

Reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen

Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)

Amsterdam, 6 mei 2014

I Algemeen

Het voorontwerp stelt een algemene regeling voor bestuur en toezicht van de in de Boek 2 BW geregelde rechtspersonen in het vooruitzicht. Naar wij menen is vooral de invoering van een algemene regeling betreffende de taak van het toezichthoudend orgaan en verantwoordelijkheid van haar leden bij (onder meer) de vereniging en stichting een wenselijke ontwikkeling nu is gebleken dat de huidige situatie niet steeds tot goede resultaten leidt (zie hierover o.m. Overes WPNR 2013/6996).

Het voorontwerp en de daarbij gegeven toelichting geven evenwel aanleiding tot enkele kanttekeningen. Deze houden verband met de taakomschrijving en mogelijkheid hiervan bij sectorale wetgeving af te wijken. De regeling lijkt bovendien te weinig ruimte te bieden voor het creëren van statutaire toezichtsregelingen, waarvan een beperkte toezichtstaak en rechtspersoonlijkheid bezittende toezichthoudende instanties deel uit kunnen maken. Daarnaast geven de teksten aanleiding tot suggesties van meer technische aard. Wij verwijzen naar ons commentaar in paragraaf II. Het voorontwerp beoogt voorts een uniforme regeling omtrent de te volgen handelwijze bij tegenstrijdig belang in te voeren. Hierbij wordt aangesloten bij de regeling die thans geldt voor de NV en de BV. Dat voor de verenigingsachtige rechtsvormen en de stichting een expliciete regeling wordt ingevoerd omtrent de te volgen handelwijze bij tegenstrijdig belang, achten wij begrijpelijk. Dit kan het functioneren van de organen en degenen die daarbij zijn betrokken ten goede komen.

Wij tekenen hierbij echter aan dat de voorgestelde regeling en toelichting miskennen dat reeds thans in de jurisprudentie ontwikkelde regels gelden omtrent de handelwijze bij tegenstrijdig belang die dwingendrechtelijk van aard zijn en dat die regels deels terzijde worden gesteld door de nieuwe regeling, die bovendien niet dwingendrechtelijk van aard is. Waar wordt beoogd met de voorgestelde regeling (betere) bescherming van de rechtspersoon en de daarbij betrokkenen te bieden, kunnen vraagtekens worden geplaatst of dit doel werkelijk wordt bereikt. Verder merken wij op dat er redenen zijn de vereniging en de stichting niet volledig gelijk te stellen met de NV en de BV. Het karakter van deze rechtsvormen, hun veelal maatschappelijke doelstelling en de maatschappelijke behoeften geven reden om toe te staan dat overtreding van de regels omtrent de te volgen handelwijze bij tegenstrijdig belang, gevolgen heeft voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging. Wij verwijzen hiervoor naar ons commentaar in paragraaf III waarin dit nader wordt toegelicht.

De uitbreiding van de mogelijkheid tot ontslag van leden van het toezichthoudend orgaan bij de stichting wegens grove schending van hun taken, achten wij een goede zaak. Zie ook Dijk/Van der Ploeg, Van Vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, 6e druk 2013, p.275). Bij de formulering van de ontslaggronden, de kring van degenen die een verzoek tot ontslag kunnen indienen en de regeling van de (beoogde) rechtsgevolgen van een ontslag plaatsen wij evenwel enkele kanttekeningen.

II Algemene regeling voor toezichthoudend orgaan en haar leden

II.1 Geen regeling monistisch stelsel

Het voorontwerp voorziet niet in een regeling voor het one tier model bij de vereniging en de stichting. Hieraan ligt ten grondslag dat hieraan in de praktijk geen behoefte zou bestaan (Toelichting, p. 3). Hoewel naar huidig recht bij de vereniging en stichting een one tier model kan worden gecreëerd, is het achterwege laten van een dergelijke regeling in het kader van de beoogde uniformering van de regeling van bestuur en toezicht een gemiste kans. De praktijk bedient zich reeds van een monistisch bestuursmodel en in diverse sectorale wetgeving is in een monistisch stelsel wel voorzien (waaronder onderwijsinstellingen, pensioenfondsen, zie Overes WPNR 2013/6996). Het ontbreken van een regeling omtrent het monistisch stelsel in de algemene regeling (Boek 2 BW), valt hiermee uit de toon.

II.2 Artikel 9 en artikel 9a

(i) Uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten

In art. 9 en 9a lid 1 wordt geformuleerd dat een bestuurder c.q. lid van het toezichthoudend orgaan zich moet richten op het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. In de Toelichting (p. 9) wordt aangegeven dat dit aansluit bij art. 2:8 BW. In dit laatste artikel gaat het echter om de redelijkheid en billijkheid die geldt ‘binnen’ de rechtspersonenrechtelijke (wettelijke en statutaire) organisatie. Daaronder vallen dus, anders dan de toelichting suggereert, niet de belangen van schuldeisers en werknemers. Door het woord ‘onderneming’ te vervangen door ‘organisatie’ vallen echter de belangen van de onderneming, met name de belangen van de werknemers, als richtsnoer weg, hetgeen niet de bedoeling kan zijn en blijkens de toelichting ook niet is beoogd. Met schuldeisers zullen de bestuurders rekening moeten houden in het belang van – de continuïteit - van de rechtspersoon en de onderneming als geheel.

Wij achten de vervanging van ‘onderneming’ door ‘organisatie’ derhalve niet terecht.

Het is juist dat bij verenigingen en stichtingen lang niet altijd sprake is van een onderneming. Ons voorstel is dit te ondervangen door art. 9/9a als volgt te formuleren:...” zich moet richten op het belang van de rechtspersoon en, indien toepasselijk, de met hem verbonden onderneming”

(ii) Afwijkende taakomschrijving semi-publieke instellingen

Met het voorliggende ontwerp voor art. 9 en 9a wordt beoogd een uniforme regeling te geven voor de taakomschrijving en taakvervulling van bestuurders en toezichthouders van de in Boek 2 BW geregelde rechtspersoonsvormen. Volgens de Toelichting (p. 2 en p. 18) kan de voor Boek 2 BW voorgestelde algemene regeling in bijzondere wetgeving echter worden aangevuld voor zover daaraan ten aanzien van instellingen in de semipublieke sectoren behoefte bestaat. Het is evenwel de vraag of aanvulling van de regels met betrekking tot de taakvervulling van het toezichthoudend orgaan in sectorspecifieke wetgeving in overeenstemming is met de doelstelling van het onderhavige (voor)ontwerp namelijk het bieden van een heldere uniforme regeling. Wij doelen in dit verband in het bijzonder op de mogelijkheid dat in sectorale wetgeving de taakomschrijving anders wordt ingevuld, zodanig dat bestuurders en/of toezichthouders zich mede hebben te richten naar het maatschappelijk belang of het publiek belang. Zie wetsontwerp Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (Kamerstukken 2011/12, 32 769, A, art. 31 lid 1). Hiertegen is reeds bezwaar gemaakt door de Commissie Vennootschapsrecht omdat deze toevoeging onnodig is en verwarring wekt. Het maatschappelijk belang is bovendien te diffuus om als richtsnoer voor het handelen van toezichthouders te kunnen gelden omdat er door de rechter geen objectieve criteria aan kunnen worden ontleend bij de toetsing van de vraag of de toezichthouder zijn taak behoorlijk heeft vervuld. Toevoeging van het maatschappelijk belang als richtsnoer zou bovendien kunnen leiden tot een ontwikkeling dat de overheid van besturen en raden van toezicht verlangt dat zij het overheidsbeleid als richtsnoer nemen. Dit kan gemakkelijk tot onwerkbaar situaties leiden omdat het

belang van de rechtspersoon niet met het overheidsbeleid hoeft samen te vallen. Aanvullende regels voor wat betreft de taak en taakvervulling van het toezichthoudend orgaan ondergraven naar onze mening de heldere uniforme regeling die dit wetsvoorstel beoogt te bieden.

