

The untouchables

Reactie op ‘Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder’

*Prof. mr. M.L. Lennarts**

De Roo verdedigde onlangs in dit tijdschrift de stelling dat tot nog toe niet is gebleken van overtuigende redenen om de vervulling van de niet-uitvoerende bestuurdersfuncties te beperken tot natuurlijke personen. In deze bijdrage plaatst de auteur een aantal kanttekeningen bij deze stelling en de onderbouwing daarvan. Daarbij stelt zij de wijze waarop de rechtspersoon-bestuurder thans in Nederland is geregeld ter discussie.

*‘Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned and no body to be kicked?’
(Edward, First Baron Thurlow, 1731-1806)*

1 Inleiding

In een eerdere aflevering van dit tijdschrift¹ trekt De Roo de wenselijkheid van een verbod op niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurders in twijfel. Dat verbod geldt al vanaf de invoering van het monistisch bestuursmodel in 2013 voor de NV en de BV. De steen des aanstoots lijkt² voor De Roo vooral te zijn dat dit verbod in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen wordt uitgebreid tot de andere privaatrechtelijke rechtspersonen.

De Roo stelt dat tot nog toe niet is gebleken van overtuigende redenen om de vervulling van de niet-uitvoerende bestuurdersfuncties te beperken tot natuurlijke personen. Ter onderbouwing van deze stelling voert hij drie gronden aan. Ten eerste kan een verbod niet worden gefundeerd op de mogelijkheid van ontduiking van aansprakelijkheid, nu artikel 2:11 van het Burgerlijk Wetboek (BW) daartegen kan worden ingezet. Ten tweede wordt in de praktijk al geruime tijd probleemloos met niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurders³ gewerkt. En ten slotte heeft het verbod op de rechtspersoon-commissaris,⁴

dat mogelijk als voorbeeld dient voor het verbod op de *corporate non-executive*, nooit een behoorlijke fundering gehad. In deze bijdrage plaats ik een aantal kanttekeningen bij de stelling van De Roo en bij de onderbouwing daarvan. Daarbij stel ik de wijze waarop de rechtspersoon-bestuurder thans in Nederland is geregeld ter discussie.

2 Een aanraakbare (niet-uitvoerende) bestuurder, een zonderlinge gedachte?

Niet-uitvoerende bestuurders moet je kunnen aanraken

Dit is volgens De Roo een ‘zonderlinge’ gedachte. Ik zie dat anders. Er zijn nogal wat nationale wetgevers die vinden dat – al dan niet uitvoerende – bestuurders⁵ natuurlijke personen moeten zijn. Daartoe behoort bijvoorbeeld ons buurland – en economische grootmacht – Duitsland.⁶ In landen waar de rechtspersoon-bestuurder wél wordt toegestaan, schrijft de wet vaak voor dat deze rechtspersoon een ‘aanraakbare’ vaste vertegenwoordiger moet aanwijzen, zodat vooraf duidelijk is welke natuurlijke persoon kan worden aangesproken op het door de rechtspersoon-bestuurder gevoerde beleid (inclusief malafide praktijken als bijvoorbeeld witwassen en belastingfraude).⁷ In de genoemde landen vindt men het wellicht zonderling dat in Nederland (ketens van) rechtspersoon-bestuurders zonder enige restricties worden toegestaan en dat als enige rem op misbruik de alleen *ex post* werkende doorbraakbepaling van artikel 2:11 BW in de wet is opgenomen. Deze bepaling is slechts gericht op het bestrijden van ontduiking van civielrechtelijke bestuurdersaansprakelijkheid en kan – als men het slim aanpakt – worden ontgaan door de tussenschakeling van een buitenlandse rechtspersoon-bestuurder.⁸

* Prof. mr. M.L. Lennarts is hoogleraar vergelijkend ondernemingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en hoogleraar ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1. K.H.M. de Roo, Het lichaam van de niet-uitvoerende bestuurder, MvO 2017, afl. 10-11, p. 250-252.
2. Helemaal duidelijk is dit niet.
3. De Roo schrijft (op p. 252): ‘De praktijk werkt al geruime tijd probleemloos met niet-uitvoerende bestuurders zonder een wettelijk verbod.’ Ik neem aan dat hij bedoelt te zeggen dat de praktijk al geruime tijd probleemloos werkt met rechtspersonen die optreden als niet-uitvoerende bestuurders.
4. Zie huidig art. 2:140 lid 1 en 2:250 lid 1 BW en de regeling die voor de vereniging c.q. stichting is voorzien in art. 2:47 lid 1 en 2:292a lid 1 van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.

