



Reactie op het ambtelijk voorontwerp voor het wetsvoorstel
Bestuur en toezicht rechtspersonen

6 mei 2014

Aan:

Ministerie van Veiligheid en Justitie

Internetconsultatie voorontwerp Wet Bestuur en toezicht rechtspersonen

Van: Loyens & Loeff N.V.

Contact: mr. I.C.P. Groenland

1 Inleiding

- 1.1 Loyens & Loeff N.V. heeft met belangstelling en instemming kennisgenomen van het ambtelijk voorontwerp van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (“voorontwerp”). Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid om op het voorontwerp te reageren.
- 1.2 Wij ondersteunen van harte de gemaakte keuze om de voorschriften omtrent taakverdeling, tegenstrijdig belang en aansprakelijkheid bij de diverse rechtspersonen naar Nederlands recht verder te harmoniseren.
- 1.3 In het licht van aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders hebben wij wel enige zorg over de toepassing van de voorgestelde regels. Met name door de werking van de wettelijke bewijsvermoedens, maar ook door de formulering van een dwingendrechtelijke tegenstrijdig belang regeling die wordt gerelateerd aan het nieuwe begrip ‘het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie’, vrezen wij dat bestuurders en toezichthouders van in het bijzonder kleine en niet-commerciële verenigingen en stichtingen en hun beleidsbepalers, alsmede de bestuurders van informele verenigingen, onevenredig in de wind komen te staan. Dit terwijl zij hun werk vaak onbezoldigd verrichten en het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering niet altijd tot de (reële) mogelijkheden behoort.
- 1.4 Wij menen dat in ieder geval de toepasselijkheid van wettelijke bewijsvermoedens uit het voorgestelde artikel 106a Fw zou moeten worden beperkt. Voor het overige menen wij dat aan de meeste bezwaren die wij signaleren tegemoet kan worden gekomen door meer maatwerk toe te laten en de memorie van toelichting te verduidelijken. Ook zal uniformiteit kunnen worden bevorderd door het uitdrukkelijk in de wet opnemen van regels omtrent taakverdeling, monistisch bestuur, ontstentenis of belet bij de vereniging en/of de stichting en de raadgevende stem van bestuurders bij de vereniging. Daartoe doen wij hieronder enige suggesties met betrekking tot de onderwerpen aansprakelijkheid, tegenstrijdig belang, toezichthoudend orgaan, de verruiming van de ontslagbevoegdheid van de bestuurders en toezichthouders bij stichtingen, het enquêterecht en de verhouding tot sectorspecifieke governance codes. Wij zullen deze onderwerpen hierna elk afzonderlijk behandelen.

2 Aansprakelijkheid

2.1 Inleiding

Als gevolg van de voorgestelde wijzigingen zal het aansprakelijkheidsregime dat thans van toepassing is op bestuurders en commissarissen van BV's en NV's eveneens gaan gelden voor stichtingen en verenigingen, ongeacht of deze al dan niet ‘commercieel’ zijn. Meer concreet verruimt het voorontwerp het toepassingsbereik van de volgende drie aansprakelijkheidsgronden:

- 2.1.1 de aansprakelijkheidsmaatstaf van artikel 2:9 BW (dat interne aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling regelt). Deze aansprakelijkheidsmaatstaf, die op grond van het huidige recht reeds van toepassing is op bestuurders van stichtingen en verenigingen, zal op grond van het nieuwe artikel 2:9a BW ook van toepassing zijn op toezichthouders van stichtingen en verenigingen;

2.1.2 artikel 2:138/248 BW (dat grond geeft om de bestuurders en (via de schakelbepalingen in artikel 2:149/259 BW) commissarissen persoonlijk aansprakelijk te stellen voor kennelijk onbehoorlijke taakvervulling in geval van faillissement van de NV/BV). De in dit wetsartikel opgenomen aansprakelijkheidsregeling zal, anders dan thans het geval is, ook van toepassing worden op bestuurders, toezichthouders en beleidsbepalers van stichtingen en verenigingen die niet zijn onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting (hierna: niet-commerciële stichtingen en verenigingen);

2.1.3 artikel 2:139 BW (dat de aansprakelijkheid voor misleidende cijfers regelt). Dit wetsartikel zal op grond van het voorontwerp (i) ook van toepassing zijn op bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële stichtingen en verenigingen; en (ii) ook van toepassing zijn buiten een faillissement van die stichtingen of verenigingen.

2.2 *Uitgangspunt uniformering akkoord*

Wij stellen voorop dat wij de wens van de wetgever steunen om de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van de verschillende rechtspersonen te uniformeren. Op dit punt biedt de beoogde wetwijziging gelegenheid tot vergroting van de rechtszekerheid en verbetering van de wetssystematiek.