De noodzaak van een heldere regel wordt bovendien ingegeven door de wijziging van de gronden waarop stichtingsbestuurders en toezichthouders door de rechter kunnen worden ontslagen (zie commentaar art. 298 lid 1).

II.3 Artikel 9a

Lid 2: Het nieuw voorgestelde art. 9a lid 2 geeft een omschrijving van de verantwoordelijkheid van de leden van een toezichthoudend orgaan. Deze verantwoordelijk omvat, aldus het tweede lid, “het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken”. In artikel 47 lid 2, 2:140/250 en 292a wordt evenwel als taakomschrijving voor het toezichthoudend orgaan gegeven: “het toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken”. De in art. 9a lid 2 gegeven verantwoordelijkheid van individuele toezichthouders wijkt aldus – in ieder geval terminologisch – af van de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan als zodanig, in die zin dat zij ruimer lijkt dan de taakomschrijving van het orgaan. Dit is naar onze mening geen wenselijke situatie. De verantwoordelijkheden van de individuele leden kan het taakgebied van het orgaan waarvan zij deel uitmaken niet overschrijden.

Toelichting: Wellicht mag worden opgemerkt dat anders dan in de toelichting (p. 17) is vermeld, een wettelijke regeling van het toezichthoudend orgaan bij de vereniging in Boek 2 BW niet nieuw is. Art. 2:47 (oud) BW kende aanvankelijk in Boek 2 BW wel degelijk een regeling omtrent de taak van de raad van toezicht – destijds aangeduid als raad van commissarissen – volgens welke regeling commissarissen ook op gelijke wijze als bestuurders voor hun tekortkomingen aansprakelijk konden worden gesteld (art. 2:47 lid 6 (oud) BW). Bij gelegenheid van de wetswijziging waarbij de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij als afzonderlijke rechtspersoonsvormen werden gekwalificeerd (Wet van 16 juni 1988, Stb. 1988, 305), is deze regeling evenwel overgebracht naar de regeling van de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, overigens zonder dat hiermee een inhoudelijke wijziging werd beoogd. Zie hierover nader Overes, WPNR 2013/6996.

II.4 Artikel 47

Art. 47 lid 1: Dit lid bepaalt dat het toezichthoudend orgaan slechts kan bestaan uit een of meer natuurlijke personen. Deze regeling is naar wij menen onnodig beperkend. Het toezicht kan ook worden uitgeoefend door een instantie met rechtspersoonlijkheid. Zie ook hierna ons commentaar bij het tweede lid van dit artikel. Met het oog op transparantie en continuïteit, kan worden overwogen om te bepalen dat indien het toezicht wordt opgedragen aan een rechtspersoon, laatstgenoemde een of meer natuurlijke personen dient aan te wijzen die namens hem de toebedeelde taken zullen uitoefenen.

Art. 47 lid 2: In aansluiting op ons commentaar bij het vorige lid, merken wij op dat in de praktijk toezichthoudende instanties statutair kunnen worden ingesteld die zijn belast met een beperktere toezichtstaak, bijvoorbeeld de uitvoering van een onder last verkregen donatie of erfstelling. Hieraan bestaat behoefte in de maatschappij. Een voorbeeld van een dergelijke instantie die met deze vorm van toezicht kan worden belast is de te Amsterdam gevestigde Stichting ter bevordering van Culturele en Maatschappelijke Beschikkingen. Naar wij menen dient deze maatschappelijke behoefte te worden geaccommodeerd en dient voor een meer beperkte toezichthoudende taak ruimte te blijven bestaan. De in het voorontwerp voorgestelde regeling geeft evenwel aanleiding tot twijfel of die mogelijkheid zal blijven bestaan. Wij bepleiten om die onzekerheid weg te nemen en duidelijk te maken dat

statutair een beperktere invulling kan worden gegeven aan het taakgebied van het toezichthoudende orgaan/de toezichthoudende instantie. Wij menen derhalve dat scherper moet worden geformuleerd op welk orgaan deze bepaling betrekking heeft. Immers het staat de vereniging – hetzelfde geldt voor de stichting, waarover hierna – vrij organen te creëren met een meer of minder uitgebreide toezichthoudende taak. De bij de andere rechtspersonen gebruikelijke aanduiding ‘raad van commissarissen’ zou zich hiervoor lenen.

Voorts merken wij op dat het kennelijk niet de bedoeling is dat de regels die zijn voorgesteld voor het toezichthoudend orgaan ook van toepassing zijn op organen zoals het algemeen bestuur dat een toezichthoudende taak uitoefent. De Toelichting (p. 3) geeft immers expliciet aan geen wijziging te willen brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren waarbij het algemeen bestuur-dagelijks bestuursmodel als voorbeeld wordt genoemd. De in de toelichting op p. 14 opgenomen zinsnede over de reikwijdte van de regeling – namelijk dat zij ziet op 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 terzijde staan, wekt naar wij menen op dit punt verwarring en vraagt om verduidelijking.

Art. 47 lid 3: In lid 3 van het voorgestelde art. 47 wordt als regel gegeven dat het toezichthoudende orgaan bevoegd is tot schorsing van bestuurders. De wet geeft evenwel geen regeling ten aanzien van de continuering dan wel opheffing van een schorsing. Ter vergelijking: in art. 2:57 lid 3 en art. 2:147/257 lid 2 BW is bepaald dat de algemene vergadering de schorsing kan opheffen. Wij geven in overweging om als hoofdregel in art. 47 lid 3 op te nemen dat de algemene vergadering in beginsel bevoegd is tot opheffing van de schorsing. De in art. 2:147/257 lid 2 BW opgenomen uitzondering dat de algemene vergadering de schorsing kan opheffen indien de raad van commissarissen bevoegd is tot benoeming, houdt verband met mogelijke toepasselijkheid van het (volledige) structuurregime. Hoewel ook bij de vereniging niet ondenkbaar is dat het toezichthoudend orgaan bevoegd is tot benoeming van de bestuurders indien is voldaan aan de daarvoor in art. 2:37 gestelde vereisten – te weten dat (i) alle leden van het toezichthoudend orgaan door de leden zijn benoemd en (ii) dat alle leden van het toezichthoudend orgaan tevens lid zijn van de vereniging, behoeft deze in art. 2:147/257 lid 2 BW opgenomen uitzondering ons inziens niet in art. 2:47a lid 3 te worden opgenomen. De bevoegdheid tot benoeming en ontslag berust dan immers niet op de wet maar op de statuten. De wettelijke regeling behoeft naar het ons voor komt met deze eventualiteit geen rekening te houden.

