

Reactie op het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Namens het Instituut voor Ondernemingsrecht:

H.E. Boschma

M.L. Lennarts

J.N. Schutte-Veenstra

J.B. Wezeman

Groningen, 28 maart 2014

Voorwoord

Wij hebben met belangstelling kennisgenomen van het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Het voornemen om te voorzien in een grondslag in Boek 2 BW voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen verdient ondersteuning. De professionalisering van de governance van semipublieke instellingen, die veelal zijn ondergebracht in de rechtsvorm van een stichting of vereniging, heeft ertoe geleid dat de instelling van een toezichthoudend orgaan bij deze instellingen gemeengoed is geworden. Regulering van het toezicht is tot dusverre te vinden in voor de verschillende semipublieke sectoren opgestelde governance codes en in (op handen zijnde) sectorale wetgeving. Vanuit wetssystematisch oogpunt is het toe te juichen dat regels met betrekking tot toezichthouders bij alle rechtspersonen straks op één plaats te vinden zijn, in Boek 2 BW. Zoals op p. 2 van de toelichting bij het consultatiedocument wordt opgemerkt kan desgewenst nadere uitwerking van de regels in Boek 2 BW plaatsvinden in sectorale wetgeving en governance codes. Deze regelingen dienen wel zorgvuldig op elkaar te worden afgestemd. Hierna zal blijken dat wij menen dat deze afstemming nadere aandacht verdient, met name als het gaat om de verhouding tussen de algemene regeling in Boek 2 BW en sectorale wetgeving (in voorbereiding). Wij onderschrijven het uitgangspunt van het consultatiedocument de regels voor bestuur en toezicht bij alle rechtspersonen te uniformeren. Hierna zullen wij ten aanzien van een aantal punten aanpassingen van het voorontwerp voorstellen die leiden tot een nog betere aansluiting van de governanceregels bij stichtingen en verenigingen met de regels die gelden voor NV's en BV's. Op één specifiek punt vragen wij ons af of uniformering gewenst is: wij hebben twijfels bij de voorgestelde uitbreiding van het toepassingsgebied van het voorgestelde art. 106a Fw - waarin de vergaande aansprakelijkheidsbepaling van art. 2:138/248 BW is neergelegd - naar bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële rechtspersonen.

Om de leesbaarheid van deze reactie te vergroten hebben wij onze opmerkingen gerubriceerd aan de hand van de hoofdthema's van het consultatiedocument:

- *Wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen (par. 1);*
- Uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten (par. 2);
- Uniformering van de tegenstrijdig belangregeling (par. 3);
- Uniformering van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (par. 4);

- Uitbreiding gronden voor ontslag van bestuurders door de rechter (en uitbreiding tot toezichthouders) bij stichtingen (par. 5).

In par. 6 vragen wij aandacht voor de kwestie van belet en ontstentenis van bestuurders van stichtingen en verenigingen en in par. 7 sluiten wij af met enkele redactionele opmerkingen.

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

1.1 Waarom geen regeling van het monistisch bestuursmodel voor vereniging en stichting? Verhouding tot regelingen met betrekking tot bestuursmodellen in (op handen zijnde) sectorale wetgeving.

Het is toe te juichen dat met het voorontwerp een wettelijke grondslag wordt gecreëerd voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij alle stichtingen en verenigingen. Wel vragen wij ons af waarom het voorontwerp niet ook een wettelijke grondslag biedt voor een monistisch bestuursmodel bij stichtingen en verenigingen. Sinds 1 januari 2013 is dit model voor NV's en BV's verankerd in Boek 2 BW. Een op 1 juli 2013 gepubliceerd ambtelijk voorontwerp van wet voorziet in een regeling van het monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij omdat - volgens de toelichting op het onderhavige voorontwerp - uit de praktijk was gebleken van een behoefte aan een dergelijk bestuursmodel. Omdat vooralsnog van een dergelijke behoefte niet is gebleken bij verenigingen en stichtingen wordt het monistisch bestuursmodel in het onderhavige voorontwerp niet geregeld. Wij plaatsen hier een vraagteken bij. Zo treedt per 1 juli 2014 de Wet versterking bestuur pensioenfondsen in werking, die juist nadrukkelijk ruimte biedt voor de toepassing van het monistisch bestuursmodel bij pensioenfondsen. Voor de veelal in een stichting ondergebrachte pensioenfondsen is de wetgever dus wel uitgegaan van een behoefte aan het monistisch bestuursmodel. Kennelijk stonden aan de facilitering van het monistisch bestuursmodel voor deze sector geen bezwaren in de weg. Dit lijkt voor sommige sectoren anders te liggen. Zo is het dualistisch bestuursmodel voorgeschreven voor instellingen in het primair en voortgezet onderwijs. Ook het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting gaat uit van een verplichte scheiding tussen bestuur en toezicht. Naar het zich laat aanzien zal het aangekondigde wetsvoorstel met betrekking tot Goed bestuur in de zorg eveneens uitgaan van het dualistisch bestuursmodel. Wij menen dat er geen overtuigende redenen zijn om de keuze voor een one tier board aan de genoemde semipublieke instellingen te onthouden. Goed toezicht is niet per definitie beter gewaarborgd door de instelling van een separaat toezichthoudend orgaan. Ook binnen een one tier board kan goed - en onafhankelijk - toezicht gewaarborgd zijn, reden waarom dit model voor de nv en bv en voor pensioenfondsen - terecht - van een wettelijke basis is voorzien. Veel meer dan om de vorm van het bestuursmodel gaat het om de kwaliteit van de toezichthouders. Zij zullen voldoende deskundig moeten zijn, over een kritische en onafhankelijke geest moeten beschikken en zij zullen bereid en in staat moeten zijn om voldoende tijd aan hun toezichthoudende taken te besteden. Wij zijn dan ook van mening dat voor alle rechtspersonen de keuze tussen een dualistisch en een monistisch bestuursmodel open moet staan. Hiertoe zou voor alle rechtspersonen een basisregeling in Boek 2 BW moeten worden opgenomen. Hierin dient in ieder geval aandacht te worden besteed aan de besluitvorming over de bezoldiging van uitvoerende bestuurders alsmede aan de begrenzing van het statutair toekennen van meervoudig stemrecht aan bestuurders. Nadere uitwerking van het monistische bestuursmodel zou

desgewenst voor bepaalde semipublieke instellingen in *sectorale wetgeving kunnen plaatsvinden. Daarin zou bijvoorbeeld kunnen worden voorgeschreven dat een one tier board in meerderheid uit niet uitvoerende bestuurders moet bestaan.*

