

Reactie NautaDutilh consultatie Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Reactie NautaDutilh op het ambtelijk voorontwerp voorstel
Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

NautaDutilh N.V.
Marianne de Waard-Preller
Robrecht Timmermans
Renate Punt-Huizer

6 mei 2014

1. Inleiding

Geachte lezer,

Met veel genoegen en interesse hebben wij kennis genomen van het ambtelijk voorontwerp voorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (het "**Voorontwerp**") en het bijbehorende concept van de memorie van toelichting (de "**Memo-rie van Toelichting**").

We maken graag van de gelegenheid gebruik om enkele suggesties te doen en opmerkingen te maken.

Uiteraard zijn wij graag bereid om onze reactie op het Voorontwerp nader toe te lichten en met u te bespreken. Onze contactgegevens zijn opgenomen in hoofdstuk 4.

Rotterdam, 6 mei 2014.

Marianne de Waard-Preller
Robrecht Timmermans
Renate Punt-Huizer

2. Algemeen commentaar

2.1 TERM TOEZICHTHOUDEND ORGAAN

Op pagina 14 van de Memorie van Toelichting wordt toegelicht dat mede op advies van de commissie vennootschapsrecht gekozen is voor de term "toezichthoudend orgaan". Het gebruik van een andere term, bijvoorbeeld "raad van commissarissen" of "raad van toezicht", zou tot onduidelijkheden kunnen leiden en de vraag kunnen oproepen of statutenwijziging is vereist. De term "toezichthoudend orgaan" is neutraal. Zij omvat alle organen die toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie en het bestuur met raad terzijde staan, aldus de Memorie van Toelichting.

Het komt in de praktijk nog wel eens voor dat rechtspersonen meerdere "organen" kennen die met een toezichthoudende functie zijn belast. Daarbij is niet ondenkbaar dat ieder toezichthoudend orgaan belast is met het toezicht op een specifiek onderdeel van het beleid van het bestuur. In dit verband vragen wij ons af of elk van deze met een deel van het toezicht belaste organen als een toezichthoudend orgaan moet worden beschouwd. Het verdient aanbeveling om op dit punt duidelijkheid te verschaffen.

2.2 MONISTISCH BESTUURSMODEL VERENIGINGEN EN STICHTINGEN

Op pagina 3 van de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat een monistisch bestuursmodel voor verenigingen en stichtingen niet wordt voorgesteld, omdat van een dergelijke behoefte ten aanzien van de vereniging en stichting nog niet zou zijn gebleken. Ook in de praktijk van de vereniging en de stichting bestaat behoefte aan flexibele bestuursvormen. Een monistisch bestuursmodel is daarbij niet onbekend. Artikel 9.1.8. van de Wet educatie en beroepsonderwijs voorziet bijvoorbeeld uitdrukkelijk in een monistisch bestuursmodel voor onderwijsinstellingen.

Ten behoeve van de eenvormigheid van de regelgeving zijn wij voorstander van een wettelijke basis in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ("**BW**") van de monistische bestuursvorm voor stichtingen en verenigingen.

3. Artikelsgewijs commentaar

3.1 ARTIKEL 2:9 LID 1 BW

Het Voorontwerp bepaalt dat in het eerste lid na "taak" een bepaalde zinsnede wordt ingevoegd. Omdat in artikel 2:9 lid 1 BW het woord "taak" meerdere malen voorkomt, stellen wij voor om dit te verduidelijken en te melden dat het gaat om de eerste zin van het eerste lid.

3.2 ARTIKEL 2:9a LID 2 BW

In artikel 2:9a lid 2 BW worden in tegenstelling tot hetgeen in artikel 2:9 lid 2 BW is bepaald ten aanzien van bestuurders de woorden "mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken" voor leden van het toezichthoudend orgaan niet opgenomen. Volgens de Memorie van Toelichting bestaat aan de betreffende woorden geen behoefte, omdat binnen het toezichthoudend orgaan geen sprake is van toebedeling van bepaalde taken aan een bepaalde toezichthouder.

Ons inziens wordt hiermee geen recht gedaan aan de bestaande praktijk. Een toezichthoudend orgaan is wel degelijk een orgaan dat feitelijk een taakverdeling toepast en/of met (verschillende) commissies werkt. Denk bij dit laatste aan de audit committee, remuneration committee, etc.

Bovendien verklaren de huidige artikelen 2:149 en 2:259 BW het bepaalde bij artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de taakverdeling door de raad van commissarissen. Het sedert de invoering van de Wet bestuur en toezicht geldende artikel 2:9 BW voorziet in een taakverdeling van bestuurders. Vóór de invoering van de Wet bestuur en toezicht was hiervan eveneens, onder de aanduiding werkring, sprake.

