die plaats, met dien verstande dat voor "vereniging" moet worden gelezen "stichting".

W

Het voorgestelde artikel 2:393 lid 4 houdt verband met de invoering van een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij stichtingen. Artikel 2:393 BW regelt dat grote ondernemingen hun jaarrekening moeten laten controleren door een externe accountant. In beginsel geschiedt de benoeming van de accountant door de algemene vergadering. Indien die daartoe niet overgaat (artikel 2:393 lid 2 BW), benoemt de raad van commissarissen de accountant. Het voorgestelde lid beoogt aan te geven dat in het geval van een stichting met een grote onderneming het toezichthoudend orgaan de accountant aanwijst.

Artikel II Wijziging Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek

In artikel 10:121, eerste lid BW wordt "zijn de artikelen 138 en 149 van Boek 2" vervangen door: is artikel 106a van de Faillissementswet. Dat hangt samen met de verplaatsing van de regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid in faillissement van artikel 2:138 BW naar artikel 106a Faillissementswet en het daardoor komen te vervallen van artikel 2:138 BW.

Artikel III Wijziging van de Faillissementswet

Het in dit artikel voorgestelde nieuwe artikel 106a FW behelst de regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan voor het tekort in de boedel in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van een faillissement. De huidige regeling is voor de NV opgenomen in artikel 2:138 BW. Artikel 2:248 BW is een kopie daarvan voor de BV. Deze bepalingen worden in Boek 2 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op verenigingen (artikel 2:50a) en stichtingen (artikel 2:300a) die aan de heffing van de vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

Artikel 2:138/2:248 BW is ingevoerd met de zogeheten derde misbruikwet (Wet van 16 mei 1986 tot wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de

Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, Stb. 1986, 275). In de Memorie van Toelichting daarbij (Kamerstukken II, 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 3) is opgemerkt: "In de voorgestelde artikelen wordt aansluiting gezocht bij artikel 2:8 BW (thans artikel 2:9 BW) waar het grondbeginsel van de bestuurdersaansprakelijkheid is geformuleerd als een gehoudenheid van het bestuur tegenover de rechtspersoon tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak [...] Er is geen reden om wat de rechtsgrond voor die aansprakelijkheid betreft onderscheid te maken tussen situaties in en buiten faillissement. In de nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 33-34) is vervolgens opgemerkt dat: "De aansprakelijkheid uit artikel 2:8 BW (thans artikel 2:9 BW) en de aansprakelijkheid uit artikel 2:138/248 liggen in elkaars verlengde, veeleer dan dat zij met elkaar op gespannen voet staan [...] Eerst wanneer de onbehoorlijke taakvervulling zover is gegaan, dat zij een belangrijke oorzaak van het faillissement is, ontstaat tevens aansprakelijkheid van de bestuurders tegenover de schuldeisers (de boedel)."

Vanwege de omstandigheid dat beide acties werden gezien als in elkaars verlengde liggend, heeft de hoofdelijke aansprakelijkstelling voor het tekort in de boedel haar plaats gekregen in Boek 2 BW. Nadien is de vraag gerezen of de vordering op grond van artikel 2:138 BW en 2:248 BW moest worden gezien als een vordering in het kader van de interne aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap, dan wel als een bijzondere vordering in het kader van de externe aansprakelijkheid van de bestuurders jegens derden. In het licht van de plaatsing in Boek 2 BW is wel de indruk ontstaan dat de actie op grond van artikel 2:138 (248) BW betreft een actie van de vennootschap jegens de bestuurder, maar ingesteld door de curator. De meeste auteurs zijn echter van mening dat zulks niet geval is, vgl. J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders* (diss. 1998), p. 334, Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* (2009), nr. 455 en anderen genoemd in J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, aant. 6.1. bij artikel 2:138 BW. Deze opvatting hebben zij bevestigd gezien in het arrest van de Hoge Raad van 18 september 2009, JOR 2010/29, *Stichting Derdengelden Simon*. Daarin overweegt de Hoge Raad, de conclusie van advocaat-generaal Timmerman volgend: "De aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge de artikelen 2:138 en 2:248 BW is geen aansprakelijkheid jegens de gefailleerde vennootschap, maar jegens de boedel." In haar conclusie bij Hoge Raad 5 september 2002, JOR 2003/226, *Van Rossum/Bedrijfswagen Lease Nederland* had advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense al geconcludeerd dat artikel 2:248 BW is gebaseerd op de gedachte dat een bestuurder in genoemd geval de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap heeft benadeeld en aldus jegens de gezamenlijke schuldeisers een onrechtmatige daad heeft