1.2 Benoeming, schorsing en ontslag leden toezichthoudend orgaan bij verenigingen

Art. 47 Voorontwerp, dat bepalingen bevat over de instelling en de taak en bevoegdheden van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen, is geïnspireerd door het huidige art. 2:57 BW voor coöperaties. Logisch gevolg is dat laatstgenoemd artikel komt te vervallen, nu de coöperatie een bijzondere vorm van vereniging is waarop op grond van art. 2:53a BW de bepalingen van de vereniging van toepassing zijn, tenzij de wet anders bepaalt. Het voorgestelde art. 47 lid 3 bevat een alternatieve schorsingsbevoegdheid van het toezichthoudend orgaan: dit orgaan is bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De bepaling is van regelend recht: in de statuten kan anders worden bepaald. Het voorgestelde art. 47 lid 3 leidt tot een wijziging van het op de coöperatie toepasselijke recht. Het huidige art. 2:57 lid 3 BW voegt in zin 2 toe dat de schorsing (van een door de algemene vergadering benoemde) bestuurder te allen tijde door de algemene vergadering kan worden opgeheven. Het ontbreken van deze toevoeging in het voorgestelde art. 47 lid 3 wordt in de toelichting bij het Voorontwerp niet gemotiveerd.

1.3 Begrenzing meervoudig stemrecht van leden van het toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen

De statuten van een vereniging/stichting kunnen bepalen dat een bepaald lid van het toezichthoudend orgaan meer dan een stem wordt toegekend, aldus het voorgestelde art. 47 lid 4/292a lid 4. De regeling is in zoverre begrensd dat aan een lid niet meer stemmen mogen worden toegekend dan aan alle andere leden van het toezichthoudend orgaan samen. In de toelichting (p. 19) wordt hierbij verwezen naar de overeenkomstige NV- en BV-bepaling. Abusievelijk wordt echter verwezen naar art. 2:143/253 lid 3 BW. Dit moet worden gewijzigd in art. 2:140/250 lid 4 BW. Verder vragen wij ons af waarom een dergelijke regeling niet ook is opgenomen voor bestuurders van een vereniging/stichting. Voor het bestuur van een NV en BV geldt wel een soortgelijke regeling voor bestuurders (art. 2:129/239 lid 2 BW). Gelet op de collectieve verantwoordelijkheid/aansprakelijkheid van bestuurders ingevolge art. 2:9 BW en het voorgestelde art. 106a Fw, ligt ons inziens ook een wettelijke begrenzing van het statutair toekennen van meervoudig stemrecht aan bestuurders van verenigingen en stichtingen in de rede.

1.4 Vaststelling bezoldiging leden toezichthoudend orgaan bij verenigingen

Art. 47 lid 5 Voorontwerp bepaalt dat de algemene vergadering van de vereniging de bezoldiging vaststelt van de leden van het toezichthoudend orgaan, tenzij de statuten anders bepalen. Dit is overgenomen van de in art. 2:57 lid 6 neergelegde regeling met betrekking tot de vaststelling van de bezoldiging van leden van de RvC bij een coöperatie. Pagina 19 van de Toelichting vermeldt het volgende over de ratio van de voorgestelde regeling:

“Het voorgestelde vijfde lid voorziet er in 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). (...) De achtergrond van deze bepaling is het uitgangspunt dat wie benoemt, in beginsel ook de bezoldiging van de leden van het toezichthoudend orgaan 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.*”

De geciteerde passage maakt niet duidelijk waarom voor de vereniging - in afwijking van de regelingen met betrekking tot de BV en de NV - statutaire afwijking wordt toegestaan van de regel dat de AV de bezoldiging van toezichthouders vaststelt. De in de gecursiveerde passage genoemde voorbeelden van afwijking zijn in dit licht weinig verhelderend. In geval van vaststelling van het bedrag van de bezoldiging in de statuten is namelijk voor elke wijziging een besluit tot statutenwijziging van de ledenvergadering nodig, wat neerkomt op toekenning van de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging aan de ledenvergadering. Bij toekenning van de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging van toezichthouders aan “een ander orgaan” is niet duidelijk welk ander orgaan daarmee wordt bedoeld, nu dit blijkens de geciteerde passage uit de toelichting niet het toezichthoudend orgaan of het bestuur kan zijn. Merkwaardigerwijs blijkt het laatste juist niet uit de tekst van de voorgestelde bepaling. Deze sluit namelijk niet uit dat de vaststelling van de bezoldiging van toezichthouders van verenigingen wordt opgedragen aan het toezichthoudend orgaan zelf of aan het bestuur. Als dat de bedoeling is kan beter worden aangesloten bij de tekst van de art. 2:145/255 BW. In deze bepalingen is de mogelijkheid tot statutaire afwijking van vaststelling van de bezoldiging van commissarissen door de algemene vergadering in 2004 namelijk geschrapt, omdat het onwenselijk werd geacht dat de RvC haar eigen bezoldiging zou vaststellen. Er zij op gewezen dat met het schrappen van iedere mogelijkheid tot statutaire afwijking ook de mogelijkheid is vervallen de bevoegdheid tot bezoldiging van commissarissen statutair bij een instantie buiten de NV/BV neer te leggen. Mocht aan deze bevoegdheid bij de vereniging en coöperatie behoefte bestaan, dan zou expliciet in de tekst van art. 47 lid 6 moeten worden bepaald dat de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging van leden van het toezichthoudend orgaan niet kan worden toegekend aan het toezichthoudend orgaan zelf of aan het bestuur.