5. En in landen die een dualistisch bestuursmodel kennen: commissarissen.
6. Zie § 76 III 1 AktG (m.b.t. de *Aktiengesellschaft*, de Duitse NV) en § 6 II GmbHG (m.b.t. de *GmbH*, de Duitse BV).
7. Zie bijv. België en Frankrijk. De Europese wetgever heeft voor deze oplossing gekozen in de EESV-Verordening. Voor een overzicht verwijs ik naar C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen? (IVOR nr. 106), Deventer: Wolters Kluwer 2017.
8. M.L. Lennarts, ‘Piercing the corporate director’. Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw, in: G. van Solinge e.a. (red.), Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen (VDHI nr. 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 179-187.

3 De achtergrond van het Engelse verbod op de rechtspersoon-bestuurder

Aardig is dat De Roo in zijn stuk wijst op recente ontwikkelingen in het doorgaans – als het op de vormgeving van ondernemingsstructuren aankomt – zo liberale Engeland. De Britse wetgever heeft in 2015 besloten de rechtspersoon-bestuurder te verbieden, maar denkt nog (steeds) na over uitzonderingen op dit verbod voor gevallen waarin misbruik niet voor de hand ligt. Ik heb onlangs ook op deze ontwikkeling gewezen.⁹ De Roo suggereert dat het Engelse verbod op rechtspersoon-bestuurders voornamelijk is ingegeven door het feit dat het in de praktijk moeilijk bleek de natuurlijke personen achter de rechtspersoon-bestuurder aansprakelijk te stellen. Ik zie het anders: volgens mij is het doel van het verbod niet (alleen) het tegengaan van omzeiling van (civielrechtelijke) aansprakelijkheid, maar meer in het algemeen de verbetering van transparantie omtrent de personen die het in een vennootschap voor het zeggen hebben.¹⁰ Hiermee wordt een veel breder doel gediend. De Britse regering erkent dat rechtspersoon-bestuurders een legitieme rol in bedrijven kunnen vervullen, maar erkent ook dat zij voor ondoorzichtigheid in een ondernemingsstructuur zorgen. En daarmee ontstaat een risico op illegale activiteiten en ineffectieve corporate governance.¹¹ In de woorden van de Britse regering:

‘The use of corporate directors is being restricted principally because of their opacity and the risk of facilitating illicit activity. (...) In addition, the Government shares the concerns expressed by some that corporate directors might introduce sub-optimal behaviour and substandard corporate governance in companies. Corporate directors might reduce the sense and effect of accountability of individuals, who ultimately take decisions. The Institute of Directors (IoD), among others, have voiced the idea that a director should normally be the accountable “human face” of a company.’

Ik teken hierbij aan dat het bij ‘accountability’ gaat om (eind)verantwoordelijkheid, wat meer omvat dan civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het gaat erom dat alleen iemand van vlees en bloed echt ter verantwoording kan worden geroepen, of het nu gaat om illegale praktijken als bijvoorbeeld witwassen en belastingontduiking of om slecht beleid bij de vennootschap. In dit opzicht¹² zijn rechtspersonen ‘untouchables’.¹³

9. Lennarts 2017, p. 160.

10. Zo ook Hanegraaf 2017, p. 17-18.

11. Department for Business, Innovation & Skills, Transparency & Trust, Corporate directors – Scope of the exceptions to the prohibition of corporate directors, november 2014, p. 4.

12. Rechtspersonen kunnen immers wel tot het betalen van schadevergoeding of een boete worden veroordeeld. Maar dat blijkt lang niet altijd het gewenste – afschrikwekkende – effect te hebben.

13. In dit verband is het goed erop te wijzen dat S 155 van de Engelse Companies Act, zoals het nu (nog) luidt, rechtspersoon-bestuurders slechts toelaat indien ten minste één van de andere bestuurders een natuurlijke persoon is. De Roo vermeldt dit niet.

4 Verbetering van transparantie verdient ook in Nederland aandacht

De Roo stelt dat het voorkomen van omzeiling van (civielrechtelijke) aansprakelijkheid de reden is voor het Engelse verbod op de rechtspersoon-bestuurder. Volgens hem is dat omzeilingsprobleem in Nederland al met artikel 2:11 BW getackeld en hebben we daarom geen verbod nodig. In Nederland bestaat volgens hem geen probleem dat de in Engeland gekozen oplossing van een verbod behoeft. Dat is mij iets te gemakkelijk opgeschreven. Ik heb hierboven laten zien dat het de Engelse regering primair te doen is om verbetering van transparantie, zodat duidelijk is wie ter verantwoording kan worden geroepen voor het beleid van de rechtspersoon. Transparantie met betrekking tot de natuurlijke personen die het in rechtspersonen voor het zeggen hebben, is een onderwerp waar ook de Nederlandse wetgever ‘iets mee moet’.¹⁴ De wenselijkheid van transparantie beperkt zich niet tot zogenoemde ultimate beneficial owners (UBO’s),¹⁵ ook bestuurders horen tot de personen die het in een vennootschap voor het zeggen (kunnen) hebben. Eerder signaleerde ik al dat de inzet van meer lagen (Nederlandse en buitenlandse) rechtspersoon-bestuurders het heel lastig kan maken om erachter te komen wie uiteindelijk de natuurlijke personen zijn die een Nederlandse vennootschap besturen.¹⁶ Ik zie niet direct welk legitiem doel hiermee gediend is.¹⁷ Dat brengt mij op de vraag welk belang gediend is met het faciliteren van de rechtspersoon-bestuurder.