2.3 *Risico op “bange” bestuurders en toezichthouders*

Wel vragen wij ons af of de wetgever de positie van de bestuurders, toezichthouders en beleidsbepalers van stichtingen en verenigingen voldoende in ogenschouw neemt. Zeker waar het niet-commerciële (kleine) verenigingen en stichtingen betreft, waarvan de bestuurders en toezichthouders veelal onbezoldigd zullen zijn, moet ons inziens worden gewaakt voor een te grote uitbreiding van het aansprakelijkheidsrisico. Het bezwaar dat het aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders en toezichthouders van (niet-commerciële) stichtingen en verenigingen te groot wordt (en daardoor prohibitief werkt of tot “bange” bestuurders en toezichthouders leidt), wordt in de ontwerp memorie van toelichting (pagina 7) – naar onze mening – te gemakkelijk van de hand gewezen. Daarbij zouden wij graag zien dat de positie van eventuele beleidsbepalers nader wordt belicht. Wij menen dat in ieder geval bij de vereniging en stichting niet te snel aangenomen zou moeten worden dat sprake is van feitelijk beleidsbepalers. Ook wordt er naar onze mening ten onrechte geen aandacht geschonken aan het feit dat het voor een niet-commerciële stichting of vereniging, bijvoorbeeld een ‘goede doelen’ organisatie, vaak financieel (c.q. fiscaal in geval van een ANBI-status of in het kader van de zogenaamde CBF-toets) onhaalbaar of lastig zal zijn om ten behoeve van haar bestuurders en toezichthouders een toereikende bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten om risico’s af te dekken.

2.4 *Gevaar dat wettelijke bewijsvermoedens leiden tot disproportionele risico’s*

Wij vrezen dat met name de onverkorte toepassing van de in artikel 2:138/248 BW opgenomen bewijsvermoedens op niet-commerciële stichtingen en verenigingen in de praktijk disproportioneel zware gevolgen meebrengt, zeker waar het gaat om onbezoldigde bestuurders en toezichthouders. Toepassing van genoemde bewijsvermoedens brengt immers mee dat, als de verplichtingen van het bestuur ex artikel 2:10 BW of 2:394 BW (de administratieplicht en de

publicatieplicht) zijn geschonden, onweerlegbaar vaststaat dat er sprake is van een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Daarnaast wordt in deze situatie vermoed dat het faillissement het gevolg is van de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Het is dan aan de bestuurders en toezichthouders om aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden het faillissement hebben veroorzaakt, hetgeen vaak niet eenvoudig is. In de praktijk resulteert met name de toepassing van deze bewijsvermoedens erin dat bestuurders en toezichthouders vergaande aansprakelijkheidsrisico's lopen in geval van faillissement. Daarbij nemen wij tevens in aanmerking dat deze vorm van aansprakelijkheid in beginsel betrekking heeft op het volledige tekort in de boedel (in plaats van aansprakelijkheid voor schade die (aantoonbaar) door de onbehoorlijke taakvervulling wordt veroorzaakt). Ook hier heeft de curator derhalve een (bewijs)voordeel ten opzichte van de bestuurders en toezichthouders.

2.5 *Samenhang met aangekondigde publicatieplicht stichtingen*

Wij zijn ons ervan bewust dat het meest controversiële bewijsvermoeden – te weten het bewijsvermoeden dat in werking treedt ingeval van schending van de publicatieplicht – niet aanstonds zal kunnen worden toegepast op stichtingen en verenigingen, nu deze (vooralsnog) niet gebonden zijn aan de in artikel 2:394 (lid 3) BW neergelegde publicatieplicht. Gewezen wordt echter op het aangekondigde wetsvoorstel voor de publicatieplicht voor stichtingen.¹ Het is kennelijk nog steeds de bedoeling dat bij dat wetsvoorstel – dat per 1 juli 2015 in werking zou moeten treden – stichtingen op grond van een nieuw in te voeren artikel 2:299b BW worden verplicht tot publicatie van de balans en de staat van baten en lasten (die zij opmaken ex artikel 2:10 lid 2 BW). Hoewel het voorgestelde artikel 106a Fw verwijst naar de verplichtingen van het bestuur ex artikel 2:10 BW en 2:394 BW kan de publicatieplicht voor stichtingen de curator uitnodigen tot het innemen van de positie dat artikel 106a lid 2 Fw naar analogie moet worden toegepast op de verplichting van het bestuur van een stichting op grond van (voorgesteld) artikel 2:299b BW. Dit achten wij ongewenst.

2.6 *Bewijsvermoedens beperken tot commerciële stichtingen en verenigingen?*

Gezien het voorgaande zouden wij willen voorstellen om de toepasselijkheid van de bewijsvermoedens (thans opgenomen in artikel 2:138/248 lid 2 BW) te beperken tot bestuurders en toezichthouders van commerciële stichtingen en verenigingen. Om te bepalen of sprake is van een commerciële stichting zou kunnen worden aangeknoopt bij een van de volgende criteria (i) het omzet-criterium van artikel 2:360 lid 3 BW; (ii) het criterium dat is opgenomen in artikel 2:344 onder b BW (als gevolg waarvan de enquête-regeling alleen van toepassing is op stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden waarvoor een ondernemingsraad moet worden ingesteld); of (iii) het in artikel 2:50a/2:300a BW opgenomen criterium waarin (mede) bepalend is of de stichting c.q. vereniging aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. Wij merken in dit kader volledigheidshalve op dat er op dat vlak behoefte bestaat aan uniformering van de criteria.