1.5 Raadgevende stem voor leden van het toezichthoudend orgaan bij verenigingen

In navolging van de huidige voor de coöperatie geldende bepaling (art. 2:57 lid 7 BW) bepaalt het voorgestelde art. 47 lid 6 Voorontwerp dat tenzij de statuten van de vereniging de leden van het toezichthoudend orgaan stemrecht toekennen zij als zodanig in de algemene vergadering slechts een raadgevende stem hebben. Voor de NV/BV is de ratio van de raadgevende stem dat bestuurders en commissarissen in de gelegenheid worden gesteld hun visie op een door de algemene vergadering voorgenomen besluit te doen blijken zodat aandeelhouders daarmee rekening kunnen houden (HR 10 maart 1995, *NJ 1995/595, Janssen Pers*). *Dat is bij een vereniging niet anders. Wij zien daarom niet goed in waarom niet ook aan de bestuurders van een vereniging een raadgevende stem ter zake van besluitvorming in de algemene vergadering wordt toegekend, opdat de leden de visie van de bestuurders vernemen voordat tot besluitvorming wordt overgegaan.*

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

Sinds 1 januari 2013 is met de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht voor zowel bestuurders als commissarissen van een NV en BV wettelijk vastgelegd dat zij zich bij de vervulling van hun taak richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (zie art. 2:129/239 lid 5 BW en art. 2:140/250 lid 2 BW). Voorgesteld wordt deze norm vast te leggen voor bestuurders en toezichthouders van *alle rechtspersonen door in art. 2:9 lid 1 BW en in het voorgestelde art. 9a lid 1 een daartoe strekkende passage op te nemen. In de toelichting wordt er op gewezen dat ook bij een vereniging en een stichting sprake kan zijn van een organisatie die bestaat uit een samenstel van belangen. Gewezen wordt op de belangen van de leden (bij een vereniging), uitkeringsgerechtigden, oprichters, donateurs, schuldeisers en werknemers.*

Wij ondersteunen het voorstel tot uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten. De vraag is echter hoe deze algemene regeling zich verhoudt tot de sectorale wetgeving in voorbereiding waarin specifieke bepalingen zijn opgenomen over de taakvervulling van bestuurders en toezichthouders. Zo zullen leden van het toezichthoudend orgaan van een toegelaten instelling op het gebied van de volkshuisvesting zich ook dienen te richten naar het te behartigen maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht heeft ten aanzien van deze aanvullingen opgemerkt dat deze onnodig zijn. Dit geldt des te meer wanneer de algemene norm voor de taakvervulling van bestuurders en commissarissen is opgenomen in de algemene bepalingen van Boek 2 BW. Uit de gekozen formulering wordt voldoende duidelijk dat de belangen van de verschillende stakeholders bij de rechtspersoon en zijn organisatie in acht dienen te worden genomen. In de huidige NV/BV-bepalingen is toch evenmin expliciet opgenomen dat bestuurders en commissarissen met de belangen van bijvoorbeeld werknemers en schuldeisers rekening moeten houden? De vraag is dan welk doel wordt gediend met het in de sectorale wetgeving opnemen van dergelijke aanvullingen op de algemene norm. Overigens is het begrip maatschappelijk belang multi-interpretabel en nauwelijks objectiveerbaar. Semipublieke instellingen in de volkshuisvesting leveren weliswaar een bijdrage aan het maatschappelijk belang, maar kunnen hier niet verantwoordelijk voor worden gesteld.

3. Uniformering van de tegenstrijdig belangregeling

3.1 Algemeen

Wij ondersteunen het voorstel om een uniforme tegenstrijdig belangregeling in de vorm van een getrapte besluitvormingsregeling voor bestuurders en commissarissen van *alle rechtspersonen in Boek 2 BW (zie het voorgestelde art. 9 lid 3 en 9a lid 3) op te nemen. Kort gezegd houdt deze regeling in dat de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft zich van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming door het bestuur moet onthouden. Kan het bestuur daardoor geen besluit nemen, dan verschuift de bevoegdheid naar het toezichthoudend orgaan. Is deze ook 'conflicted' of is er geen toezichthoudend orgaan dan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de wet of de statuten anders bepalen.*

3.2 Tegenstrijdig belang bij de coöperatie en de OWM

Door de uniformering van de tegenstrijdig belangregeling voor alle rechtspersonen in art. 9/9a lid 3 vervallen de regelingen dienaangaande in art. 2:47 BW voor de

vereniging en art. 2:57 lid 4 BW voor de coöperatie en de OWM. In laatstgenoemde bepaling is een interessante uitzondering opgenomen voor het sluiten of wijzigen van ledenovereenkomsten “zoals deze met alle leden in gelijke omstandigheden worden gesloten”. Het betreft de situatie dat een bestuurder namens de coöperatie een ledenovereenkomst in privé aangaat of wijzigt die niet afwijkt van de ledenovereenkomst zoals deze met de overige leden, niet zijnde bestuurders, wordt aangegaan. Er is dan geen sprake van een tegenstrijdig belang, waarschijnlijk omdat dergelijke ledenovereenkomsten gebruikelijk zijn en daarom op zakelijke voorwaarden berusten. Overigens kan in de statuten van deze bepaling worden afgeweken.

Wij gaan ervan uit dat deze bijzondere regeling is geschrappt, omdat het sluiten of wijzigen van dergelijke ledenovereenkomsten een vertegenwoordigingshandeling is. Door de transformatie van de tegenstrijdig belangbepaling van een vertegenwoordigingsregeling in een besluitvormingsregeling is een bestuurder bevoegd dergelijke ledenovereenkomsten met zichzelf te sluiten. Het had echter niet misstaan in de toelichting bij het Voorontwerp enige uitleg te verschaffen over het niet opnemen van genoemde uitzondering in het voorgestelde art. 9 lid 3.