Art. 47 lid 4: In dit lid wordt een regeling gegeven omtrent het toekennen van een verzaamd stemrecht aan een of meer leden van het toezichthoudend orgaan en stelt daaraan bepaalde grenzen. Naar mag worden aangenomen liggen die beperkingen in het verlengde van een collectieve taakopvatting van het toezichthoudend orgaan. Wellicht mag worden opgemerkt dat de met de voorgestelde bepaling corresponderende bepalingen in het NV- en BV-recht zijn te vinden in art. 2:140/250 lid 4 BW en niet zoals in de Toelichting is vermeld, art. 2:143/253 lid 3 BW. Voorts merken wij op dat het NV- en BV-recht een soortgelijke regeling kennen voor het bestuur en wel in art. 2:129/239 lid 2 BW. Gezien de beoogde consistentie komt de vraag op waarom niet is voorgesteld deze regeling voor het bestuur van de vereniging en stichting op te nemen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen geschieden door toevoeging van een extra lid aan art. 2:9 BW of separate nieuwe bepaling in titel 1. Overwogen zou kunnen worden ook de regelingen met betrekking tot het stemrecht van de leden van het toezichthoudend orgaan in titel 1 op te nemen. Overigens riep het in de toelichting gegeven voorbeeld van het door de subsidieverlener benoemde lid van het toezichthoudende orgaan de vraag op of een dergelijke benoeming in overeenstemming is met het beleid betreffende de benoeming van overheidscommissarissen.

Art. 47 lid 5: Blijkens de toelichting (p. 19) is het niet wenselijk dat het bestuur of de raad van toezicht de bevoegdheid zou kunnen krijgen om de leden van het toezichthoudend orgaan een bezoldiging toe te kennen. De tekst van art. 47 lid 5 – die is ontleend aan art. 2:57 lid 6 BW – geeft evenwel aan dat de regeling aanvullend van aard is en lijkt aldus niet uit te sluiten dat het bestuur of

de raad van toezicht de hier bedoelde bevoegdheid wel bij statuten kan worden toegekend. Naar wij menen is het evenwel vanuit een oogpunt van gezonde interne verhoudingen een goed uitgangspunt dat het bestuur noch de raad van toezicht aan de leden van de raad van toezicht een bezoldiging kan toekennen en zou dit in de wet moeten worden vastgelegd.

Art. 47 lid 6: De ratio van de in lid 6 opgenomen regeling is helder. De leden van het toezichthoudend orgaan hebben in de algemene vergadering een raadgevende stem, tenzij hen stemrecht toekomt. De voorgestelde regeling lijkt evenwel te veronderstellen dat het stemrecht hen slechts krachtens de statuten kan toekomen. Het stemrecht kan hen evenwel ook toekomen omdat zij lid zijn van de vereniging, in welk geval hen stemrecht toekomt op grond van de wet (art. 2:38 BW). De formulering van art. 47 lid 6 lijkt hiermee geen rekening te houden. Wij stellen voor te formuleren: “Tenzij de leden van het toezichthoudend orgaan stemrecht toekomt in de algemene vergadering, hebben zij..”

II.5 Artikel 47a

De verwijzing naar art. 63f roept de vraag op of met de nieuwe regeling is beoogd dat het structuurregime ook op de gewone vereniging van toepassing kan worden. Dit lijkt niet de bedoeling te zijn. Wij geven daarom in overweging om de onderhavige regeling in art. 2:57a BW te laten staan en eventueel in art. 47a een op de gewone vereniging afgestemde regeling op te nemen.

De voorgestelde wijziging van 63f (onderdeel G) waarbij in lid 5 art. 57a vervangen wordt door 47a zou dan ons inziens achterwege moeten blijven.

II.6 Artikel 286/292a lid 1 en lid 2

Zoals toegelicht bij ons commentaar bij art. 47 lid 1 en lid 2, bestaat er behoefte in de praktijk aan het bij statuten aanwijzen van een instantie die is belast met een soms specifieke en beperktere toezichthoudende taak. Naar wij menen verdient het aanbeveling dat dit in de praktijk ontwikkelde fenomeen, kan worden gecontinueerd.

In dit verband plaatsen wij drie kanttekeningen. De eerste is dat de voorgestelde tekst voor artikel 286 lid 4 onder c, met de mogelijkheid van een statutaire aanwijzing van een toezichthoudende instantie onvoldoende rekening houdt. De hier gebruikte term ‘benoeming’ geeft aanleiding tot twijfel. Ten aanzien van bestuurders van de stichting, zouden wij overigens bepleiten om aan de eis van benoeming vast te houden.

De tweede kanttekening is dat de tekst voor artikel 292a lid 1 aanleiding geeft tot onduidelijkheid of rechtspersonen met toezichthoudende bevoegdheden kunnen worden bekleed. De derde kanttekening betreft dat aan de mogelijkheid van instelling van een toezichthoudend orgaan met een beperkter taakgebied behoefte bestaat. Art. 292a lid 2 geeft aanleiding tot twijfel of dit, mocht de nieuwe regeling onverkort worden ingevoerd, kan worden gecontinueerd.

Voor verdere toelichting verwijzen wij naar ons commentaar bij art. 47 lid 1 en lid 2.

II.7 Artikel 292a lid 3

Het uitgangspunt dat het toezichthoudend orgaan als regel bevoegd is tot schorsing van bestuurders is ons inziens een goede. De vraag komt op of de regel niet zou moeten worden aangevuld met basale regels over de opheffing van een schorsing. Wij geven in overweging te bepalen dat het tot

benoeming bevoegde orgaan bevoegd is tot opheffing van de schorsing en dat indien het tot ontslag bevoegde orgaan niet binnen een redelijke termijn overgaat tot ontslag, de schorsing vervalt.

II.8 Artikel 292a lid 4

Zie ons commentaar bij art. 47 lid 4, hierboven.

II.9 Artikel 292a lid 5

Zie ons commentaar onder III.(5), hieronder.

II.10 Artikel 292a lid 6

Wij achten het een goede keuze dat alleen indien de statuten hierin voorzien aan de leden van het toezichthoudend orgaan een bezoldiging kan worden toegekend.

Eenzelfde regeling zou ons inziens ook voor de leden van het bestuur dienen te gelden. Het is onwenselijk dat bestuurders van een stichting zonder meer de bevoegdheid zou toekomen aan zichzelf een bezoldiging toe te kennen. In het buitenland wordt in aanvulling hierop soms voorgeschreven dat de statuten de kaders moeten aangeven waarbinnen de bezoldiging kan worden toegekend. Wij geven in overweging dit in de wettekst/toelichting te vermelden.

Uit de toelichting blijkt dat het oogmerk is dat de bezoldiging niet moet kunnen worden vastgesteld door het bestuur (p. 30). Dit lijkt ons een juist uitgangspunt. Ter plaatse is in de toelichting verwoord dat met de voorgestelde regeling niet is beoogd dat uitsluitend de raad van toezicht zou kunnen besluiten omtrent het al dan niet toekennen van een bezoldiging. Denkbaar is dat de statuten bepalen dat hen een bezoldiging toekomt die in hoogte is vastgesteld of anderszins bepaalbaar is op grond van de statutaire regeling. Denkbaar is voorts dat de statuten een ander orgaan of een andere instantie aanwijzen die bevoegd is hierover te beslissen. Wij onderschrijven deze uitgangspunten, maar constateren spanning tussen de voorgestelde tekst – die suggereert dat alleen de raad van toezicht de bevoegdheid tot toekenning van de bezoldiging kan worden toegekend – en de daarbij gegeven toelichting. Het verdient ons inziens aanbeveling om de bedoeling duidelijker in de wettekst tot uitdrukking te brengen. Dit kan worden bereikt door te bepalen dat indien de statuten dat bepalen, aan leden van het bestuur en/of toezichthoudend orgaan een bezoldiging kan worden toegekend, maar dat de bevoegdheid tot toekenning van de bezoldiging niet kan worden toegekend aan het bestuur.

