

MEMO

Van Kirsten van Vliet, kandidaat-notaris
Aan Ministerie van Veiligheid en Justitie
Datum 6 mei 2014
Betreft Consultatie Wet Bestuur en toezicht
rechtspersonen
Referentie //2089735.1/KVV

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van het Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen (het “**Wetsvoorstel**”) en het Ambtelijk voorontwerp Memorie van Toelichting Voorstel van Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen (de “**Memorie van Toelichting**”). Ik maak graag gebruik van de mogelijkheid om op deze documenten een reactie te geven. Eerst plaats ik enkele algemene opmerkingen en vervolgens zal ik ingaan op een aantal onderdelen van het Wetsvoorstel.

Algemeen

Ik ondersteun het Wetsvoorstel en meen dat de in het Wetsvoorstel geregelde zaken van waardevolle betekenis kunnen zijn voor de praktijk. Overigens lijkt de naam van het Wetsvoorstel wat ongelukkig gekozen, nu recentelijk de Wet bestuur en toezicht in werking is getreden. Aanpassing van de naam van het Wetsvoorstel lijkt in dit stadium wellicht niet meer raadzaam.

Ik betreur het dat niet meteen van de gelegenheid gebruik is gemaakt om het monistische bestuursmodel voor verenigingen en stichtingen in de wet te introduceren. In de Memorie van Toelichting wordt daarover opgemerkt dat van behoefte daaraan ten aanzien van de vereniging en stichting vooralsnog niet is gebleken. Ik betwijfel ten eerste of het juist is dat die behoefte er bij verenigingen en stichtingen niet is.¹ Voor verenigingen en in nog sterkere mate voor stichtingen, geldt dat er een grote verscheidenheid is in de inrichting van de governance. Diverse bestuursmodellen, al dan niet gebaseerd op sectorale regelgeving of governance codes, komen voor.²

Zo beschrijft de Governance Code Cultuur³, onder meer, het zogenaamde bestuur-model. In dit model voert het bestuur de bestuurlijke taken uit (of laat deze uitvoeren door een directie) en vervult het daarnaast ook de toezichthoudende functie.

¹ En met mij anderen: zie bijvoorbeeld D.F.M.M. Zaman, 'De toekomst van de stichting, de vereniging en de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij', *WPNR* 2013/6973, p. 332 en M. van Olfen, 'Consultatie monistisch bestuursmodel coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij', *Ondernemingsrecht* 2013/90, alinea 2.

² Zie voor een beschrijving van diverse modellen de bijdrage van M.J. van Uchelen-Schipper in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, *Handboek Stichting en Vereniging*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 251 e.v.

³ www.cultuur-ondernemen.nl/governance-code-cultuur.

Een ander, vergelijkbaar, model dat in stichtingenland veel voorkomt is het AB/DB-model, met een algemeen bestuur (“**AB**”) en een dagelijks bestuur (“**DB**”). In sommige gevallen zijn de personen die deel uitmaken van het DB tevens lid van het AB, in andere situaties is dat niet het geval. Indien zowel de algemeen bestuurders als de dagelijks bestuurders deel uitmaken van één orgaan, bestuurt het AB meer op afstand en houdt het toezicht op het DB.

De genoemde modellen zijn slechts twee voorbeelden van de voorkomende modellen. Deze worden in de praktijk al ingericht als monistisch bestuursmodel of vertonen daarmee in ieder geval grote gelijkenis. Helaas wordt een en ander echter niet altijd goed uitgewerkt in sectorale wetgeving, governance codes of statuten. Het gebrek aan een wettelijke grondslag voor het monistisch bestuursmodel voor verenigingen en stichtingen zou hier weleens debet aan kunnen zijn.

Een wettelijke grondslag voor het monistisch bestuursmodel is derhalve ook voor stichtingen en verenigingen gewenst en kan de uitwerking in sectorale wetgeving, governance codes of statuten zeer wel ten goede komen. Het zou dan ook een gemiste kans zijn als ter gelegenheid van het Wetsvoorstel, dat toch al een verzameling is van regelingen van diverse aard, geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om het monistisch bestuursmodel te introduceren voor verenigingen en stichtingen.

Tegenstrijdig belangregeling voor alle rechtspersonen

Ik acht het een goede zaak dat er een uniforme tegenstrijdig belangregeling komt. Aangezien het voorgestelde artikel 2:9 lid 3 grotendeels overeenkomt met de huidige regeling voor de N.V. en de B.V., zal ik op dat artikel niet verder ingaan.