3.3 Tegenstrijdig belang bij de stichting

Wij plaatsen enkele kanttekeningen bij de aanvullende regeling die in art. 291 lid 3 wordt voorgesteld voor de stichting. Deze is geschreven voor de situatie dat de enig bestuurder c.q. alle bestuurders behept zijn met een tegenstrijdig belang en de stichting geen toezichthoudend orgaan kent. Omdat de stichting als gevolg van het ledenverbod (art. 2:285 lid 1 BW) geen algemene vergadering heeft waaraan het besluit kan worden overgelaten, zou dit het onwenselijke gevolg hebben dat de stichting dan geen besluit kan nemen. Om die reden gaat het voorgestelde art. 291 lid 3 ervan uit - zij het impliciet - dat het bestuur dan bevoegd is het besluit te nemen, waarbij het de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastlegt. Deze schriftelijke vastlegging van de motivering van het besluit heeft zowel een preventieve functie (rekenschap bestuur van gevolgen besluit en het belang van de stichting) als een repressieve functie (kenbaarheid motivering kan rol spelen in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure). In deze keuze voor schriftelijke vastlegging kunnen wij ons vinden. Wij merken op dat de voorgestelde bepaling in zekere zin ook aansluit bij een tweetal voorschriften dat sinds 1992 deel uitmaakt van het NV- en het BV-recht:

(i) art. 2:120/230 lid 4 BW dat het bestuur verplicht aantekening te houden van AV-besluiten en

(ii) art. 2:137/247 lid 1 BW dat het bestuur verplicht tot schriftelijke vastlegging van rechtshandelingen van de eenpersoonsvennootschap jegens de enig aandeelhouder, indien deze daarbij de vennootschap heeft vertegenwoordigd.

Beide voorschriften zijn van dwingend recht. Het bevreemdt ons dat in het voorgestelde art. 291 lid 3 gekozen is voor een andere benadering: in de statuten van de stichting kan de op het bestuur rustende wettelijke verplichting tot schriftelijke vastlegging desgewenst worden weggeschreven. Niet duidelijk is waarom hiervoor is gekozen. In de situatie waarin de stichting slechts bestaat uit een bestuur waarvan het enig lid of alle leden behept is/zijn met een tegenstrijdig belang, lijkt ons een zekere verantwoordings- c.q. transparantieverplichting altijd op zijn plaats. Zij moet niet afhankelijk worden gesteld van het besluit van de stichting of zij deze bescherming al dan niet wenst.

Er is nog een ander punt dat aandacht vergt. De bijzondere tegenstrijdig belangbepaling van het voorgestelde art. 291 lid 3 beperkt zich tot de stichting. Bij andere rechtspersonen kan zich echter een vergelijkbare/soortgelijke situatie voordoen. Zo kan bij een BV zonder toezichthoudend orgaan het bestuur, ondanks tegenstrijdig belang van alle bestuurders, ingevolge de statuten bevoegd zijn het besluit te nemen. Zou in dit soort gevallen dan ook niet een verplichting tot schriftelijke vastlegging van de overwegingen van het bestuursbesluit op zijn plaats zijn? Anders gezegd: is er een geldige reden om de bijzondere regeling van art. 291 lid 3 tot de stichting te beperken? Hieraan moet nog aandacht worden geschonken.

Tot slot: opvallend is dat in het Voorontwerp en de bijbehorende toelichting met geen woord wordt gerept over de sanctionering van de nieuwe bepaling van art. 291 lid 3: welke gevolgen zijn verbonden aan het niet of niet voldoende vastleggen door het bestuur van de overwegingen van het besluit? Wij wijzen erop dat bij de voorgestelde formulering van de nieuwe bepaling een en ander geen gevolgen lijkt te hebben voor de rechtsgeldigheid/aantastbaarheid van het genomen bestuursbesluit. De vernietigingsgrond van art. 2:15 lid 1 onder a BW kan niet worden ingeroepen, omdat het niet schriftelijk vastleggen van de overwegingen die aan een *genomen besluit ten grondslag liggen, geen gebrek is in de wijze van totstandkoming van het besluit. In dit opzicht is de algemene tegenstrijdig belangbepaling van het voorgestelde art. 9 lid 3 strenger, omdat niet-naleving hiervan wel leidt tot vernietigbaarheid van het bestuursbesluit wegens strijd met een wettelijke bepaling die het tot stand komen van het besluit regelt als bedoeld in art. 2:15 lid 1 onder a BW. Wil men niet-naleving van art. 291 lid 3 ook sanctioneren met vernietigbaarheid van het bestuursbesluit op de voet van art. 2:15 lid 1 onder a BW dan dient de voorgestelde bepaling opnieuw te worden geredigeerd in de vorm van een totstandkomingsvereiste. Niet alleen de stichting maar een ieder die daarbij een redelijk belang heeft, kan dan de vordering tot vernietiging instellen. Een andere optie - die niet onze voorkeur heeft - is om in art. 291 lid 3 op te nemen dat indien de bepaling niet wordt nagekomen het besluit ten behoeve van de stichting kan worden vernietigd.*

Ook het strafrechtelijk sanctioneren van art. 291 lid 3 als economisch delict heeft niet onze voorkeur, nu dit overwegend een papieren tijger lijkt te zijn.