Tot slot vestigen wij de aandacht op hetgeen in de toelichting op p. 30 is geschreven over de bezoldiging in relatie tot het uitkeringsverbod. Naar moet worden aangenomen is deze passage ook relevant in relatie tot de vereniging. De toelichting vermeldt dat een passende beloning niet in strijd is met het uitkeringsverbod. Wij plaatsen hierbij de kanttekening dat hetgeen als passend kan worden aangemerkt, in het licht van het uitkeringsverbod en de totstandkomingsgeschiedenis daarvan moet worden beoordeeld. Daaruit kan worden afgeleid dat indien alle inkomsten van de stichting toekomen aan de bestuurder, waarschijnlijk moet worden aangenomen dat het uitkeringsverbod wordt overtreden, ook al besteedt deze zijn hele dag aan de stichting. Een ander punt is dat men kan menen dat een aan de behaalde winst of exploitatieresultaat gerelateerde bezoldiging of bezoldigingscomponent wellicht ‘passend’ is omdat dit ook bij commerciële rechtspersoonsvormen is aanvaard. Dargelaten de discussie over de wenselijkheid van dergelijke ‘bonusregelingen’ moet in het licht van het uitkeringsverbod worden betwijfeld of dit een toelaatbare beloningsvariant is. De stichting wordt dan immers (mede) een commercieel instrument in handen van de bestuurder(s) en dat

heeft de wetgever door het uitkeringsverbod willen voorkomen. Gezien het bovenstaande geven wij in overweging om in de toelichting niet te spreken van een ‘passende beloning’ maar in meer algemene bewoordingen te melden dat het toekennen van een bezoldiging aan bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan niet strijdig behoef te zijn met het uitkeringsverbod. Voor een uitvoeriger behandeling van de totstandkomingsgeschiedenis van het uitkeringsverbod kan worden verwezen naar een beschouwing van Van Veen getiteld ‘Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited’, in: Met recht betrokken, Kluwer, Deventer 2012, p. 337 e.v.

III Tegenstrijdig belang

III.1 Inleiding

Een van de doelstellingen van het wetsvoorstel is te komen tot een zekere uniformering van de tegenstrijdig belangregeling. Zie de Toelichting, p. 4 e.v. In de toelichting wordt gememoreerd hetgeen over de invoering van de huidige tegenstrijdig belangregeling voor de NV en BV over de wenselijkheid van de invoering van een nieuwe regeling in de memorie van toelichting is opgenomen. In die toelichting was ook vermeld dat invoering bij de andere rechtspersonen nog niet opportuun werd geacht maar dat dit in een later stadium zou worden overwogen. In het voorliggende voorontwerp is thans voorzien in uniformering met de regeling voor de NV en BV.

Zoals uit het citaat uit de genoemde memorie van toelichting blijkt, werd als reden voor de huidige tegenstrijdig belangregeling voor de NV en BV aangevoerd dat de voorheen bestaande regeling kon worden gekenschetst als een vertegenwoordigingsregeling en dat de nieuwe regeling voorziet in een besluitvormingsregeling. Op dit punt past ons inziens een nuancering. Het voorheen voor de NV en BV geldende recht bevatte wel degelijk besluitvormingscomponenten. Deze hielden in (i) dat bij de besluitvorming openheid van zaken moest worden betracht, dat de belangen zorgvuldig gescheiden moesten worden gehouden, een overzicht moet worden gemaakt van de voor- en nadelen van de transactie, dat het besluitvormingstraject zorgvuldig moet worden gedocumenteerd en bewaard en dat in voorkomende gevallen een deskundige moest worden ingeschakeld om over de transactie te adviseren; en (ii) dat de algemene vergadering steeds tijdig en adequaat voor het verrichten van de transactie moest worden geïnformeerd opdat zij van haar aanwijsbevoegdheid gebruik kon maken. Naar wordt aangenomen gelden de onder (i) genoemde regels ook voor de stichting en de regels onder (i) en (ii) voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij. Zie o.m. Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, 6^e druk 2013, p. 179-180). Door bij de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij de tweede component, het betrekken van de algemene vergadering, uit de wet te verwijderen worden de regels omtrent de besluitvorming bij tegenstrijdig belang derhalve ten nadele van de rechtspersoon gewijzigd. Juist de betrokkenheid van de algemene vergadering noopt ertoe openheid te betrachten, meer dan het in de min of meer besloten kring van het bestuur c.q. het toezichthoudend orgaan afkaarten van de kwestie. Dit laatste kan gemakkelijker leiden tot een onwenselijke bestuurscultuur. De vraag komt daarom op of transparantie jegens de leden niet behouden zou moeten blijven (zie ook hierna ons commentaar hieronder onder III.5. De overige genoemde componenten komen niet terug in de voorgestelde regeling – zodat de vraag opkomt in hoeverre deze nog relevant zijn – of in de statuten kunnen worden weggeschreven, zodat hiermee geen verbetering wordt gerealiseerd. Onduidelijk is of dit effect wordt beoogd.

Het tweede aspect dat wordt genoemd in het in de Toelichting opgenomen citaat, is dat het merkwaardig is dat de regeling het toelaat dat bij statuten de onbevoegdheid tot vertegenwoordiging kan worden ‘weggeschreven’ zodat feitelijk bescherming van de rechtspersoon en eventuele minderheidsaandeelhouders ontbreekt. Dit werd gezien, zo blijkt uit het opgenomen citaat, als een

ongerijmdheid in de destijds geldende regeling. Bij deze overwegingen merken wij op dat niet alleen wordt miskend dat de destijds geldende besluitvormingscomponenten altijd nog dwingendrechtelijk van aard waren. Bovendien dient te worden opgemerkt dat de voor de NV en BV geïntroduceerde besluitvormingsregelingen in het geval dat alle betrokkenen zijn ‘geconflicteerd’, toelaten dat bij statuten elke vorm van bescherming wordt weggeschreven. Daar waar – ten onrechte – werd beweerd dat de vervangen regels ‘slechts’ regelend recht bevatten – dat gold immers alleen voor de aspecten van vertegenwoordigingsbevoegdheid en niet voor die betreffende de besluitvorming -, is de nieuwe regeling die uitsluitend ziet op de besluitvorming op het moment dat het er werkelijk toe doet – namelijk indien alle betrokkenen zijn geconflicteerd volledig regelend van aard. Dat door de nieuwe regeling – anders dan door de vervangen regelingen – een sluitende bescherming wordt geboden, kan derhalve niet worden volgehouden. De nieuwe regeling heeft vanuit een oogpunt van de beoogde bescherming van de rechtspersoon – wellicht onbedoeld – geleid tot een averechts effect.