5 Waarom faciliteren we in Nederland eigenlijk de rechtspersoon-bestuurder en hoe ver moet die facilitering gaan?

Wie op zoek gaat naar de redenen waarom de Nederlandse wetgever toestaat dat een rechtspersoon wordt bestuurd door een andere rechtspersoon, moet het doen met een vrij magere oogst. In de wetgeschiedenis is in de eerste plaats te vinden dat het in concernverhoudingen wenselijk kan zijn dat een rechtspersoon als bestuurder van een aantal dochtervennootschappen fungeert. De bestuurstaken kunnen dan worden uitgeoefend door de functionaris die daarvoor het meest in aanmerking komt. De vennootschap kan de kosten van een meerhoofdig bestuur – waarvoor de bestuurstaak te licht is – vermijden. Behalve in verband met concernstructuren wordt de rechtspersoon-bestuurder ook genoemd in verband met trustkantoren en joint ventures.¹⁸ Uit de wetgeschiedenis is voorts

14. In internationaal verband wordt aangedrongen op maatregelen ter voorkoming van witwassen en belastingontduiking via ondoorzichtige vennootschapsrechtelijke constructies. In dit verband wijs ik op de vierde anti-witwasrichtlijn van de EU (Richtlijn (EU) 2015/849), op grond waarvan Nederland een zogenoemd UBO-register moet invoeren.

15. Zie voor het (consultatie)voorstel invoering Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden www.internetconsultatie.nl/implementatiewetregistratieuiteindelijkbelanghebbenden/details. Naar verwachting zal het wetsvoorstel binnenkort naar de Tweede Kamer worden gezonden.

16. Lennarts 2017, p. 160, noot 11.

17. Anders dan wellicht een zo gunstig mogelijke internationale *tax planning*. Over de legitimiteit hiervan woedt al enige tijd een stevige discussie.

18. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3 (MvT). Zie ook Hanegraaf 2017, p. 33-35.

op te maken dat de wetgever niet direct constructies voor ogen had waarin meer lagen van rechtspersoon-bestuurders worden gebruikt. Dit blijkt uit de volgende passage uit de wetgeschiedenis:

‘Daarom is gezocht naar een minder ver gaande oplossing dan een verbod. Die oplossing komt erop neer, dat als het ware wordt heengezien door de rechtspersoon-bestuurder en dat naast de rechtspersoon ook haar bestuurders (natuurlijke personen) aansprakelijk worden in de gevallen waarin de wet de aansprakelijkheid van bestuurders regelt. Is een van die bestuurders weer een rechtspersoon, dan geldt voor die rechtspersoon hetzelfde enz. *Dergelijke gevallen komen overigens weinig voor* [curs. ML].¹⁹

Het feit dat in de praktijk inmiddels wel degelijk meer lagen van (Nederlandse en/of buitenlandse²⁰) rechtspersoon-bestuurders voorkomen, is naar mijn mening aanleiding voor een vraagteken bij de verregaande facilitering van het fenomeen rechtspersoon-bestuurder in het Nederlandse recht. Ik zou menen dat de bestuurstaak in beginsel uitgeoefend dient te worden door een natuurlijke persoon, vanwege het feit dat deze direct aanspreekbaar is en verantwoording kan afleggen voor het gevoerde beleid. Een uitzondering kan worden toegelaten voor gevallen waarin er een valide reden is om een rechtspersoon deze taak te laten vervullen en waarin de afstand tot de achterliggende natuurlijke perso(en) niet al te groot is, zoals in eenvoudige concernstructuren en joint ventures,²¹ maar ik zie niet in waarom gebruik van rechtspersoon-bestuurders moet leiden tot ondoorzichtige, uit meer lagen bestaande constructies. Dergelijke constructies zouden kunnen worden voorkomen door te bepalen dat het bestuur van een rechtspersoon-bestuurder alleen uit natuurlijke personen mag bestaan. Hiermee kan ook in het geval dat een buitenlandse rechtspersoon wordt benoemd, tegemoet worden gekomen aan het probleem dat de natuurlijke personen die aan de touwtjes trekken soms moeilijk op te sporen zijn.