Tot slot zij opgemerkt dat niet-naleving van art. 291 lid 3 uiteraard ook een rol kan spelen in een jegens de bestuurder(s) geëntameerde aansprakelijkheidsprocedure: het schenden van een wettelijke bepaling die ten doel heeft om de rechtspersoon te beschermen, vestigt in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder (HR 29 november 2002, NJ 2003, 455; *Berghuizer Papierfabriek*). *Het ligt dan op de weg van de aangesproken bestuurder om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waarvan hem van zijn nalatigheid geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.*

4. Uniformering van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders

4.1 Verhouding art. 9a Voorontwerp tot regelingen in sectorale wetsvoorstellen

Wij ondersteunen het voorstel om een regeling met betrekking tot de interne aansprakelijkheid van toezichthouders van *alle rechtspersonen op te nemen in de algemene bepalingen van Boek 2 BW. Dat is de plaats waar een dergelijke regeling thuishoort. Zij hoort niet thuis in sectorale wetgeving. De laatste jaren is echter het ene na het andere wetsvoorstel ingediend waarin art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard op toezichthouders bij veelal in een stichting ondergebrachte instellingen die een maatschappelijk belang behartigen. Een van die wetsvoorstellen is aangenomen en zal op 1 juli van dit jaar in werking treden. Het betreft de al eerder*

genoemde Wet versterking bestuur pensioenfondsen, waarin art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de leden van raden van toezicht bij pensioenfondsen. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in het eveneens al eerder genoemde wetsvoorstel met betrekking tot woningcorporaties en zal deel uitmaken van het nog in te dienen wetsvoorstel Goed bestuur in de zorg. Uit de toelichting bij het onderhavige voorontwerp wordt niet duidelijk of het de bedoeling is dat deze bepalingen uit genoemde sectorale wetsvoorstellen worden geschrapt. Wij zouden hiervoor willen pleiten, nu een algemene regeling in Boek 2 BW specifieke regelingen in sectorale wetgeving overbodig maakt. Ook in de al afgekondigde Wet versterking bestuur pensioenfondsen kan de schakelbepaling worden geschrapt op het moment van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

4.2 Positie onbezoldigde bestuurders en toezichthouders

Op p. 6-7 van de toelichting wordt ingegaan op de positie van onbezoldigde bestuurders en toezichthouders. Daar wordt de indruk gewekt dat het enkele feit dat een bestuurder of toezichthouder zijn taak onbezoldigd vervult een omstandigheid is die van belang is voor de beantwoording van de vraag of een bestuurder of toezichthouder zich kan disculperen. Dit beeld behoeft enige nuancering. Ook een onbezoldigde bestuurder of toezichthouder moet instaan voor een behoorlijke taakvervulling. Het feit dat de functionaris geen bezoldiging ontvangt heeft echter wel zijn weerslag op de van de functionaris te verwachten kennis, inzet en beschikbaarheid. Zo zal er rekening mee moeten worden gehouden dat iemand die naast een volledige baan, als vrijwilliger een bestuursfunctie vervult daar niet even veel tijd in kan steken als een beroepsbestuurder die zijn brood verdient met het besturen van de rechtspersoon. Of een beroep op het vervullen van de taak als vrijwilliger gewicht in de schaal zal leggen, zal afhangen van de aard van het onbehoorlijke bestuur. Aldus ook de op p. 7 van de toelichting opgevoerde uitspraak van de rechtbank Arnhem 23 april 2008, *RO 2008, 54*. *In dit geval oordeelde de rechtbank gelet op de aard van het onbehoorlijke bestuur (het betrof een kras geval van verzuim van bestuursplichten) dat het feit dat bestuurders onbezoldigd waren niet afdeed aan hun verantwoordelijkheid van de gevolgen van onbehoorlijk bestuur. Een geval waarin de rechter in het onbezoldigd vervullen van de taak wel (mede) reden zag voor disculpatie is de op p. 7 van de toelichting niet genoemde Freulezaak (Hof Amsterdam, 21 september 2010, JOR 2011/40).*

4.3 Ten onrechte geen rekening gehouden met taakverdeling binnen toezichthoudend orgaan in art. 9a Voorontwerp

Art. 2:9 lid 1 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Sinds 1 januari 2013 kent dit lid een tweede zin, die bepaalt dat tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. In aansluiting daarop is volgens het tweede lid elke bestuurder voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem *mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden*. Deze bepaling is via art. 2:149/259 BW van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen van een NV of BV. Dit betekent dat sinds 1 januari 2013 krachtens de wet de taakverdeling binnen een raad van commissarissen mede in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling of een individuele commissaris een ernstig verwijt treft.

Het voorontwerp bevat een nieuw artikel, art. 9a, waarin de interne aansprakelijkheid van leden van toezichthoudende organen voor alle rechtspersonen is geregeld. Deze bepaling bevat anders dan art. 2:9 BW geen verwijzing naar een taakverdeling. Dit wordt in de toelichting op art. 9a Voorontwerp als volgt gemotiveerd:

“De formulering van art. 2:9 lid 1 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 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 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.”

In deze passage wordt eraan voorbijgezien dat een verdeling van taken bij of krachtens de statuten niet alleen mogelijk is in een one tier board. Ook indien een rechtspersoon naast het bestuur een toezichthoudend orgaan kent kunnen taken bij of krachtens de statuten worden verdeeld, zowel binnen het bestuur als binnen het toezichthoudend orgaan. Wij wijzen er op dat Principe III.5 van de Nederlandse Corporate Governance Code zelfs een taakverdeling voorschrijft voor het geval dat de raad van commissarissen bestaat uit meer dan vier leden: in dat geval worden namelijk binnen de raad van commissarissen een auditcommissie, een remuneratiecommissie en een selectie- en benoemingscommissie ingesteld. Ook bij niet-beursgenoteerde vennootschappen en bij (grote) stichtingen en verenigingen kan behoefte bestaan aan een zekere taakverdeling binnen het toezichthoudend orgaan. Zijn de taken bij of krachtens de statuten tussen de leden van een toezichthoudend orgaan verdeeld, dan zou deze taakverdeling mede in aanmerking moeten worden genomen bij de vraag of een individuele toezichthouder een ernstig verwijt treft. Wij stellen dan ook voor dat de verwijzing naar de taakverdeling die is opgenomen in art. 2:9 BW eveneens wordt opgenomen in art. 9a.