2.7 *Onbezoldigde bestuurders*

¹ Zie internetconsultatie 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op de Economische Delicten in verband met het openbaar maken van de balans en de staat van baten en lasten door stichtingen' http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen en <http://www.antwoordvoorbedrijven.nl/wetswijziging/publicatieplicht-balans-staat-baten-lasten>.

In de ontwerp memorie van toelichting (pagina 7) wordt aangegeven dat bij beoordeling van de vraag naar aansprakelijkheid van belang kan zijn dat het gaat om een bestuurder of toezichthouder die zijn werk onbezoldigd deed. Daarbij wordt verwezen naar een tweetal uitspraken, waaronder de uitspraak van de Rechtbank Arnhem 23 april 2008, RO 2008/54). De rechtbank gaat daarin echter (kort gezegd) juist voorbij aan het feit dat de bestuurders van de betreffende vereniging onbezoldigd waren. Wat hier verder ook van zij, wij delen de visie dat de vraag of een bestuurder of toezichthouder zijn taak onbezoldigd verricht een (niet geringe) rol dient te spelen in een aansprakelijkheidsprocedure. De vraag is echter op welke manier. Onzes inziens zou het feit dat een bestuurder of toezichthouder geen, althans slechts een geringe, bezoldiging heeft ontvangen een rol kunnen spelen bij:

- (i) een beroep op matiging². Wij zouden daarom willen voorstellen dat aan lid 4 van het voorgestelde artikel 106a Fw wordt toegevoegd dat de hoogte van de bezoldiging c.q. de omstandigheid of de bestuurder zijn functie onbezoldigd verricht tevens een omstandigheid vormt op grond waarvan de rechter het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder kan verminderen;

maar mogelijk zelfs bij

- (ii) de omstandigheden van het geval die meewegen bij het bepalen of de bestuurder of toezichthouder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. De afwezigheid van een beloning kan (en zal) immers van invloed zijn op de mate van inzet en beschikbaarheid die realiter van een bestuurder of toezichthouder mogen worden verwacht, hetgeen aan de kwalificatie ernstig verwijt in de weg kan staan.³ Wij zouden graag zien dat dit in heldere bewoordingen wordt opgenomen in het voorontwerp (wat ons betreft is de huidige concept tekst onvoldoende duidelijk op dit punt).

2.8 *Informele vereniging*

In het voorontwerp wordt geen aandacht geschonken aan de positie van een informele vereniging. Wij gaan er dan ook van uit dat het voorontwerp tevens van toepassing is op de informele vereniging. Dit betekent dat de voorgestelde uitbreidingen van de aansprakelijkheidsgronden ook van toepassing zijn op bestuurders en toezichthouders van informele verenigingen. Van belang hierbij is dat artikel 2:30 BW reeds een eigen aansprakelijkheidsregeling kent, op grond waarvan bestuurders van een informele vereniging hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden van de informele vereniging. Indien bestuurders en toezichthouders van informele verenigingen, naast het aansprakelijkheidsrisico dat artikel 2:30 BW met zich meebrengt, ook nog worden blootgesteld aan de aansprakelijkheidsrisico's waarop het voorontwerp betrekking heeft, lopen zij, in verhouding tot bestuurders en toezichthouders van andere rechtspersonen, een onevenredig groot aansprakelijkheidsrisico. Dit achten wij niet gewenst. Wij zouden de wetgever in overweging willen geven in de wettekst, althans in ieder geval in de memorie van toelichting, expliciet te vermelden dat de daarin opgenomen uitbreiding van aansprakelijkheid voor

² Zie wenk bij Rechtbank Arnhem 23 april 2008, RO 2008/54 en de annotatie van Wezeman bij Hof Amsterdam 21 september 2010 RO 2010/80 en JOR 2011/40.

³ Zie bijvoorbeeld A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', OR 2009/40.

bestuurders van stichtingen en verenigingen niet van toepassing is op bestuurders en toezichthouders van informele verenigingen.

3 Tegenstrijdig belang

3.1 *Uniforme intern werkende basis voor besluitvorming bij tegenstrijdig belang gewenst*

De wens tot het uniformeren van de regels voor het tegenstrijdig belang is vanuit wetsystematische overwegingen begrijpelijk. Daarbij is het logisch en gewenst, na het afschaffen van de externe werking van de tegenstrijdig belang regeling voor de NV en de BV, ook voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij de externe werking van de tegenstrijdig belangregeling af te schaffen. De discussie in de literatuur over de gevolgen van een tegenstrijdig belang van bestuurders en toezichthouders bij een stichting geeft aan dat ook daar behoefte aan een wettelijk kader bestaat.