Wel verdienen de voorgestelde artikelen 2:291 lid 3 en 2:292a lid 5 nog een enkele opmerking. Vanwege het ontbreken van een algemene vergadering bij de stichting, is het lastig om een regeling te verzinnen voor de situatie waarin er geen toezichthoudend orgaan is of voor de situatie waarin alle leden van het toezichthoudend orgaan ook een tegenstrijdig belang hebben. Nu er voor de N.V. en de B.V. met invoering van de Wet bestuur en toezicht uitdrukkelijk voor is gekozen om de tegenstrijdig belangregeling vorm te geven als besluitvormingsregeling, zou het naar mijn mening onlogisch zijn geweest indien de keuze was gemaakt voor een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid, ondanks het feit dat dit in de literatuur wel is bepleit.⁴

Tegelijkertijd is het onduidelijk wat geldt indien het bestuur of het toezichthoudend orgaan zich niet houdt aan de wettelijke verplichting om de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vast te leggen. Indien een bestuurder handelt in strijd met het voorgestelde artikel 2:9 lid 3 maakt dat het betreffende besluit vernietigbaar op grond van artikel 2:15 lid 1 onder a BW. Met betrekking tot het voorgestelde artikel 2:291 lid 3 dat geldt voor de stichting, zou dat dezelfde sanctie moeten zijn. Daarnaast zal niet-naleving van de verplichting tot schriftelijke vastlegging kunnen leiden tot schending van wettelijke bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen. Dit wordt

⁴ Zie bijvoorbeeld de bijdrage van C.H.C. Overes in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman, *De stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: SDU Uitgevers 2011, p. 79.

aangemerkt als een ernstig verwijt met mogelijk bestuurdersaansprakelijkheid tot gevolg.⁵ Ik geef graag in overweging om een en ander duidelijk in de Memorie van Toelichting tot uitdrukking te brengen.

Volgens de Memorie van Toelichting houdt de bepaling dat statuten kunnen afwijken van de hoofdregel van schriftelijke vastlegging ook in dat kan worden opgenomen dat schriftelijke vastlegging achterwege kan blijven. Indien het zo is dat zonder nadere statutaire voorschriften niet-naleving van de schriftelijke vastlegging kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid, kan deze bestuurdersaansprakelijkheid eenvoudigweg worden voorkomen door de verplichting tot schriftelijke vastlegging in de statuten weg te schrijven. Ik verwacht dat stichtingen daar veelvuldig gebruik van zullen maken. Men kan zich afvragen of dit werkelijk de bedoeling van de wetgever is en of de regeling dan niet een dode letter wordt.

Daarnaast zou het goed zijn als de Memorie van Toelichting bevestigt dat het mogelijk is om bij of krachtens de statuten te bepalen wanneer er sprake is van tegenstrijdig belang.⁶

Wettelijke grondslag instelling toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen

Het is een goede ontwikkeling dat het Wetsvoorstel voorziet in de wettelijke grondslag van een toezichthoudend orgaan voor verenigingen en stichtingen.

Ten aanzien van de terminologie wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat de term toezichthoudend orgaan neutraal is en dat het alle organen omvat die toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en die de met hem verbonden organisatie en het bestuur met raad ter zijde staan. Statutenwijziging zou niet vereist zijn indien bijvoorbeeld de term raad van commissarissen of raad van toezicht al wordt gebruikt. Hieruit maak ik op dat stichtingen of verenigingen die een toezichthoudend orgaan hebben ingesteld of gaan instellen, de vrijheid hebben om de terminologie van dit orgaan zelf te bepalen, dit in afwijking van de regeling van de N.V. en de B.V. waar het toezichthoudend orgaan verplicht raad van commissarissen dient te heten.⁷ Omdat er bij gebruik van andere termen dan raad van commissarissen en raad van toezicht een grotere kans is dat er onzekerheid ontstaat ten aanzien van de vraag of een orgaan kwalificeert als toezichthoudend orgaan als omschreven in de wet wordt bedoeld en hoe ver de taak, bevoegdheden en aansprakelijkheid van dat orgaan reiken, pleit ik ervoor om slechts het gebruik van die twee termen toe te staan.

⁵ HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*). Naar mijn mening zou de rechtsregel uit dit arrest ook van toepassing zijn in het geval van schending van wettelijke bepalingen (zie ook J.B. Huizink, '4.5 Handelen in strijd met statutaire en wettelijke bepalingen bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 9', in: J.B. Huizink (red), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2010)).

⁶ Hoewel het uiteraard uiteindelijk wel de rechter is die, aan de hand van alle omstandigheden, zal vaststellen of er sprake is geweest van een tegenstrijdig belang.