4.4 Uitbreiding toepassingsgebied art. 2:138 BW tot niet-commerciële rechtspersonen wenselijk?

Het Voorontwerp voorziet in een uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 2:138/248 BW naar - kort gezegd - niet commerciële stichtingen en verenigingen. Het voorgestelde art. 106a Fw geldt voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen ongeacht of zij al dan niet zijn onderworpen aan de heffing van de vennootschapsbelasting. Dit houdt een ons inziens niet gerechtvaardigde verzwaring in van de positie van bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Bij de invoering van de derde Misbruikwet in 1986 is het toepassingsgebied van art. 2:138/248 BW bewust beperkt tot commerciële rechtspersonen. De wetgever wilde een vergaande aansprakelijkheidsregeling invoeren voor bestuurders en

toezichthouders van uitsluitend rechtspersonen waarin een bedrijf wordt uitgeoefend. Bij rechtspersonen zonder winststreven manifesteert misbruik zich slechts in uitzonderingsgevallen. De wetgever koos er daarom uitdrukkelijk voor de faillissementsaansprakelijkheid bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen te koppelen aan onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting. Zie art. 2:50a, 53a en 300a BW.

Een belangrijke overweging voor deze beperking was daarnaast dat bestuurders (en toezichthouders) bij niet-commerciële rechtspersonen in de regel hun functie niet beroepshalve uitoefenen. Bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële rechtspersonen zijn veelal onbezoldigd. Bij toepassing van art. 2:138/248 BW (art. 106a Fw in het Voorontwerp) op niet-commerciële verenigingen en stichtingen zouden ook onbezoldigde bestuurders en toezichthouders er rekening mee moeten houden dat zij aansprakelijk kunnen worden gesteld voor het tekort in faillissement. Dat klemt te meer, nu de regeling van art. 2:138/248 BW - die voor het overige inhoudelijk ongewijzigd wordt overgenomen in het voorgestelde art. 106a Fw - de rechter weinig ruimte biedt om bij de vaststelling van de aansprakelijkheid rekening te houden met het feit dat een bestuurder c.q. toezichthouder zijn taak onbezoldigd vervult. Het enkele feit dat de taak onbezoldigd wordt vervuld zal op zichzelf geen grond voor disculpatie op de voet van het derde lid van art. 2:138/248 BW (art. 106a lid 3 Fw in het Voorontwerp) opleveren. Hooguit zou de rechter - als dit wordt aangevoerd - bij de vraag of de bestuurder een ernstig verwijt treft van het kennelijk onbehoorlijke bestuur mee kunnen laten wegen dat van een vrijwilliger niet dezelfde mate van kennis, inzet en beschikbaarheid kan worden verwacht als van een professional. Dit verweer zal niet slagen als het gaat om een (niet onbelangrijke) schending van de boekhoudplicht. Maar ook in andere gevallen is het maar de vraag of de rechter zal beslissen om de aansprakelijkheid *geheel af te wijzen op de grond dat de bestuurder geen professional is. Concludeert de rechter tot verwerping van het disculpatieverweer, dan hoeft de aangesproken bestuurder/toezichthouder niet te rekenen op matiging van het aan de boedel te vergoeden bedrag vanwege het onbezoldigd vervullen van de taak. Art. 2:138/248 BW lid 4 BW (art. 106a lid 4 Fw in het Voorontwerp) biedt de rechter namelijk slechts de mogelijkheid het bedrag waarvoor bestuurder(s) c.q. toezichthouder(s) aansprakelijk zijn op de daarin omschreven gronden te matigen. Het onbezoldigd vervullen van de taak valt daar niet onder.*

Al met al stellen wij voor de huidige regeling voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen te handhaven. In de systematiek van het Voorontwerp zou dit kunnen door aan lid 1 van het voorgestelde art. 106a Fw toe te voegen: "Dit artikel is alleen van toepassing op de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of stichting indien zij aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen".

Wij merken verder op dat in het Voorontwerp ook informele verenigingen onder de reikwijdte van de faillissementsaansprakelijkheid worden gebracht. In de huidige regeling is die aansprakelijkheid beperkt tot bestuurders en toezichthouders van verenigingen waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte en die aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen (art. 2:50a BW). Deze uitzondering voor informele verenigingen houdt verband met de bijzondere aansprakelijkheidsregels van art. 2:30 lid 2 en lid 4 BW die gelden voor de (gewezen) bestuurders van zodanige verenigingen. Het vervallen van de uitzondering zal daarom van beperkte betekenis zijn. Ook hier zouden wij menen dat de onderworpenheid aan de vennootschapsbelasting als voorwaarde moet worden gesteld voor de toepassing van het voorgestelde art. 106a Fw.

4.5 *Hercodificatie van faillissementsaansprakelijkheid bestuurders zou moeten worden aangegrepen voor inhoudelijke aanpassing*

Wij vinden de twee argumenten die op p. 37 en 38 van de toelichting worden gegeven voor verplaatsing van art. 2:138/248 BW naar de Faillissementswet niet overtuigend. Het eerste argument houdt in dat de regeling wetsystematisch beter op haar plaats zou zijn in de Faillissementswet omdat zij niet leidt tot aansprakelijkheid jegens de vennootschap maar jegens de boedel. Dit laatste is juist, maar het doet er naar onze mening niet aan af dat de regeling thuishoort in Boek 2 BW. Het gaat - evenals bij art. 2:9 BW - om een hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders (en toezichthouders) van rechtspersonen die gebaseerd is op het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur c.q. het toezichthoudend orgaan. Bewijsvermoedens worden in art. 2:138/248 lid 2 BW gekoppeld aan verplichtingen die eveneens zijn geregeld in Boek 2 BW: de administratieplicht en de publicatieplicht. Bovendien is de mogelijkheid om indirecte bestuurders aansprakelijk te stellen - waarop vaak in samenhang met art. 2:138/248 BW een beroep wordt gedaan - geregeld in art. 11 van Boek 2 BW.

Ook het tweede argument overtuigt niet: schakelbepalingen zouden even goed kunnen worden vermeden door overheveling van de thans in art. 2:138/248 BW opgenomen regeling naar Titel 1 van Boek 2.

Verder zijn wij van mening dat de door ons bepleite verplaatsing van de faillissementsaansprakelijkheid naar Titel 1 van Boek 2 BW moet worden aangegrepen voor een tweetal inhoudelijke aanpassingen.