3.2 *Bij invulling tegenstrijdig belang begrip verschillen per rechtspersoon*

Het neerleggen van een uniforme regeling moet echter niet leiden tot de aanname dat de concrete invulling wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang voor alle rechtspersonen langs dezelfde richtsnoeren geschiedt. De vereniging en de stichting zijn rechtsvormen met een geheel ander karakter dan de NV en de BV. Voor de vereniging en stichting die een onderneming voeren, en voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, zijn weliswaar parallellen te trekken met de NV en BV, doch dit geldt zeker niet voor de niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Bij toepassing van de tegenstrijdig belang regeling is het van groot belang dat rekening wordt gehouden met de verschillende kenmerken van de onderscheiden rechtsvormen en, binnen die rechtsvormen, de verschillende toepassingen.

3.3 *Belang van toetsbaarheid van besluitvorming*

Wanneer bij een rechtspersoon een persoonlijk belangenconflict optreedt tussen zijn bestuurders of toezichthouders enerzijds en de rechtspersoon anderzijds is het van belang dat de rechtspersoon wordt beschermd tegen de potentieel schadelijke gevolgen in het bijzonder indien de betreffende bestuurder of toezichthouder zijn/haar belang laat prevaleren boven dat van de rechtspersoon. Daarbij is het niet alleen van belang dat aandacht wordt gegeven aan de bescherming van de rechtspersoon wanneer concrete schade ontstaat (in welk geval mogelijk een schadevergoeding zal kunnen worden gevorderd) maar ook dat het handelen van de functionarissen in de rechtspersoon toetsbaar is.

3.4 *Reglementen en gedragscodes*

Om (interne) toetsing van het handelen van dergelijke functionarissen mogelijk te maken, komt het regelmatig voor dat rechtspersonen, al dan niet op basis van toepasselijke gedragscodes, regels opgesteld hebben die zich richten op het waarborgen van transparantie in de besluitvorming. Deze voorschriften variëren in inhoud, maar komen in veel gevallen neer op de verplichting om een (persoonlijk) belangenconflict te melden bij de voorzitter van het toezichthoudende orgaan en/of de medebestuurders. Indien het conflicterend belang van materiële betekenis is voor de rechtspersoon en/of de betreffende functionaris wordt van de functionaris verlangd dat deze zich onthoudt van

deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Afhankelijk van de aard van de rechtspersoon en zijn activiteiten kan het bovendien van belang zijn dat niet alleen aandacht wordt besteed aan de besluitvorming door het betreffende orgaan, maar dat meer in het algemeen iedere schijn van belangenverstremgeling wordt vermeden. Reglementen en gedragscodes voorzien daarom vaak ook in definities van rechtshandelingen die de betreffende functionarissen niet mogen verrichten als wederpartij van de rechtspersoon c.q. onverenigbare betrekkingen en voorschriften om rechtshandelingen waar een tegenstrijdig belang speelt at arms' length condities aan te gaan. Deze regels voorzien dan in een meer concrete aanduiding van de gevallen waarin de regeling toepassing vindt. Het naast elkaar bestaan van meer algemene "soft law" en dwingendrechtelijke regels leidt tot (zeker voor een niet-jurist) niet altijd eenvoudig te doorgronden overlappingsen.

3.5 *Beperkingen van de tegenstrijdig belangregeling voor de NV en BV*

In de thans in de wet opgenomen regeling voor besluitvorming bij tegenstrijdig belang binnen het bestuur en de raad van commissarissen van een NV of BV is van deze regelingen slechts één component geregeld. Dit betreft de verplichting van een functionaris om zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming indien sprake is van een direct of indirect persoonlijk belang dat strijdig is met dat van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Bescherming van de rechtspersoon tegen de mogelijke schadelijke gevolgen van belangenverstremgeling in het algemeen biedt de voorgestelde wettekst niet. De keuze om geen dwingendrechtelijke regeling op te nemen voor andere gevallen van tegenstrijdig belang of potentiële belangenconflicten is naar onze mening zeer terecht. In de praktijk blijkt echter dat toepassing van de – per 1 januari 2013 ingevoerde – regeling bij de NV en de BV nieuwe onduidelijkheden met zich mee brengt. Door de regeling op gelijke wijze in te voeren voor alle rechtsvormen, wordt deze onduidelijkheid naar onze mening onnodig versterkt. Daarbij komt dat naar onze mening, in ieder geval voor de (niet-commerciële) vereniging en stichting (nu deze geen leden heeft), behoefte bestaat aan de mogelijkheid tot maatwerk.

De bestaande onduidelijkheid over de toepassing van de tegenstrijdig belangregeling voor de NV en de BV houdt in het bijzonder verband met zowel het begrip vennootschappelijk belang als de invulling van het begrip direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang.