⁷ G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 493.

Artikel 2:47 lid 3 Wetsvoorstel bepaalt dat het toezichthoudend orgaan bevoegd is iedere bestuurder te allen tijde te schorsen, tenzij bij de statuten anders is bepaald. Het lijkt mij juist dat het toezichthoudend orgaan op deze wijze kan ingrijpen in het bestuur. In het voorgestelde artikel is echter niet opgenomen dat de algemene vergadering van een vereniging te allen tijde de bevoegdheid heeft om de schorsing op te heffen. Voor de coöperatie (artikel 2:57 lid 3 BW), de N.V. (artikel 2:147 lid 2 BW) en de B.V. (artikel 2:257 lid 2 BW) bestaat een regeling van die strekking wel. Ik zie niet goed in waarom de algemene vergadering van een vereniging niet de bevoegdheid zou moeten hebben een schorsing op te heffen.

In artikel 2:47 lid 5 Wetsvoorstel staat dat de algemene vergadering de toezichthouders een bezoldiging kan toekennen, *tenzij de statuten anders bepalen*. Op pagina 19 van de Memorie van Toelichting wordt echter opgemerkt dat de algemene vergadering aan de leden van het toezichthoudend orgaan een bezoldiging kan toekennen, *indien de statuten dit toelaten*. Omdat in de Memorie van Toelichting vervolgens wordt verwezen naar de overeenkomstige bepalingen voor de coöperatie, de N.V. en de B.V., ga ik ervan uit dat er sprake is van een verschrijving in de Memorie van Toelichting en dat de wettekst niet anders kan worden begrepen dan dat het uitgangspunt is dat de bezoldiging door de algemene vergadering aan de leden van het toezichthoudend orgaan kan worden toegekend en dat een statutaire grondslag derhalve niet is vereist.

Voor de stichting is de regeling met betrekking tot bezoldiging van leden van het toezichthoudend orgaan anders; daar moeten de statuten de mogelijkheid tot bezoldiging expliciet opnemen (artikel 2:292a lid 6 Wetsvoorstel). Vanwege het ontbreken van een algemene vergadering bij de stichting is dat begrijpelijk. Op pagina 30 van de Memorie van Toelichting staat dat de statuten andere voorzieningen kunnen treffen, waaronder de mogelijkheid om de bevoegdheid tot toekenning van bezoldiging bij een derde neer te leggen. Zonder lezing van de toelichting is dat echter niet duidelijk. Ik beveel daarom aan om de mogelijkheid van statutaire afwijking uitdrukkelijk in de wet op te nemen.

Verder valt het op dat lid 7 van het voorgestelde artikel 2:47 aangeeft dat het bestuur het toezichthoudend orgaan de voor de uitoefening van diens taak *benodigde* gegevens verschaft, waar het voor de coöperatie (artikel 2:57 lid 8 BW), de N.V. (artikel 2:141 lid 1 BW) en de B.V. (artikel 2:251 lid 1 BW) gaat om de *noodzakelijke* gegevens. Aangezien de Memorie van Toelichting weer van noodzakelijke gegevens spreekt en aangeeft dat de bepaling gelijklopend is aan de bepalingen voor de coöperatie, de N.V. en de B.V., ga ik ervan uit dat er niet beoogd is om een onderscheid te maken. Ik adviseer om de terminologie te uniformeren.

In artikel 2:47a lid 1 Wetsvoorstel wordt artikel 2:37 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Daardoor worden de leden van het toezichthoudend orgaan in beginsel door en uit de leden van de vereniging benoemd. Hoewel dit in overeenstemming is met de bepaling over benoeming van commissarissen bij de coöperatie (artikel 2:57a BW), doorzie ik niet wat de achtergrond is van de hoofdregel dat toezichthouders uit de leden worden benoemd. Op grond van artikel 2:9a lid 1 Wetsvoorstel dienen toezichthouders zich te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden organisatie. Toezichthouders die ook lid zijn, hebben echter ook hun individuele belang uit hoofde van hun lidmaatschap. Er dient te worden voorkomen dat een

toezichthouder zijn individuele belang nastreeft in plaats van het belang van de rechtspersoon. Daarnaast worden van toezichthouders doorgaans, zeer terecht, bepaalde belangrijke kwaliteiten en competenties verwacht. Indien toezichthouders uit de leden dienen te worden benoemd, wordt de kans dat geschikte personen worden gevonden, wellicht verkleind.