Met het weglaten van de in de eerste zin genoemde woorden wordt ons inziens een onbedoelde wijziging aangebracht ten opzichte van de huidige regelgeving en wordt geen recht gedaan aan de praktijk.

Wij stellen voor om in artikel 2:9a lid 2 BW de woorden "mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken" toe te voegen evenals de voor bestuurders geldende systematiek.

3.3 ARTIKEL 2:47 LID 3 BW

In artikel 2:47 lid 3 tweede zin BW wordt voorgesteld "De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden bevatten". Het is niet ongebruikelijk om de taken en bevoegdheden van toezichthoudende organen in reglementen uit te werken en vast te stellen. Die mogelijkheid kan ook een bijdrage vormen aan de verlaging van de administratieve lasten van verenigingen. In verband daarmee stellen wij voor de tweede zin van artikel 2:47 lid 3 BW als volgt te wijzigen "Bij of krachtens de statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden worden vastgelegd."

3.4 ARTIKEL 2:149 BW

Het Voorontwerp luidt als volgt: "In artikel 149 wordt "de artikelen 9, 241 en 248" vervangen door: artikel 241". De verwijzingen zijn onjuist. Het betreffende voorstel dient ons inziens als volgt te luiden: "In artikel 149 wordt "de artikelen 9, 131 en 138" vervangen door: artikel 131".

3.5 ARTIKEL 2:292a LID 3 BW

Wij stellen voor dezelfde wijziging in artikel 2:292a lid 3 tweede zin BW door te voeren als hetgeen wij ten aanzien van artikel 2:47 lid 3 tweede zin BW hebben voorgesteld.

3.6 ARTIKEL 2:291 LID 3 / ARTIKEL 2:292a LID 5 BW

Het Voorontwerp introduceert een tegenstrijdig belang regeling voor stichtingen. Voorgesteld wordt om dwingendrechtelijk voor te schrijven dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming van het bestuur. Indien alle (of de enige) bestuurder(s) een tegenstrijdig belang hebben/heeft, dan wordt het besluit genomen door het toezichthoudende orgaan. Ontbreekt dat laatste orgaan, dan legt het bestuur de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vast, tenzij de statuten anders bepalen. Een soortgelijke regeling wordt voorgesteld voor het toezichthoudende orgaan van de stichting.

Het voorgaande brengt een toename van de administratieve lasten met zich mee. Het bestuur moet ofwel de overwegingen in de notulen opnemen, ofwel de statuten van de stichting aanpassen om gebruik te kunnen maken van de uitzondering. Een te strak keurslijf is naar ons idee moeilijk voorstelbaar in de praktijk van kleine en vooral niet-commerciële stichtingen en lijkt ons niet praktisch. Bovendien geeft de codificatie van de voorgestelde bestuursnorm (art. 2:9 lid 1 BW) naar onze mening reeds voldoende houvast aan bestuurders van stichtingen. Overwogen zou kunnen worden om als uitgangspunt te nemen dat het bestuur van een stichting zonder toezichthoudend orgaan (of het toezichthoudend orgaan) in een situatie waarin alle bestuurders (of alle toezichthouders) geconfronteerd zijn desalniettemin kan beraadslagen en besluiten, maar dat in de statuten van dit uitgangspunt kan worden afgeweken bijvoorbeeld door te bepalen dat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk dienen te worden vastgelegd.

3.7 ARTIKEL 106a FAILLISEMENTSWET

In het Voorontwerp worden de bepalingen uit Boek 2 die zijn ingevoerd met de zogeheten derde misbruikwet (wet van 16 mei 1986 tot wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik en rechtspersonen (Staatsblad 1986, 275)) van Boek 2 BW overgeheveld naar de Faillissementswet. Gelijktijdig wordt de regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan voor het tekort in de boedel in het geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van faillissement opgerekt naar "rechtspersonen". De term "rechtspersonen" wordt niet gedefinieerd in de Faillissementswet. In Boek 2 BW wordt onderscheid gemaakt tussen publiekrechtelijke rechtspersonen (artikel 2:1 BW), kerkgenootschappen (artikel 2:2 BW) en privaatrechtelijke rechtspersonen (artikel 2:3 BW). Met betrekking tot de publiekrechtelijke rechtspersonen en kerkgenootschappen gelden de algemene bepalingen van Boek 2 BW, met uitzondering van artikel 2:5 BW, niet. Door nu in artikel 106a van de Faillissementswet de algemene term "rechtspersonen" te gebruiken wordt ons inziens onbedoeld artikel 106a van de Faillissementswet van toepassing op niet-privaatrechtelijke rechtspersonen, voor zover het in de praktijk mogelijk is om een niet-privaatrechtelijke rechtspersoon failliet te verklaren.