Wij hechten er aan dit verband op te merken omdat dit risico ook bestaat bij onverkorte invoering van dezelfde regels voor de andere rechtspersoonvormen. Dit zal er in het bijzonder voor de vereniging en de stichting toe leiden dat zij niet weerbaarder maar kwetsbaarder worden voor onwenselijke gevolgen van tegenstrijdig belang transacties. Wij lichten dat hierna verder toe.

Terzijde zij nog opgemerkt dat de toelichting (p. 12 en 39) er ons inziens te gemakkelijk vanuit gaat dat een tegenstrijdig belang bij de stichting thans zonder meer geen gevolgen heeft voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid. In de literatuur bestaat hieromtrent verschil van inzicht en ook in de rechtspraak wordt op dit punt verschillend geoordeeld. Vgl. Hof Leeuwarden, 9 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0762, r.o. 6.2, waarin impliciet wordt aangenomen dat een statutaire restrictie van de vertegenwoordigingsbevoegdheid mogelijk is. Zie voor een overzicht Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, 6^e druk, 2013, par. 9.3.3. De Hoge Raad heeft hierover nog niet geoordeeld.

III.2 Besluitvorming bij tegenstrijdig belang

De voorgestelde regeling sluit aan bij de regeling omtrent besluitvorming bij tegenstrijdig belang bij de NV en de BV. Zoals hierboven uiteengezet, wordt thans in de literatuur en jurisprudentie reeds aangenomen dat bestuurders en toezichthouders in geval van een voorgenomen tegenstrijdig belangtransacties specifieke zorgvuldigheidsnormen in acht moeten nemen. Wij achten het een goede keuze dat voor alle rechtspersoonvormen bepaalde minimumvoorschriften gelden bij de besluitvorming over het al dan niet aangaan van een tegenstrijdig belangtransactie. Wij merken echter op dat de voorgestelde regeling geen minimumvoorschriften bevat in het geval dat alle betrokkenen zijn geconflicteerd. Dit is naar wij menen een ernstige tekortkoming in de regeling. Wij komen hierop terug bij het artikelsgewijs commentaar.

III.3 Sanctie: Vernietiging van het besluit?

Een tegenstrijdig belang ontnemt een bestuurder niet zijn stemrecht of vergaderrecht, tenzij dit bij statuten is bepaald (art. 2:12 BW), hetgeen zelden het geval is. Dit leidt ertoe dat indien hij ondanks dat hij is geconflicteerd deelneemt aan de beraadslagingen en besluitvorming, het besluit in beginsel geldig is. In de toelichting wordt vermeld dat het besluit in dat geval wel vernietigbaar is.

Dit standpunt is naar wij menen vatbaar voor nuancering. Een besluit is pas vernietigbaar indien er voldoende (processueel) belang is bij vernietiging. Indien vernietiging niet het beoogde effect sorteert, wordt het verzoek tot vernietiging afgewezen (zie o.m. HR 19 mei 1989, NJ 1989, 652 en HR 28 februari 1992, NJ 1992, 458). En juist bij besluitvorming over een tegenstrijdig belangtransactie is de

vraag naar het effect van de vernietiging aan de orde. Vernietiging van het besluit heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van een inmiddels verrichte tegenstrijdig belangtransactie. Indien dit effect wel wordt beoogd, behoeft dit althans een aanvullende wettelijke regeling, waarin het voorontwerp niet voorziet.

Vernietiging van het besluit is evenmin een voorwaarde voor het aansprakelijk kunnen stellen van de betrokken bestuurders of leden van het toezichthoudend orgaan. Bepalend voor succesvolle aansprakelijkstelling is slechts of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling waarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt die bovendien heeft geleid tot schade voor de rechtspersoon. Het besluit behoeft hiertoe niet te worden vernietigd. Bovendien is het maar de vraag of aan de schade toebrennende handeling een besluit ten grondslag ligt. Dit behoeft niet het geval te zijn.

In de toelichting wordt nog opgemerkt dat vernietiging van belang is omdat het besluit anders in de interne verhoudingen dient te worden uitgevoerd (p. 12). Hierbij plaatsen wij een vraagteken omdat, indien een bestuursbesluit zou leiden tot schade voor de rechtspersoon, geen rechtsregel ertoe noopt dat het bestuur dit besluit tot uitvoering moet brengen. Integendeel, de plicht tot behoorlijke taakvervulling brengt mee dat het desbetreffende bestuursbesluit niet mag worden uitgevoerd. Vernietiging van het besluit is daartoe niet noodzakelijk.

Naar wij menen moet derhalve worden betwijfeld dat aan de mogelijkheid van vernietiging enige betekenis toekomt.

Wellicht dat in dit verband een opmerking mag worden gemaakt ten aanzien van het vereiste dat men belanghebbende dient te zijn om vernietiging te kunnen verzoeken. De vraag wie als belanghebbende kan worden aangemerkt is niet in zijn algemeenheid te beantwoorden maar dient volgens de Hoge Raad voor ieder type verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en daarmee verband houdende wetsbepalingen te worden afgeleid (HR 25 november 1991, NJ 1992/149 (Stichting NIAC)). Niet iedereen die zich betrokken is bij het doel of de activiteiten van de rechtspersoon kan als belanghebbende worden aangemerkt. De Hoge Raad hanteert bij de invulling van het begrip belanghebbende de zogenoemde ‘tweekringenleer’ (Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.3.3, Asser/Rensen 2-III* 2012/351, 359 en heeft hiervan een nadere verfijning gegeven in zijn beschikkingen van 6 juni 2003, NJ 2003/486 (Scheipar) en 10 november 2006, NJ 2007/45 (Stichting IHD-zorg in het buitenland).

Anders dan in de Toelichting (p. 11) lijkt te worden aangenomen, is deze tweekringenleer niet zonder meer van toepassing bij de beantwoording van de vraag wie een redelijk belang heeft bij de vernietiging van een besluit (zie Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 136). Vernietiging van een besluit wegens strijd met een procedurevoorschrift die het tot stand komen van besluiten regelt, zoals bijvoorbeeld het nieuw voorgestelde art. 9 lid 3, kan worden gevorderd indien men een redelijk belang heeft bij de naleving van de geschonden verplichting. Een redelijk belang is slechts dan aanwezig indien betrokkene door de niet naleving van de verplichting in een eigen belang is of dreigt te worden geschaad. Toepassing van de tweekringenleer wekt de suggestie dat ook personen buiten de organisatie van de rechtspersoon zoals bijvoorbeeld een subsidieverstrekker (het voorbeeld dat in de Toelichting op p. 12 wordt genoemd) een rechtens relevant belang zouden kunnen hebben bij de naleving van de verplichting. Gezien het feit dat besluiten in beginsel interne werking hebben zal schending van de norm van art. 9 lid 3, die volgens de toelichting primair bedoeld is om de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn te dienen, niet gauw de belangen schaden van betrokkenen die niet tot de organisatie van de rechtspersoon behoren. Dit zal wel het geval kunnen zijn door een tot uitvoering van dit besluit verrichte rechtshandeling. Deze rechtshandelingen kunnen echter – in de voorliggende regeling – door vernietiging van het besluit niet worden aangetast (zie het commentaar hierboven), hetgeen overigens waar wij menen wel wenselijk zou zijn (zie commentaar hieronder onder III.5).