gepleegd, waarmee de bepaling een verscherpte uitwerking van de norm van art. 6:162 BW geeft.

In het licht van het voorgaande moet de Faillissementswet vanuit wetssystematisch oogpunt meer dan Boek 2 BW worden beschouwd als een geëigende plaats voor een bepaling omtrent hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders voor het tekort in de boedel dat in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijk bestuur.

Daarbij komt dat met de plaatsing van deze bepaling in de Faillissement de noodzaak wordt weggenomen van allerlei schakelbepalingen waarmee artikel 2:138 van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op andere rechtspersonen dan de NV, en ook het onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële rechtspersonen verdwijnt.

Met de introductie van één uniforme regeling voor alle rechtspersonen ongeacht of zij al dan niet zijn onderworpen aan de heffing van de vennootschapsbelasting verandert er inhoudelijk niets voor rechtspersonen die al onder de reikwijdte van de regeling vielen, namelijk NV's, BV's en verenigingen en stichtingen die onderworpen zijn aan de heffing van de vennootschapsbelasting. Het hier voorgestelde artikel nieuwe 106a is namelijk een kopie van de bestaande regeling. Slechts het elfde lid ontbrak in het huidige artikel 2:138 BW. Het bewerkstelligt dat het artikel ook van toepassing is op leden van het toezichthoudend orgaan. Dat is in lijn met de in het algemene deel van de toelichting genoemde brief aan de Tweede Kamer van 12 november 2013 (Kamerstukken II, 2012-2013, 33750 VI, nr. 31) aangekondigde maatregelen ter verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in semipublieke sectoren en de aanbevelingen van de Commissie Behoorlijk Bestuur.

Artikel IV Overgangsrecht

In dit artikel is het overgangsrecht geregeld. In de eerste instantie moet worden gezien of de afzonderlijke bepalingen van het wetsvoorstel nadere uitvoering door de vereniging of de stichting behoeven, waardoor verenigingen en stichtingen na inwerkingtreding meer tijd moet worden gegund. Dat is niet het geval. Dit wetsvoorstel voorziet in een wettelijke grondslag voor de instellingen van een toezichthoudend orgaan bij de vereniging en de stichting. Het instellen van een toezichthoudend orgaan is niet verplicht. Voorts voorziet het wetsvoorstel in de vastlegging van de norm waarnaar bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan zich moeten richten. Ook dat vergt geen extra tijd, aangezien het betreft de vastlegging van een thans al geldende norm. Ten aanzien van de tegenstrijdig belangregeling die met dit wetsvoorstel voor verenigingen en stichtingen wordt ingevoerd, geldt dat de wet voorziet in een regeling die op bepaalde punten statutair kan worden aangevuld. Ook in dat opzicht is dus geen sprake van de noodzaak van nadere uitvoering. Hetzelfde geldt voor de aanpassing van

de criteria op grond waarvan bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan van een stichting kunnen worden ontslagen.

Bij het overgangsrecht speelt daarnaast de vraag wat rechtens is wanneer een rechtshandeling onder het oude recht nietig of vernietigbaar was, maar onder het nieuwe recht niet. Daarvan is sprake bij de tegenstrijdig belangregeling bij de vereniging. Thans bevat de wet daarvoor met artikel 2:47 BW een vertegenwoordigingsregeling. Rechtshandelingen die zijn verricht door de bestuurder met een tegenstrijdig belang kunnen door de vereniging worden vernietigd.