Artikel 106a van de Faillissementswet zal ook van toepassing zijn op de vereniging waarvan de statuten niet in een notariële akte zijn opgenomen. Voor die verenigingen geldt een bijzonder aansprakelijkheidsregime en disculpatie stelsel op grond van artikel 2:30 BW. Niet duidelijk is hoe deze aansprakelijkheid en met name de disculpatie regeling zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 106a Faillissementswet. Het verdient aanbeveling om dit aspect te verduidelijken.

De vraag is voorts of artikel 106a Faillissementswet ook voor de vereniging van eigenaren ("**VVE**") geldt. Verschillende auteurs zijn van mening dat de VVE slechts kan eindigen op de in Boek 5, titel 9 BW voorgeschreven wijze en dientengevolge niet failliet kan gaan. Mocht artikel 106a Faillissementswet door het gebruik van de term "rechtspersoon" wel op de VVE van toepassing zijn speelt het volgende. Artikel 5:131 lid 3 BW bepaalt: "Voor zover de statuten niet anders bepalen, beheert het bestuur de middelen der vereniging en draagt het zorg voor de tenuitvoerlegging van de besluiten van de vergadering van eigenaars." Een ruime eigen bevoegdheid voor bestuurders van een VVE is er dus niet, hetgeen met zich meebrengt dat zij minder autonoom zijn dan bestuurders van andere rechtspersonen. Deze beperkte bevoegdheid voor het bestuur van een VVE komt voort uit het principe dat de aansprakelijkheid van een VVE bij alle eigenaren ligt, naar rato van hun eigendomsaandeel. Door in artikel 106a Faillissementswet te spreken van 'rechtspersonen' wordt ons inziens onbedoeld een extra aansprakelijkheid gecreëerd voor een bestuurder van een VVE, terwijl het wettelijke kader voor een bestuurder van een VVE geen mogelijkheid tot eigen afweging kent.

3.8 OVERGANGSRECHT

Voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij met een raad van commissarissen geldt thans een tegenstrijdig belangregeling die vergelijkbaar is met de oude regeling zoals die voor N.V.'s en B.V.'s gold. Dat betekent dat indien deze rechtspersonen onder de huidige tegenstrijdig belang regeling niet-rechtsgeldig zijn vertegenwoordigd, de rechtspersonen in beginsel niet aan de rechtshandeling gebonden zijn en deze ten opzichte van de rechtspersonen nietig is. Een beroep op ongeldigheid van de rechtshandeling wegens tegenstrijdig belang verjaart niet, hetgeen de nodige rechtsonzekerheid in het handelsverkeer met zich meebrengt. Het verdient derhalve aanbeveling om deze rechtsonzekerheid zoveel mogelijk door middel van een overgangsregeling op te heffen.

Voor verenigingen bestaat in de literatuur twijfel omtrent de vraag of het bestuur ook in geval van tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd blijft zolang de algemene vergadering geen bijzondere vertegenwoordiger heeft aangewezen. Wij verwijzen in dit verband naar Asser/Rensen 2-III, 2012/135 en de aldaar aangehaalde literatuur. Mede vanwege die twijfel en in het belang van de rechtszekerheid achten wij ook hier een overgangsregeling wenselijk. Het voorgaande geldt naar onze mening eveneens voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen zonder raad van commissarissen.

4. Contact gegevens

**Marianne de Waard-Preller**

Notaris | Partner

T +31 010 224 02 69

M +31 (0)6 53 46 80 19

E marianne.dewaard@nautadutilh.com**Robrecht Timmermans**

Kandidaat-Notaris | Senior Associate

T +31 010 224 03 16

M +31 (0)6 22 95 18 14

E robrecht.timmermans@nautadutilh.com**Renate Punt-Huizer**

Kandidaat-Notaris | Senior Associate

T +31 010 224 02 59

M +31 (0)6 51 43 87 22

E renate.punt@nautadutilh.com**NautaDutilh N.V.**

Strawinskylaan 1999 | 1077 XV Amsterdam
Postbus 7113 | 1007 JC Amsterdam

Weena 750 | 3014 DA Rotterdam
Postbus 1110 | 3000 BC Rotterdam

E info@nautadutilh.comI www.nautadutilh.com