3.6 *Belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie*

De verbinding van de tegenstrijdig belangregeling aan het begrip belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, maakt dat de toepassing van de tegenstrijdig belangregeling mede afhankelijk is van de in de vakliteratuur en jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerde discussie over de inhoud van het begrip vennootschappelijk belang, welk begrip ook een rol speelt als leidraad voor bestuur en toezichthouders in zijn algemeenheid en als begrenzing voor het instructierecht voor organen.⁴ De aanpassing van de in artikel 2:129/239 lid 5 BW gehanteerde formulering naar de voorgestelde tekst "het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie" zal, alleen al omdat de begrippen 'organisatie' en 'onderneming' in het

⁴ Zie onder meer M.M. Mendel en W.J. Oostwouder 'Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad', NJB 2013/1776 en W.J. Slagter (Bew. B.F Assink), Compendium Ondernemingsrecht (9e druk, 2013), paragraaf 51.5.

rechtsverkeer niet uitwisselbaar zijn mogelijk tot verdere verwarring kunnen leiden voor de NV en de BV. Wij betwijfelen of de vermelding in de concept memorie van toelichting dat geen wijziging is beoogd, dit risico voldoende wegneemt.

Daarbij komt dat bij de vereniging en stichting het begrip “belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie” nieuwe vragen oproept. Door in de formulering de rechtspersoon en de verbonden organisatie nevenschikkend op te nemen, wordt, in ieder geval tekstueel, de suggestie gewekt dat het belang van een vereniging of een stichting die zich ten doel stelt de ondersteuning van een andere rechtspersoon (bijvoorbeeld de vereniging vrienden van orkest X of een steunstichting voor een ANBI of SBBI) zich niet alleen in het licht van haar eigen doelstelling en activiteiten, maar ook rechtstreeks dient te richten naar het belang van de te ondersteunen rechtspersoon in algemene zin.

Ook voor een stichting administratiekantoor bij (in Nederland zeer vaak toegepaste) certificeringen kan de duiding van het begrip verbonden organisatie tot onduidelijkheid leiden. Doorgaans geven de statuten van een stichting administratiekantoor richting voor de toepasselijke normstelling in de doelomschrijving. Wanneer in de wet is opgenomen dat het bestuur van de stichting zich (mede) dient te richten naar het belang van de verbonden organisatie, rijst voor het bestuur van de stichting administratiekantoor de vraag of dit betreft de eigen organisatie van de stichting, de certificaathouders of juist de vennootschap in welke de aandelen gehouden worden. Ook vragen wij ons af hoe dit wettelijk voorschrift zich verhoudt tot de inhoud van de statutaire doelomschrijving die immers zeer specifiek op de belangen van de certificaathouders zal kunnen zijn gericht. Wij vrezen dat de betreffende statutaire bepaling in strijd zal kunnen blijken met voorgestelde wetteksten en daardoor in strijd met dwingend recht. Meer vrijheid van inrichting lijkt ons gewenst.

3.7 *Direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang*

Daarnaast bestaat in de praktijk onduidelijkheid over de concrete invulling van het begrip direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang (artikel 2:129/239 lid 6 BW). De aansluiting bij het Bruil criterium⁵ blijkt in de praktijk onvoldoende handvat te geven. Daarbij komt dat het begrip niet aansluit bij de definities uit de diverse toepasselijke governance codes (zie bijvoorbeeld Best practice bepaling II.3.2 uit de Corporate Governance Code) dat onder een tegenstrijdig belang bijvoorbeeld mede rekent een kwalitatief tegenstrijdig belang. De praktijk zou er bij gebaat kunnen zijn indien het mogelijk is om het begrip tegenstrijdig belang nader in te vullen op een wijze die voor de betreffende rechtspersoon passend is. Een nadere invulling in statuten of een reglement is weliswaar thans ook mogelijk (bijvoorbeeld het belang van het concern), maar vanwege het dwingendrechtelijk karakter van de regeling zal een rechter bij toetsing achteraf niet aan een dergelijke regeling gebonden zijn.

Voor de NV en de BV geldt bovendien dat door de koppeling van de regeling aan de normering van artikel 2:129/239 lid 5 BW, niet duidelijk is of de regeling ook van toepassing is indien de besluitvormende taak van het bestuur niet in de context van bewaking van het vennootschappelijk belang is gegeven. Dit kan

⁵ Zie HR 29 juni 2007, NJ 2007, 420.

het geval zijn bij de toepassing van de uitkeringstest⁶, en in de gevallen waarin bij de statuten bevoegdheden aan het bestuur zijn toegekend om meer praktische redenen, zoals zich voor kan doen bij delegatie van de emissiebevoegdheid, goedkeuring van aandelenoverdracht op grond van een blokkeringsregeling, een bestuursbesluit tot fusie of bij het gebruikmaken van een onherroepelijke volmacht tot overdracht van de aandelen op basis van artikel 2:192 lid 5 BW. De onduidelijkheden bij de invulling van het tegenstrijdig belang begrip lijken beperkt, maar leiden vooral tot problemen als door de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang positie van alle bestuurders/commissarissen besluiten achteraf ongeldig blijken omdat de besluitvormende bevoegdheid in dat geval krachtens de wet is over gegaan naar een ander orgaan.