Deze regel is van belang in het kader van de tegenstrijdig belangregeling bij de vereniging. Voor de stichting geldt dat niet, aangezien de wet thans geen tegenstrijdig belangregeling voor de stichting kent.

De hoofdregel is dat wanneer onder het huidige recht besluiten en rechtshandelingen rechtsgeldig tot stand zijn gekomen en zijn verricht, gewijzigde voorwaarden voor rechtsgeldigheid onder het nieuwe recht daarin geen kunnen verandering brengen. Dez is opgenomen in artikel 80 lid 1 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek. Daarin is geregeld dat een rechtshandeling die vernietigbaar was tot aan het tijdstip dat de (nieuwe) wet op haar van toepassing wordt, vanaf dat tijdstip niet meer vernietigd kan worden wegens het gebrek dat haar tevoren aankleefde indien de (nieuwe) wet het gebrek niet meer als een vernietigingsgrond aanmerkt.

Rechtshandelingen namens de vereniging verricht door een bestuurder met een tegenstrijdig belang bij die rechtshandeling konden onder het oude recht door de vereniging worden vernietigd op grond van artikel 2:47 BW (oud). Thans is dat niet meer mogelijk. Ook de aan de betreffende rechtshandeling ten grondslag liggende besluiten blijven gewoon geldig. In de nieuwe tegenstrijdig belangregeling kan de vereniging besluiten waarover een bestuurder of toezichthouder met een tegenstrijdig belang heeft meegestemd vernietigen op grond van het voorgestelde artikel 2:47 lid 5, overigens zonder dat deze vernietiging externe werking zou hebben. De vernietiging van een besluit waarover een bestuurder met een tegenstrijdig belang heeft meegestemd is echter niet mogelijk ten aanzien van besluiten die genomen zijn voor de inwerkingtreding van de wet. Uit de hoofdregel van artikel 79 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek volgt immers dat een rechtshandeling die voor inwerkingtreding van de nieuwe wet rechtsgeldig is verricht, niet nietig of vernietigbaar wordt ten gevolge van een grond van nietigheid of vernietigbaarheid in de nieuwe wet.

Met het voorgestelde artikel 2:9a wordt beoogd de mogelijkheid van aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling van toepassing te doen zijn op de leden van de het toezichthoudend orgaan van alle formele verenigingen en de leden van het toezichthoudend orgaan van alle stichtingen in plaats van slechts die welke failliet zijn en onderworpen aan de heffing van de vennootschapsbelasting. Ook wordt met het

voorgestelde artikel 106a Faillissementswet de hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak van het faillissement vormt uitgebreid tot bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan van alle verenigingen en stichtingen in plaats van slechts die welke aan de heffing van de vennootschapsbelasting onderworpen zijn.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid geldt het algemene uitgangspunt bij een wetwijziging dat de nieuwe bepalingen vanaf het moment van inwerkingtreding onmiddellijk van toepassing zijn, maar enkel ten aanzien van feiten die na dat moment voorvallen (Artikel 29 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek).

Samenhangend met de vorige twee vragen is de vraag aan de orde of het oude of het nieuwe recht gerechtelijke procedures beheerst die nog aanhangig zijn op het moment van inwerkingtreding. Artikel 74 Overgangswet Nieuw Burgerlijk regelt kort gezegd dat in zaken die al voor de rechter zijn gebracht op basis van het voor de inwerkingtreding van de wet geldende recht, de betreffende rechter bevoegd blijft alsmede dat het oude recht daarop van toepassing blijft.

Artikel V Inwerkingtreding

Dit artikel bevat de gebruikelijke inwerkingtredeingsbepaling.

Artikel VI Citeertitel

Deze bepaling regelt dat indien dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven, de wet wordt aangehaald als de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Deze titel is gekozen om te voorkomen dat verwarring ontstaat met de op 1 januari 2013 in werking getreden Wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen.

De Minister van Veiligheid en Justitie,