III.4 Maatstaf

In de toelichting wordt op enkele plaatsen een direct verband gelegd tussen het begrip tegenstrijdig belang en schade voor de rechtspersoon. Zo wordt op pagina 4 van de toelichting gemeld dat een tegenstrijdig belang ertoe kan leiden dat een besluit wordt genomen dat ‘nadelig’ is voor de rechtspersoon. Op pagina 30 wordt vermeld dat een besluit omtrent een tegenstrijdig belangstransactie (bedoeld wordt naar wij vermoeden: het aangaan van een tegenstrijdig belangstransactie) op zichzelf ‘niet nadelig behoeft te zijn voor de stichting’.

Door deze formulering wordt de indruk gewekt dat het verrichten van tegenstrijdig belangstransacties vanuit een oogpunt van de wetgever niet problematisch is, mits het niet nadelig is voor de rechtspersoon. Naar wij menen zou evenwel de norm moeten zijn dat een tegenstrijdig belangstransactie – net als elke handeling waardoor de rechtspersoon wordt verbonden – slechts zou mogen worden verricht indien dit in het belang is van de rechtspersoon.

Naar wij menen valt niet in te zien waarom in een geval van tegenstrijdig belang een lagere norm zou moeten gelden voor het handelen van het bestuur dan wanneer er geen sprake is van een tegenstrijdig belang.

III.5 Effectiviteit en maatschappelijke behoefte

Een tegenstrijdig belangregeling moet eerst en vooral de rechtspersoon en degenen die bij zijn organisatie betrokken zijn dienen, aldus de toelichting op pagina 5. In dit verband dringt zich de vraag op of de voorgestelde regeling, ook voor organisaties met een maatschappelijke doelstelling tot het gewenste resultaat leidt. Wij plaatsen hierbij een aantal kanttekeningen.

De bescherming uit de in het voorontwerp opgenomen regeling bestaat uiteindelijk uit de mogelijkheid om in het geval dat de handeling heeft geresulteerd in schade voor de rechtspersoon, de desbetreffende bestuurder gehouden kan worden om de eventuele schade te vergoeden. Blijkens de toelichting dient de rechtspersoon hiertoe aan te tonen dat het besluit niet of niet aldus zou zijn genomen indien het tegenstrijdig belang bekend was (p. 12-13). Slaagt de rechtspersoon hierin, dan dient hij vervolgens te kunnen aantonen dat er schade is en wat hiervan de omvang is. In de praktijk zijn dit veelal moeizame, ingewikkelde en tijdrovende procedures met een onzekere uitkomst.

Aangezien bij de NV en de BV rechtstreeks financiële belangen van aandeelhouders in het geding zijn, kan wellicht worden aangenomen dat de vereiste toewijding en risk appetite aanwezig zijn om een dergelijke procedure te starten en tot een einde te brengen. Bij non profit organisaties zoals verenigingen en stichtingen spelen echter dergelijke persoonlijke belangen niet. De bestuurders zijn bovendien veelal vrijwilligers die hun functie belangeloos vervullen. Voor vrijwillige bestuurders en/of toezichthouders is het voeren van juridische procedures die groot beslag op leggen op tijd en energie van de bestuurders en gepaard gaan met grote financiële inzet en navenante risico's voor de rechtspersoon, zeer belastend.

De vraag dringt zich derhalve op of het voor de hand ligt dat de regels omtrent tegenstrijdig belang voor non profit organisaties volstrekt uniform zouden moeten zijn met de thans voor de NV en de BV geldende regels. Naar wij menen is er aanleiding om met de eigen aard van de vereniging en stichting rekening te houden. In dit verband wijzen wij erop dat de wetgever ten aanzien van bepaalde handelingen die kunnen leiden tot schade voor de vereniging/stichting de bestuursbevoegdheid heeft beperkt. Beperkingen ten aanzien van de bestuursbevoegdheid regardereren ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid, tenzij de statuten anders bepalen. Zie art. 2:44/291 lid 2 BW. Deze systematiek zou ook kunnen worden toegepast op de tegenstrijdig belangstransacties.

Dit zou erin resulteren dat het aantonen van het bestaan van een tegenstrijdig belang in beginsel voldoende is om de onwenselijke gevolgen ongedaan te maken, indien althans de wederpartij bij die transactie niet te goeder trouw is. Aspecten zoals het aantonen dat het besluit niet of niet aldus zou zijn genomen, dat er schade is en het vaststellen wat daarvan de omvang is, zijn dan niet vereist om de onwenselijk geachte gevolgen weg te nemen. Vanuit een oogpunt van bescherming van de belangen van de rechtspersoon is een dergelijke regeling, naar wij menen, stellig te prefereren boven een louter op de mogelijkheid aansprakelijkstelling gebaseerde regeling. Dit resultaat kan, zoals gezegd, worden bereikt door niet-naleving van de regels omtrent besluitvorming te relateren aan vertegenwoordigingsbevoegdheid, hetgeen ook art. 2:44/291 lid 1 BW aan de orde is.

Een regeling met deze kenmerken sluit bovendien aan bij de maatschappelijke behoefte in het bijzonder voor instellingen met een maatschappelijke doelstelling. In dit verband wijzen wij bijvoorbeeld op de door het Centraal Bureau Fondsenwerving (CBF) gehanteerde keurmerkcriteria. Deze bevatten zowel een regeling omtrent de besluitvorming bij tegenstrijdig belang - die overeenkomt met de in dit voorontwerp opgenomen regeling - , als omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang. Deze criteria dienen in de statuten te worden opgenomen. Het behoeft geen toelichting dat zij zijn gericht op bescherming van het vermogen van de rechtspersoon in tegenstrijdig belang situaties en het bevorderen van voor de sector zo belangrijke integriteit en zuiverheid van handelen van bestuurders en toezichthouders. De mogelijkheid beperkingen te stellen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid in tegenstrijdig belang situaties is hierbij een belangrijke aanvulling op regels die betrekking hebben op de besluitvorming. Terzijde zij opgemerkt dat, anders dan in de toelichting op p. 39 is vermeld, het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid er niet toe leidt dat de rechtshandeling kan worden vernietigd, maar dat zij behoudens goede trouw van de wederpartij, onverbindend is voor de rechtspersoon. De wederpartij die niet te goeder trouw is, kan de rechtspersoon een redelijke termijn stellen waarbinnen deze zich omtrent al dan niet bekrachtiging dient uit te spreken.

Idealiter is de wisselwerking aldus dat indien de regels omtrent besluitvorming niet zijn nageleefd er ook geen bevoegdheid is tot vertegenwoordiging. Toegelaten zou moeten worden dat de statuten een hiervan afwijkende regeling geven (vgl. de art. 2:44/291 lid 1 BW). Gezien de kwetsbaarheid van maatschappelijke organisaties voor onder meer imagoschade, zou de wet moeten faciliteren dat zij zich maximaal kunnen beschermen tegen handelen bij tegenstrijdig belang. Een regeling die uitsluitend is gebaseerd op een slechts via kostbare en moeizame procedures mogelijk te verkrijgen uitspraak die verplicht tot schadevergoeding, voldoet hiertoe niet. De mogelijkheid om de bevoegdheid tot vertegenwoordiging te onthouden indien aan de regels omtrent besluitvorming niet is voldaan, is een belangrijke en waardevolle aanvulling. Mogelijk bestaat de wens om elke schijn van belangenverstremgeling te vermijden en om die reden statutair besluitvorming tot en het aangaan van tegenstrijdig belangtransacties statutair niet mogelijk te maken. Naar wij menen, zou de wet ook die mogelijkheid moeten bieden.