3.8 *Meer ruimte voor maatwerk gewenst*

Wij menen dan ook dat de voorgestelde tegenstrijdig belangregeling, bij voorkeur voor alle rechtspersonen, maar in ieder geval voor de vereniging en stichting meer ruimte voor flexibiliteit en maatwerk zou moeten bieden. De mogelijkheid van maatwerk is naar onze mening van belang voor de vereniging en stichting waarbij behoefte bestaat aan zowel een meer gedifferentieerde regeling ter voorkoming van (schijn van) belangenverstremming en conflicterende rechtshandelingen als een nadere, op de rechtspersoon toegesneden, definitie van conflicterende posities en de daarbij gewenste waarborgen voor zorgvuldige besluitvorming en toetsbaarheid.

Dit is te meer van belang omdat (ook onbewuste) overschrijding van de wettelijke voorschriften bij tegenstrijdig belang, leidt tot een verhoogd risico van persoonlijke aansprakelijkheid voor de betreffende functionarissen en voor hen (ook intuïtief, en zonder daarvoor juridisch advies in te hoeven winnen) duidelijk moet zijn wanneer dit risico bestaat.

Wij stellen dan ook voor in het voorgestelde artikel 9 lid 3 de zinsnede “tenzij de wet of de statuten anders bepalen” te vervangen door “tenzij de wet anders bepaalt. Bij of krachtens de statuten kan van het bepaalde in dit lid worden afgeweken.” De zinsnede “, tenzij de statuten anders bepalen” in het voorgestelde artikel 291 lid 3 zou dan kunnen luiden: “. Bij of krachtens de statuten kan van het bepaalde in dit lid worden afgeweken.”

4 Toezichthoudend orgaan

4.1 *Gekozen terminologie*

Wij stemmen graag in met de keuze om het begrip “toezichthoudend orgaan” te gebruiken (artikel 9a jº artikel 47 en artikel 192a) inzake de norm die de leden daarvan bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen. Een uniform begrip is beter dan diverse termen, zoals raad van commissarissen of raad van toezicht die in de praktijk gebruikt worden. In de praktijk komt immers ook een veelheid aan organen en benamingen voor bij stichtingen en verenigingen, zoals college van curatoren, college van advies, raad van advies, raad van toezicht, raad van commissarissen en dergelijke. Niet in al deze gevallen wordt met een dergelijk orgaan beoogd hetgeen de wetgever zich thans voorstelt bij een toezichthoudend orgaan, dat wil zeggen een orgaan dat toezicht houdt op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon

⁶ Zie B.C. Cornelisse, 'Tegenstrijdig belang en de uitkeringstest', TvOB 2013-6.

en de met hem verbonden organisatie en het bestuur met raad terzijde staat. Meer duidelijkheid lijkt echter toch nog gewenst, mede gezien het richtsnoer waaraan het orgaan zich moet houden en de eventuele aansprakelijkheid die daarvan het gevolg is. Hoe moeten wij bijvoorbeeld omgaan met een raad van advies die daarnaast ook een of meer statutaire (instemmings- of goedkeurings-) bevoegdheden heeft gekregen met betrekking tot de interne ordening van de rechtspersoon. Is dit een toezichthoudend orgaan of is hiervan alleen sprake als de statutaire taakomschrijving gelijk is aan de wettelijke omschrijving?

4.2 *Monistisch bestuur*

Per 1 januari 2013 is voor NV's en BV's de monistische bestuursstructuur in de wet verankerd. Gezien het op 1 juli 2013 gepubliceerd ambtelijk voorontwerp van de wet voor een vergelijkbare regeling voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, is het voor de hand liggend dat ook voor deze rechtsvormen een monistisch bestuursmodel wordt gecreëerd. Wij vragen ons af waarom thans niet ook gebruik gemaakt wordt van de gelegenheid deze bestuursstructuur voor verenigingen en stichtingen in de wet te regelen. In de praktijk wordt immers zeer regelmatig gebruik gemaakt van de one-tier board, bijvoorbeeld indien zowel algemene als dagelijkse bestuurders in een orgaan zitting hebben. Ook sectorale wetgeving en codes bieden veelal de keuze tussen een dualistisch en een monistisch bestuursmodel. Omdat de uitwerking in dergelijke sectorale wet- en regelgeving niet altijd duidelijk en consequent is, menen wij dat, los van de algehele behoefte aan de monistische bestuursstructuur bij stichtingen en verenigingen, het voorontwerp in dit model zou moeten voorzien. Artikel 2:9 leden 1 en 2 bieden in ieder geval reeds de basis voor het monistisch bestuursmodel.

4.3 *Taakverdeling*

In aansluiting op het vorenstaande vragen wij ons af waarom niet, vergelijkbaar met de huidige regeling voor de NV en de BV⁷, in het voorgestelde artikel 9a de mogelijkheid tot het verdelen van een taak binnen het toezichthoudend orgaan, en de daaruit voortvloeiende mogelijkheid tot disculpatie, is geregeld voor het toezichthoudend orgaan. Ook binnen een toezichthoudend orgaan worden immers in de praktijk taken verdeeld, al dan niet op grond van codes, sectorale wetgeving en reglementen.