Weliswaar is het mogelijk om toezichthouders ook buiten de leden te benoemen, maar de statuten zullen dit dan wel expliciet moeten bepalen. Mijns inziens zou het beter zijn om de regeling om te draaien. Het uitgangspunt wordt dan dat toezichthouders uit én buiten de leden kunnen worden benoemd. Hierop kan dan een uitzondering worden gemaakt door in de statuten te bepalen dat toezichthouders alleen uit de leden kunnen worden benoemd.

Het valt op dat de laatste zin van artikel 2:142/252 lid 3 BW, waarin staat opgenomen dat bij herbenoeming van een commissaris rekening wordt gehouden met de wijze waarop de kandidaat zijn taak als commissaris heeft vervuld, niet is opgenomen in artikel 2:47a lid 2 en artikel 2:292b Wetsvoorstel. Indien dit een bewuste keuze is geweest van de wetgever, doet hij er goed aan om dit toe te lichten.

Uniformering aansprakelijkheid

Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid is het goed dat er een regeling komt ten aanzien van aansprakelijkheid van toezichthouders in geval van onbehoorlijke taakvervulling.

Op pagina 6 van de Memorie van Toelichting wordt de vraag gesteld of het aansprakelijkheidsrisico in het bijzonder voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen niet te groot wordt en daardoor prohibitief werkt of leidt tot bange bestuurders of toezichthouders, met een verwijzing naar de oratie van hoogleraar Kroeze.⁸ Aangegeven wordt dat dat niet wordt verwacht of beoogd. Dat dit niet wordt beoogd, valt te begrijpen. Dat de verwachting er niet is dat bestuurders en toezichthouders vrezen voor aansprakelijkheid als gevolg van invoering van de wet, lijkt mij echter minder juist. In toenemende mate ontvang ik in de praktijk vragen ten aanzien van aansprakelijkheid. Niet zelden verlangen bestuurders en toezichthouders naast een dekking onder een aansprakelijkheidsverzekering een door de rechtspersoon af te geven vrijwaring.⁹ In de Memorie van Toelichting wordt, onder verwijzing naar de vaste jurisprudentie, nog eens toegelicht dat aansprakelijkheid pas aan de orde is indien sprake is van een ernstig verwijt en dat slechts een flagrante onbehoorlijkheid van de taakvervulling in aanmerking wordt genomen. Met name bij stichtingen en verenigingen waarvan toezichthouders onbezoldigd zijn of waarvan de bezoldiging gering is, zal alleen al het feit dat een aansprakelijkstelling in theorie mogelijk is, een afschrikkend effect kunnen hebben.¹⁰ Daarmee bedoel ik overigens niet aan te geven dat er geen wettelijke regeling dient te komen voor aansprakelijkheid van alle toezichthouders. Het is meer dat ik twijfel ik aan de

⁸ M.J. Kroeze, 'Bange bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2006/3.

⁹ Overigens valt over het werkelijke nut van een vrijwaring nog wel een en ander op te merken aangezien deze niet kan worden ingeroepen tegen een curator en men niets heeft aan een vrijwaring indien degene die de vrijwaring heeft verleend geen verhaal biedt.

¹⁰ Weliswaar wordt in de Memorie van Toelichting opgemerkt dat het feit dat de toezichthoudende taak onbezoldigd wordt verricht van belang kan zijn bij de weging van alle omstandigheden van het geval, maar aansprakelijkheid is hiermee niet uitgesloten.

juistheid van de stelling dat niet wordt verwacht dat het introduceren van de wet leidt tot bange toezichthouders.¹¹ Gebaseerd op ervaringen uit de praktijk, acht ik de kans groot dat een wettelijke regeling met betrekking tot aansprakelijkheid van toezichthouders een afschrikkend effect zal hebben. Dit leidt tot een reële kans dat het voor organisaties in toenemende mate moeilijk zal worden om geschikte toezichthouders te vinden, in het bijzonder indien het gaat om onbezoldigde posities.

Conclusie

Al met al meen ik dat het Wetsvoorstel zal leiden tot meer uniformering, duidelijkheid en rechtszekerheid. Uit deze reactie blijkt dat aan de uitvoering nog een en ander kan worden verbeterd, hetgeen hopelijk ook zal gebeuren.

¹¹ Zo is ook uit de vele literatuur die is verschenen bij invoering van het huidige artikel 2:216 lid 3 BW, waarin bestuurdersaansprakelijkheid voor niet-geoorloofde winstuitkeringen is gecodificeerd, gebleken dat een dergelijke wetwijziging tot veel commotie kan leiden.