In de eerste plaats verdient het aanbeveling om - in overeenstemming met de tekst van het tweede lid van art. 2:9 BW - ook in het derde lid van wat thans art. 2:138/248 BW is een verwijzing naar de taakverdeling op te nemen. De tekst van dit artikellid moet als volgt luiden:

“Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.”

Wij wijzen er op dat een verwijzing naar de taakverdeling is opgenomen in art. 8.2 lid 3 van het in 2008 gepubliceerde Voorontwerp voor een Insolventiewet van de Commissie Kortmann.

In dit Voorontwerp wordt bovendien niet langer uitgegaan van een onweerlegbaar vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van schending van art. 2:10 BW dan wel 2:394 BW. Hiervoor is een weerlegbaar vermoeden in de plaats gekomen. In haar brief aan de Minister van Justitie van 23 juli 2009 stelt de Commissie naar aanleiding van de reacties op het Voorontwerp dat overwogen zou kunnen worden de publicatieplicht geheel uit lid 2 te schrappen. Wij willen hier voor dit laatste voorstel een lans breken. Schending van art. 2:394 BW rechtvaardigt naar onze mening geen vermoeden dat het bestuur *ook voor het overige zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Het niet voldoen aan de regels van art. 2:394 BW hoeft namelijk helemaal niet te duiden op (kennelijk) onbehoorlijk bestuur, dat wil zeggen: het op de koop toe nemen van onverantwoorde risico's voor de schuldeisers van de vennootschap.*

Ter ondersteuning van ons pleidooi voor afschaffing van het aan schending van art. 2:394 BW gekoppelde vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur wijzen wij op de

stortvloed aan jurisprudentie met betrekking tot het aan schending van de publicatieplicht gekoppelde vermoeden. Het gaat daarbij niet alleen om beslissingen van lagere rechters. De Hoge Raad heeft zich over allerlei rechtsvragen moeten buigen waartoe het aan schending van art. 2:394 BW gekoppelde vermoeden aanleiding geeft. Vorig jaar is tot twee maal toe de vraag aan de Hoge Raad voorgelegd wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim in de zin van art. 2:138/248 lid 2 BW. En dat was niet voor het eerst. De arresten van de Hoge Raad hebben geen einde gemaakt aan de rechtsonzekerheid ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim. Bovendien zijn er nog wel andere vragen te bedenken rondom de schending van de publicatieplicht in de context van art. 2:138/248 BW. Wij wijzen bijvoorbeeld op de vraag of het bewijsvermoeden kan worden tegengeworpen aan een bestuurder die kort voor het verstrijken van de uiterste datum van publicatie van de jaarrekening is afgetreden. Wij menen dat de wetgever niet langer doof kan blijven voor de argumenten om het aan schending van art. 2:394 BW gekoppelde vermoeden uit Boek 2 BW te verwijderen. Dit vermoeden was van meet af aan omstreden en de kritiek is niet verstomd. Bovendien verschaffen onduidelijkheden rondom de toepassing van het vermoeden de rechterlijke macht (onnodig) veel werk.

Het aan schending van art. 2:10 BW gekoppelde onweerlegbare vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur kan worden gehandhaafd. Een vermoeden van onbehoorlijk bestuur dat als lichtzinnig of roekeloos kan worden gekenschetst is te billijken indien de administratie gebrekkig is of ontbreekt. Zonder adequate boekhouding komt het besturen van een (commerciële) rechtspersoon immers neer op het blind besturen van een vliegtuig. Wel vragen wij aandacht voor de bestaande onzekerheid ten aanzien van de mogelijkheid tot disculpatie in het geval dat het tweede lid van toepassing is. Om aan deze onzekerheid een einde te maken verdient het aanbeveling in de tekst van wat thans art. 2:138/248 BW is op te nemen dat de bewijsvermoedens van het tweede lid niet kunnen worden tegengeworpen aan een bestuurder die aantoonbaar dat hem geen verwijt treft van de schending van de administratieplicht.

5. Uitbreiding gronden voor ontslag van bestuurders door de rechter (en uitbreiding tot toezichthouders) bij stichtingen

De verruiming van de gronden voor ontslag van stichtingsbestuurders door de rechter wordt al langer bepleit in de literatuur en verdient instemming. Naar onze overtuiging zal de rechter prudent weten om te gaan met de open norm die wordt voorgesteld in art. 298 lid 1 onder a Voorontwerp. Het ligt niet in de rede dat rechters lichtvaardig gebruik zullen maken van deze bevoegdheid. Ook met de uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 2:298 BW tot toezichthouders bij de stichting kunnen wij instemmen.

Wel willen wij aandacht vragen voor de verhouding tussen de procedure op grond van art. 2:298 BW en de mogelijkheid van ontslag van bestuurders en toezichthouders van rechtspersonen door de Ondernemingskamer. Op stichtingen die een onderneming in stand houden en waarvoor een ondernemingsraad is ingesteld is het enquêterecht van toepassing. Dit betekent dat na vaststelling van wanbeleid door de Ondernemingskamer bestuurders en toezichthouders van dergelijke stichtingen bij wege van een definitieve voorziening (art. 2:356 BW) kunnen worden ontslagen. Bij stichtingen is de kring van mogelijke verzoekers van een enquête (die in geval van wanbeleid een definitieve voorziening kunnen verzoeken) op grond van de wet vrij beperkt: het gaat om de stichting zelf, de

vakbonden (mits deze aan het criterium van art. 2:347 voldoen), de A-G bij het Hof Amsterdam (in het openbaar belang) en ten slotte om degenen die op grond van de statuten of overeenkomst met de rechtspersoon bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek. Bij zorginstellingen (in de vorm van een vereniging en stichting) en pensioenfondsen is in sectorale regelgeving de kring van mogelijke verzoekers uitgebreid tot vertegenwoordigingen van belanghebbenden. Bij woningcorporaties wordt voorgesteld dat de Minister van BZK alsmede huurdersorganisaties een enquêteverzoek kunnen indienen (art. 39 wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting).