4.4 *Ontstentenis en belet*

Op grond van artikel 2:134/244 lid 4 BW moeten de statuten van een NV en een BV voorschriften bevatten omtrent de wijze, waarop in het bestuur van de vennootschap voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. De NV en de BV dienen daartoe een statutaire regeling te hebben waaruit blijkt wie tijdelijk met de bestuurstaak is belast, of wel een regeling waarin er een orgaan wordt aangewezen dat daartoe iemand kan aanwijzen. Aan deze wettelijke voorziening is ook behoefte bij de stichting en de vereniging, met name de stichting waarbij het bestuur slechts uit één orgaan met een bestuurder kan bestaan. In de praktijk is er behoefte aan een of meer plaatsvervangend bestuurders (of toezichthouders) bij de stichting of de vereniging en wij zouden het ook van harte toejuichen indien het voorontwerp hierin zou voorzien op vergelijkbare wijze als voor de NV of de BV.

⁷ Artikel 2:149/259 jo 2:9 BW.

4.5 *Raadgevende stem*

Bestuurders en commissarissen hebben op grond van artikel 2:117/227 lid 7 BW een raadgevende stem in de algemene vergadering. Deze bepaling is van dwingend recht. De ratio achter deze bepaling is dat bestuurders en toezichthouders door het geven van hun visie de vergadergerechtigden adequaat informeren over de gevolgen van bepaalde besluiten. Wij zien niet in waarom deze belangrijke bepaling (van dwingend recht bij de NV en de BV) niet ook van toepassing is bij de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij.

4.6 *Bij aanbeveling of voordracht te vermelden gegevens*

Wij ondersteunen de benoemingsregeling voor leden van het toezichthoudend orgaan voor de vereniging en de stichting (artikelen 2:47a lid 2 en 292 b BW). Denkbaar is dat deze regeling wat meer aansluit op de bepalingen van governance codes en sectorale regelgeving. De ontwerp memorie van toelichting geeft aan dat de bepaling van regelend recht is, doch daarvan blijkt niet uit de tekst van het voorontwerp. Dit zou verduidelijkt moeten worden in de betreffende tekst.

5 Uitbreiding mogelijkheid tot ontslag van stichtingsbestuurder

5.1 *Uitbreiding mogelijkheid tot ontslag door de rechter gewenst*

De huidige criteria voor het ontslag van bestuurders zijn veel te beperkt en leiden tot problematische situaties bij stichtingen waarvan de statuten niet de mogelijkheid bieden om slecht functionerende bestuurders te ontslaan. Wij juichen de uitbreiding van de gronden voor ontslag van bestuurders van stichtingen dan ook toe. Ook staan wij achter de keuze om ontslag door de rechtbank van leden van het toezichthoudend orgaan van een stichting op verzoek van het OM of een belanghebbende op basis van de te verruimen criteria toe te staan.

5.2 *Mogelijkheid tot aanstelling van tijdelijke bestuurders*

Wel achten wij het gewenst dat de bevoegdheid tot tijdelijke benoeming van bestuurders van stichtingen, zoals deze is vormgegeven in de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 18 februari 2010, NJ 2010, 296, Dr. A. Fuldauerstichting) expliciet in de wet of in ieder geval de memorie van toelichting wordt opgenomen en tevens wordt vermeld dat de rechtbank de bevoegdheid heeft tot tijdelijke benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan bij een stichting.

5.3 *Bestuursverbod artikel 2:298 lid 3 BW*

Bij de verruiming van de ontslagcriteria is merkwaardig genoeg geen aandacht besteed aan de (handhaving van de) in artikel 298 lid 3 BW opgenomen sanctie van het bestuursverbod van vijf jaar voor de door rechtbank ontslagen bestuurder. Deze sanctie is wellicht nog wel te rechtvaardigen bij ontslag wegens wanbeheer en misschien ook nog wel (afhankelijk van de ernst van het vergrijp) voor niet (behoorlijk) voldoen aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank gegeven bevel. Dit geldt zeker niet voor alle bestuurders die op basis van de te verruimen criteria zullen worden ontslagen. Niet iedere bestuurder die het belang van een stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurschap in redelijkheid niet kan worden gevergd, is dermate ongeschikt

als bestuurder van stichtingen dat hij/zij een bestuursverbod van vijf jaar opgelegd moet krijgen. Dit geldt temeer nu volgens de ontwerp memorie van toelichting (pagina 34) ook een enkele gedraging of omissie van een bestuurder kan leiden tot de conclusie dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid kan worden geduld. Dit moge onder bepaalde omstandigheden de juiste conclusie zijn maar dit zou toch niet zonder meer tot een bestuursverbod van vijf jaar voor de betrokken bestuurder mogen leiden. Wij bepleiten dan ook lid 3 van artikel 2:298 BW (ten minste) zodanig aan te passen dat de rechter de bevoegdheid maar niet de verplichting heeft om een bestuursverbod op te leggen, zodat dit niet langer een automatisch gevolg is van het ontslag door de rechter.