III.6 Artikelsgewijs

(i) Artikel 9 en 9a: de escalatie regel

In art. 9 en art. 9a is een escalatie regel vastgelegd. Deze regel houdt in dat het bestuur respectievelijk het toezichthoudend orgaan ter zake van tegenstrijdig belang transacties in beginsel bevoegd blijft tot besluitvorming met betrekking tot een voorgenomen tegenstrijdig belangtransactie met een van zijn leden. Indien alle bestuurders zijn geconflieerd, dient besluitvorming plaats te vinden door het toezichthoudend orgaan. Is er geen raad van toezicht of zijn alle leden daarvan ook geconflieerd, dan dient besluitvorming plaats te vinden door de algemene vergadering, tenzij de wet of statuten anders bepalen.

Deze regeling geeft aanleiding tot een tweetal kanttekeningen. De eerste betreft dat de regeling lijkt mee te brengen dat bestuursverantwoordelijkheid ter zake van een tegenstrijdig belangtransactie - in het geval dat alle bestuurders zijn geconflicteerd - wordt overgeheveld naar het toezichthoudend orgaan respectievelijk de algemene vergadering. De regeling zou er mogelijk zelfs toe kunnen leiden dat indien binnen het bestuur twijfel bestaat over wenselijkheid of de handeling wel zou moeten plaatsvinden, hij daartoe gehouden zou zijn op basis van een besluit van de raad van toezicht. Juister is ons inziens dat het bestuur steeds mede bestuurlijke verantwoordelijkheid dient te dragen, maar dat in het geval dat het bestuur voornemens is de tegenstrijdig belangtransactie aan te gaan, hiervoor goedkeuring is vereist van het toezichthoudend orgaan respectievelijk de algemene vergadering.

De tweede kanttekening is dat onduidelijk is of de regeling toelaat dat ook indien niet alle bestuurders zijn geconflicteerd, de statuten kunnen bepalen dat het besluit aan goedkeuring door het toezichthoudend orgaan of de algemene vergadering of een ander daartoe aangewezen gremium is onderworpen. Een dergelijke regeling kan wenselijk worden geacht om de besluitvorming zo zorgvuldig mogelijk te laten verlopen en het mogelijk ontstaan van een minder wenselijk geachte bestuurscultuur te voorkomen.

(ii) Artikel 9/9a/291 lid 3/292a lid 5

In het derde lid van art. 9, 9a en art. 291 en art. 292a lid 5, wordt een regeling gegeven voor het geval dat alle bestuurders en, zo die er zijn, leden van het toezichthoudend orgaan zijn geconflicteerd. Voor deze situatie kunnen de statuten een afwijkende regeling geven. Deze regeling brengt mee, zo blijkt uit de toelichting, dat elke vorm van bescherming kan worden weggeschreven. Zelfs schriftelijke vastlegging van het besluit en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen bij de stichting, kan statutair buiten toepassing worden verklaard, zo blijkt uit de toelichting.

Indien wordt beoogd een wettelijke regeling te bieden ter bescherming van het belang van de rechtspersoon, bevreemdt het dat de wet niet voorziet in minimum eisen waaraan moet worden voldaan. Juist in gevallen waarin alle bestuurders en in voorkomende gevallen leden van het toezichthoudend orgaan zijn geconflicteerd, is bescherming van de rechtspersoon geboden. Dit geldt in het bijzonder voor de stichting. Zoals terecht is opgemerkt in de toelichting (p. 5), kent de stichting geen algemene vergadering, wat het risico dat een bestuurder zich laat leiden door een privébelang mogelijk versterkt.

Wij bepleiten daarom om dwingendrechtelijke minimum eisen te stellen aan besluitvorming en de mogelijkheid te bieden om bij statuten stringentere eisen te stellen. Zoals hierboven uiteengezet onder III.5, bevelen wij verder aan dat aan het niet-naleven van de gestelde eisen consequenties kunnen worden gebonden voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging.

IV Schorsing en ontslag door de rechtbank van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen

IV.1 Artikel 298 lid 1(a)

In art. 298 lid 1 (a) worden de thans bestaande objectieve gronden voor het ontslag van stichtingsbestuurders, waarmee hun functioneren op rechtmatigheid getoetst wordt, vervangen door een nieuwe grond met meer discretionaire elementen:

- 1) het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie (wij bepleiten dit laatste woord te vervangen door, 'indien van toepassing de met haar verbonden onderneming (zie hierboven onder II.2.(i)); en

2) het zodanig schaden van het belang van de stichting dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

In de Toelichting (p. 7) wordt de suggestie gewekt dat belanghebbenden onder de nieuwe regeling bestuurders door de rechter kunnen doen ontslaan, indien die volgens hen niet goed functioneren. Dat brengt ons inziens de nieuwe regeling niet met zich mee. Er wordt, zoals ook thans, eerst beoordeeld of de verzoeker een belang heeft. In de tweede kring is daarbij van belang dat de verzoeker een eigen belang heeft (zie nader ons commentaar onder III.3). De grond voor ontslag is echter in het voorstel schade veroorzaken aan het belang van de stichting en, indien van toepassing, haar onderneming – dus niet het belang van de belanghebbende. Buitenstaande belanghebbenden kunnen de inbreuk op hun eigen belang noch inbreuk op het algemeen belang aanvoeren als grond voor ontslag van de bestuurder. Zo zal de Staat als subsidieverstrekker, anders dan in de toelichting op p. 34 wordt aangenomen, niet in zijn algemeenheid als belanghebbende hebben te gelden in een procedure tot ontslag van een bestuurder (Zie Overes WPNR 2013/6996 en uitgebreid in Met recht betrokken, 2012, p. 256-257).

Het criterium: zodanig schaden van het belang van de stichting (en, indien van toepassing, de met haar verbonden onderneming) dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld, laat ruimte voor toetsing van het bestuurlijk functioneren aan de doelmatigheid. De huidige regeling laat die ruimte niet. Een bestuurder wordt naar huidig recht eerst ontslagen als er op het moment van het handelen of nalaten redelijkerwijs geen verschil van mening mogelijk is dat het handelen of nalaten onrechtmatig was. Er wordt dan marginaal getoetst. Uit de Toelichting blijkt dat het de bedoeling is dat het voorstel de mogelijkheid voor de rechter biedt ook tot ontslag over te gaan wanneer de rechter naar eigen oordeel – van argumenten voorzien door de verzoekende belanghebbende – meent dat de bestuurder onvoldoende functioneert. Het zou ons inziens echter onjuist zijn wanneer het rechterlijk ontslag daardoor bijvoorbeeld een eenvoudige methode wordt voor overheden om bestuurders bij semi-publieke instellingen weg te krijgen (vgl. Toelichting 33-34). De relatie overheid-particuliere organisaties is er meer mee gediend wanneer bij slechte prestaties van semi-publieke instellingen publiekrechtelijke middelen worden aangewend.