In haar advies met betrekking tot governance in semipublieke sectoren beveelt de Commissie Behoorlijk Bestuur aan “om er in te voorzien dat aan de minister, cliëntenraden, bestuurders en de leden van de raden van toezicht een verzoek tot enquête als ook een verzoek tot ontslag kunnen indienen bij de Ondernemingskamer”. De Minister van VWS heeft in aansluiting op het advies van de Commissie aangekondigd dat toezichthouders bij taakverwaarlozing door de Ondernemingskamer moeten kunnen worden ontslagen op verzoek van een cliëntenraad. De bevoegdheid schriftelijk de Ondernemingskamer te verzoeken een lid van het toezichthoudend orgaan te ontslaan komt behalve aan de cliëntenraad ook toe aan het bestuur en het toezichthoudend orgaan van de zorgaanbieder. Art. 33 wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting bevat eenzelfde bepaling met dien verstande dat deze bevoegdheid niet toekomt aan een huurdersorganisatie, maar weer wel aan de Minister van BZK. De grond voor ontslag is taakverwaarlozing of een andere gewichtige reden op grond waarvan er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het toezichthoudend orgaan niet naar behoren zal zijn samengesteld. Het toezichthoudend orgaan moet zodanig zijn samengesteld dat de leden geen persoonlijk belang bij de zorgverlening hebben en ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.

Beide mogelijkheden: het verzoeken tot ontslag van een toezichthoudend orgaan van een woningcorporatie of zorgaanbieder door de Ondernemingskamer en het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête bestaan naast elkaar. Wij vragen ons wel af of voor wat betreft de ontslagbevoegdheid van een lid van het toezichthoudend orgaan van een woningcorporatie of zorgaanbieder (in de vorm van een stichting) geen sprake is van overlap tussen de procedure op grond van het voorgestelde art. 298 lid 1 Voorontwerp (ontslag door de rechtbank) en de bepalingen in het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (ontslag door de Ondernemingskamer). In dat kader rijst ook de vraag hoe de ontslaggrond “taakverwaarlozing” zich verhoudt tot de grond die is opgenomen in art. 298 lid 1, sub a Voorontwerp: het zodanig schaden van het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie dat het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Wij vragen ons af of de procedure op grond van art. 2:298 BW met de voorgestelde verruiming van de ontslaggrond van lid 1, sub a niet voldoende mogelijkheden biedt voor iedere belanghebbende om de rechter te verzoeken een ernstig disfunctionerende toezichthouder zijn congé te geven.

Een andere wijziging die wordt voorgesteld is om aan art. 2:298 BW een lid 4 toe te voegen inhoudende dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken. Eenzelfde bepaling bevat ons recht reeds voor de vereniging (art. 2:37 lid 6 BW), de NV (art. 2:134 lid 3 BW) en de BV (art. 2:244 lid 3 BW). Met de voorgestelde

uniformering stemmen wij in. Wij wijzen er wel op dat in de toelichting bij het Voorontwerp (p. 35) ten onrechte wordt gesuggereerd dat met de nieuwe bepaling een einde wordt gemaakt aan de in de praktijk bestaande rechtsonzekerheid ten aanzien van het antwoord op de vraag of het ontslag van de bestuurder van een stichting ook het einde van de arbeidsverhouding tussen de desbetreffende stichting en bestuurder inhoudt. Het voorgestelde art. 2:298 lid 4 ziet niet op deze problematiek, maar bepaalt slechts dat *als de arbeidsverhouding is geëindigd de rechter geen veroordeling tot herstel ervan kan uitspreken*.

6. Belet en ontstentenis van bestuurders

Opvallend is dat in het Voorontwerp geen regeling is opgenomen naar analogie van de voor de NV en BV geldende regeling van art. 2:134/244 lid 4 BW inzake belet en ontstentenis van bestuurders. Anders dan voor de NV en de BV geldt voor andere rechtspersonen - zoals de vereniging, coöperatie, OWM en stichting - dus geen verplichting om in de statuten voorschriften op te nemen over de wijze waarop voorlopig in het bestuur wordt voorzien in geval van belet en ontstentenis van bestuurders. Dit bevreemdt omdat bij *alle rechtspersonen geldt dat een goede regeling van bestuur meebrengt dat een statutair vangnet wordt gespreid dat de (tijdelijke) uitval van bestuurders kan opvangen. Ook de gecombineerde commissie vennootschapsrecht heeft dit onderkend en in haar reactie bij de consultatie over het voorontwerp monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en de OWM aanbevolen om de voor de NV en BV bestaande verplichting van een statutaire regeling inzake belet en ontstentenis van bestuurders uit te breiden tot verenigingen, coöperaties en OWM's. Hetzelfde zou ons inziens dienen te gelden voor stichtingen. Wij stellen daarom uniformering van de regeling inzake belet en ontstentenis van bestuurders voor teneinde (be)stuurloze rechtspersonen te voorkomen*.

7. Enkele redactionele opmerkingen

In het Voorontwerp hebben wij enkele redactionele onvolkomenheden geconstateerd. Deze nemen wij hier op:

- In het voorgestelde art. 298 lid 1 sub b wordt ten onrechte verwezen naar [ingevolge het vorige artikel, gegeven bevel]. Door de invoeging van de art. 2:297a en 297b BW door de Wet bestuur en toezicht per 1 januari 2013 dient de tekst te luiden: [ingevolge het in artikel 297, gegeven bevel].
- Op p. 7 van de toelichting wordt verwezen naar nr. 164 van Asser/Rensen 2-III* 2012. Dit is onjuist. Verwezen dient te worden naar nr. 163.
- Op p. 19 van de toelichting wordt abusievelijk verwezen naar art. 2:143/253 lid 3 BW. Dit moet worden gewijzigd in art. 2:140/250 lid 4 BW.
- Tot slot: ter bevordering van een juist gebruik van de Nederlandse taal in ambtelijke stukken dient in de toelichting bij het Voorontwerp het woord 'betreffende' bij gebruik als bijvoeglijk naamwoord te worden gewijzigd in 'desbetreffende' dan wel 'betrokken' of 'deze'.