Voorts wordt niet duidelijk of het voorgestelde lid 6 van artikel 2:298 BW dat (ook) lid 3 van dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaart op de leden van het toezichthoudend orgaan, er toe zal leiden dat het bestuursverbod (of een toezichtverbod?) ook zal gelden voor door de rechtbank ontslagen leden van het toezichthoudend orgaan.

Wij wijzen er ten slotte op dat in de ontwerp memorie van toelichting geen aandacht wordt besteed aan de relatie tussen het aan de Raad van State voorgelegde voorstel van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod⁸ en het reeds bestaande civielrechtelijk bestuursverbod van artikel 298 lid 3 BW. Waarom moet de sanctie van het bestuursverbod voor een bestuurder van een stichting sneller worden opgelegd dan voor bestuurders van andere rechtspersonen? Waarom kan een door de rechtbank ontslagen bestuurder van een stichting vijf jaar geen bestuurder van een stichting meer worden maar wel bestuurder van een andere rechtspersoon?

6 Enquêterecht

Buiten het geval van art. 2:344 onder b BW is het wettelijk enquêterecht niet van toepassing op stichtingen en verenigingen. Het voorontwerp voorziet niet in een wijziging van de toepasselijkheid van het enquêterecht. Dat betekent dat slechts diegenen bevoegd zijn tot het indienen van een enquêteverzoek, aan wie bij de statuten de bevoegdheid is toegekend. Sectorspecifieke regelgeving kan bepalen dat het enquêterecht dient te worden opengesteld voor bepaalde derden-belanghebbenden. In de artikelen 2:297 en 2:298 BW is een regeling opgenomen die volgens de wetgever tot hetzelfde doel leidt.⁹ In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt uitgegaan van analoge toepassing van de regeling van het enquêterecht op art. 2:298 BW.¹⁰ In de praktijk blijkt echter de rechter zeer terughoudend om te gaan met deze bevoegdheden.

Wij geven in overweging nader te bezien of de mogelijkheid om het beleid en de gang van zaken in een vereniging of stichting te laten onderzoeken op last van de gewone burgerlijke rechter of de Ondernemingskamer. Daarbij kan ook worden betrokken de mogelijkheid tot het opleggen van voorlopige voorzieningen waaronder het aanstellen van tijdelijke bestuurders en/of voorzieningen met betrekking tot de leden van het toezichthoudend orgaan.

⁸ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2013/11/05/wetsvoorstel-civilrechtelijk-bestuursverbod>.

⁹ Kamerstukken II 1972/73, 11 005, 11 416, nr. 7, p. 16.

¹⁰ HR 10 november 2006, NJ 2007, 45; zie ook de conclusie van A-G Timmerman (nr. 3.4) bij HR 18 februari 2010, NJ 2010, 296 (Dr. A. Fuldauerstichting).

7 Verhouding tot sectorspecifieke governance codes

De Corporate Governance Code is aangewezen als gedragscode in de zin van artikel 2:391 lid 5 BW. Beursvennootschappen zijn verplicht in hun openbaar te maken jaarverslag mededeling te doen over de naleving van de bepalingen van de code. Zij dienen gemotiveerd uit te leggen waarom zij één of meer bepalingen van de code niet naleven. De Corporate Governance Code is in zekere zin wettelijk verankerd. De ontwerp memorie van toelichting verheldert onvoldoende wat de visie van de wetgever is op de 'status' van sectorspecifieke governance codes. Als regel hanteren die codes weliswaar het 'pas toe of leg uit'-principe maar de grote diversiteit aan codebepalingen geeft – onder meer door overlappingen - ruimte voor onduidelijkheden. Die onduidelijkheid geldt ook voor de plaats van die codes in het speelveld tussen Boek 2 BW en sectorspecifieke wetgeving. Worden sectorspecifieke gedragscodes aangewezen door de wetgever of wordt dat overgelaten aan de diverse brancheorganisaties? Zal dat per sector verschillen, en zo ja, langs welke grens loopt de afbakening dan? Het vermogen om incidenten te voorkomen, hebben codes over het algemeen niet maar zij vervullen niettemin een onmiskenbare functie bij het nastreven van verdergaande professionalisering van bestuur en toezicht (en de interactie daartussen) door in zekere zin ook een moreel beroep te doen op het integer gedrag van hen die besturen en toezicht houden. Wij zijn sterk voorstander van een sectorale code benadering omdat dat meer recht kan doen aan de complexiteit, verscheidenheid en eigenzinnigheid van de diverse terreinen waarbinnen stichtingen en verenigingen acteren. Het belang van de rechtspersoon is daarmee gediend. Grote terughoudendheid zouden wij derhalve hebben voor een model van 'centrale codeaansturing'. Tot slot, men dient zich te beseffen dat thans gehanteerde codebepalingen die inhoudelijk gelijklopend zijn met (wellicht straks) dwingende rechtsregels niet meer de mogelijkheid geven om een afwijking van die regelingen toe te lichten. Een zekere verstarring kan daardoor optreden, ook daar waar maatwerk nodig is.