Wij menen dat de rechter niet op de stoel van de bestuurder, noch op die van de overheid, moet plaatsnemen. Op zich is het schaden van het belang van de stichting een passend criterium, omdat de bestuurder tot taak heeft het belang van de stichting – en, indien van toepassing, de met haar verbonden onderneming – te behartigen (zie ook Dijk-Van der Ploeg, par. 10.3.2.c). Uit de formulering van art. 298 lid 1 a en de toelichting daarbij zou echter dienen te blijken dat het om een marginale toetsing gaat. Er is dan pas reden voor ontslag wanneer het duidelijk is dat geen bestuurder had kunnen menen dat hij of zij met zijn gedrag het belang van de stichting – en, indien van toepassing, de met haar verbonden onderneming – dient. Dit zou in de tekst tot uitdrukking kunnen worden gebracht door de formulering dat “hij door zijn handelen of nalaten ernstig in strijd handelt met het belang van de stichting”.

De bevoegdheid tot ontslag kan door de rechter ook worden uitgeoefend wanneer er statutair een tot ontslag bevoegd orgaan in de stichting is. De toelichting (p. 33) stelt dat de wettelijke ontslagregeling van art. 298 een aanvulling is op de statutaire regeling en dat zij die onverlet laat. Daarmee is die verhouding niet echt duidelijk. Naar mag worden aangenomen wordt, indien er een stichtingsorgaan is dat tot ontslag van bestuurders bevoegd is, dit orgaan ook door de rechter geraadpleegd. Als er een interne procedure tot ontslag van de bestuurder(s) is, zal de rechter dit ons inziens dienen af te wachten. Het feit dat de rechter bevoegd is gemaakt om bestuurders van stichtingen te ontslaan is immers gemotiveerd door het – vaak bestaande – gebrek aan intern toezicht. Wanneer er wel intern toezicht is, zou in principe rechterlijk toezicht niet nodig zijn. Bij de corporatieve rechtspersonen, waar altijd een algemene vergadering is die toezicht houdt en het bestuur kan ontslaan, is dit rechterlijk toezicht ook niet voorzien.

Omdat het interne toezicht bij de stichting een kleiner draagvlak heeft, is de rechterlijke bevoegdheid tot ontslag van een bestuurder daarnaast wel zinvol. Deze zou ons inziens eerst kunnen worden uitgeoefend wanneer de beslissing van de toezichthoudende instantie bij de stichting om betrokkene niet te ontslaan, gezien het belang van de stichting niet redelijk is. De vraag dringt zich op of in dit geval niet mede ontslag van de leden van het toezichthoudend orgaan geïndiceerd zou zijn. Het voorontwerp voorziet evenwel niet in een regeling die het de rechter toestaat om bij een verzoek tot ontslag van bestuurders, mede falende toezichthouders te ontslaan.

IV.2 Artikel 298 lid 1(b)

In lid 1 b moet niet verwezen naar 'het vorige artikel' maar naar art. 297. De art. 297a en 297b zitten er nog tussen.

IV.3 Artikel 298 lid 4

In lid 4 van art. 298 wordt, op dezelfde wijze als voor bestuurders van andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen, voorgesteld dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder niet kan worden uitgesproken. Een wenselijke bepaling die een einde maakt aan de rechtsonzekerheid op dit punt (Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 8.5.3c, Asser/Rensen 2-III* 2012/339, Groeneveld-Louwerse, TVVS 1995, p. 182 en Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, diss. VU 2004, p. 90-91). Deze bepaling is van belang indien de bestuurder tevens als werknemer in dienst is bij de stichting en heeft alleen betekenis voor de vraag welke gevolgen het arbeidsrecht aan het ontslag verbindt.

De verwijzing in de Toelichting (p. 35) naar de '15 april-arresten' is in dit verband niet helder. Deze arresten gaan over de vraag of de beëindiging van de rechtspersonenrechtelijke betrekking van de bestuurder tevens leidt tot de beëindiging van zijn arbeidsrechtelijke betrekking met de rechtspersoon. Dit is een andere kwestie dan het vorderen van herstel van de dienstbetrekking. In de 15 april-arresten heeft de Hoge Raad mede op basis van de wetsgeschiedenis van art. 2:134/244 BW geoordeeld dat deze bepalingen ertoe strekken te bewerkstelligen dat door een ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding, tenzij er sprake is van een ontslagverbod dan wel partijen anders zijn overeengekomen. Anders dan in de Toelichting is vermeld (p. 35), is deze jurisprudentie niet gecodificeerd in art. 2:134/244 lid 3 BW, deze bepaling heeft alleen betrekking op de arbeidsrechtelijke afwikkeling van het ontslag. Ook voor de bestuurder-werknemer van de vereniging geldt de regel dat in een arbeidsrechtelijke procedure de vereniging niet kan worden veroordeeld tot herstel van de rechtsbetrekking (art. 2:37 lid 6 BW).

Het bovenstaande brengt mee dat - anders dan kennelijk wordt beoogd - zie de Toelichting op p. 35 - door het voorgestelde lid 4 geen einde wordt gemaakt aan de rechtsonzekerheid die in de praktijk bestaat ten aanzien van de vraag of het ontslag als bestuurder van een stichting ook het einde van de arbeidsverhouding tussen de betreffende stichting en de bestuurder inhoudt. De literatuur (zie Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 8.5.3 , Asser/Rensen 2-III* 2012/160) en de (lagere) rechtspraak (zie bijv. Rb Roermond 22 april 2009, JOR 2009, 155) zijn op dit punt vooralsnog verdeeld. Een obstakel dat aan de beëindiging van de arbeidsverhouding van de bestuurder van de vereniging en stichting in de weg staat is gelegen in art. 6 BBA, dat voor het ontslag van de werknemer-bestuurder de toestemming vereist van het UWV. Anders dan voor bestuurders van NV's en BV's is voor het ontslag van bestuurders van verenigingen en stichtingen geen vrijstelling van deze verplichting verleend.

Wij onderschrijven het in de Toelichting besloten liggende uitgangspunt dat bestuurder-werknemers van verenigingen en stichtingen zich in een vergelijkbare positie bevinden als bestuurders van andere

rechtspersonen en dat het ontslag als bestuurder derhalve tevens zou moeten leiden tot een beëindiging van de arbeidsverhouding van de bestuurder. Dit resultaat wordt evenwel zoals hierboven uiteengezet, met het voorgestelde vierde lid van art. 2:298 niet bewerkstelligd. Een aanvullende regeling achten wij dan ook wenselijk.

Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO)

Het ZIFO is een wetenschappelijk platform voor onderzoekers, talentvolle studenten en wetenschappelijk georiënteerde juristen werkzaam in de rechtspraktijk en het bedrijfsleven. Het stelt zich ten doel om actuele, voor de rechtspraktijk relevante onderwerpen te behandelen op het terrein van het financiële recht en het ondernemingsrecht, in het bijzonder die welke (nog) niet in wetgeving zijn vervat of waarvoor wetgeving of wetswijziging in voorbereiding is. Hierbij stelt het ZIFO de maatschappelijke rol van het recht centraal alsook de vraag in welke richting het recht zich zou dienen te ontwikkelen.

Deze reactie is van de hand van mr.dr. C.H.C. Overes, prof. mr. T.J. van der Ploeg en prof. mr. W.J.M. van Veen

Tot nadere toelichting zijn wij desgewenst gaarne bereid.