19. Kamerstukken II 1980/81, 16631, 3, p. 3 (MvT).

20. Ook dit probleem heeft de Nederlandse wetgever destijds niet onder ogen gezien. De minister dacht destijds dat buitenlandse rechtspersoon-bestuurders zich in de praktijk nooit zouden voordoen, omdat de meeste buitenlandse stelsels deze figuur niet kennen. Dat is een wat naïeve inschatting gebleken.

21. Trustkantoren zijn een geval apart. Het zou te ver voeren om in te gaan op de verscherpte aandacht die deze sector van wetgever en toezichthouder DNB heeft gekregen, onder meer als gevolg van de affaires rondom de Panama Papers en Paradise Papers. De Roo merkt op dat rechtspersonen in bestuurs- en toezichtsorganen goede corporate governance kunnen bevorderen (door mankracht, specifieke kennis en brede inzetbaarheid). De recente affaires rondom (de integriteit van) trustkantoren maken mij vrij sceptisch ten aanzien van dit argument. In november 2017 heeft de ministerraad ingestemd met een wetsvoorstel op grond waarvan trustkantoren onder verscherpt toezicht van DNB komen te staan. Dit wetsvoorstel voorziet er onder meer in dat trustkantoren verplicht moeten voorzien in intern toezicht. Er is kennelijk wetgeving voor nodig om te bereiken dat deze gespecialiseerde ‘corporate service providers’ hun bestuurs-taak behoorlijk vervullen.

6 Heeft de praktijk behoefte aan de rechtspersoon-commissaris c.q. rechtspersoon-niet-uitvoerend bestuurder?

Nu ik de huidige regeling van de (uitvoerende) rechtspersoon-bestuurder ter discussie heb gesteld, maak ik nog enkele opmerkingen over de rechtspersoon-commissaris en de rechtspersoon-niet-uitvoerend bestuurder. Omdat commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders verder afstaan van het dagelijks beleid van de vennootschap is er naar mijn mening weinig aanleiding om te vrezen dat rechtspersonen op grote schaal zullen worden ingezet ter omzeiling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid die aan de (onbehoorlijke/onrechtmatige) uitoefening van deze functies is verbonden. Zo hiervan wél sprake zou zijn, kan omzeiling worden voorkomen door de regeling van artikel 2:11 BW (*mutatis mutandis*)²² van toepassing te verklaren. Het kernprobleem blijft echter bestaan: ook bij vervulling van toezichthoudende functies door rechtspersonen is niet direct duidelijk wie ter zake van de vervulling van de toezichthoudende taak ter verantwoording kan worden geroepen. Ik vraag mij af hoe toezicht door een rechtspersoon werkt als niet geregeld is wie het aanspreekpunt binnen die toezichthoudende rechtspersoon is. De Roo heeft hier ook over nagedacht en merkt op dat niets het benoemende orgaan belet om te bedingen dat de als niet-uitvoerend bestuurder benoemde rechtspersoon een vaste vertegenwoordiger heeft. Ik zou denken dat dit een vereiste is, wil er van het afleggen van verantwoording iets terecht komen.²³

Resteert de vraag of in de praktijk grote behoefte bestaat aan toezichthoudende rechtspersonen. De behoefte in de praktijk aan rechtspersoon-bestuurders was immers het argument voor de wetgever om deze constructie te faciliteren. De Roo stelt dat al geruime tijd probleemloos met niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurders wordt gewerkt, maar komt niet met concrete voorbeelden. Ik lees slechts dat het voorgestelde verbod tot menig opgetrokken wenkbrauw zou hebben geleid, waarbij verwezen wordt naar twee reacties op de consultatie naar aanleiding van het voorontwerp, namelijk de reactie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (GCV) en de reactie van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).²⁴ In de reactie van de GCV wordt het volgende opgemerkt:

‘Volgens artikel 292a kunnen alleen natuurlijk personen lid zijn van het toezichthoudend orgaan van een stichting. Het voorontwerp gaat daarmee voorbij aan stichtingsvor-

22. De Roo suggereert dit in zijn artikel, maar werkt dit niet uit. Ik zou denken dat geregeld moet worden dat de aansprakelijkheid van de niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurder c.q. rechtspersoon-commissaris hoofdelijk komt te rusten op degenen die daarvan (uitvoerend) bestuurder zijn. Het vennootschapsrecht wordt er met een dergelijke regeling niet eenvoudiger op.

23. Ik verwijs in dit verband naar mijn opmerkingen in par. 2 over buitenlandse en Europese regelingen die de rechtspersoon-bestuurder alleen toestaan op voorwaarde dat deze een vaste vertegenwoordiger aanwijst.

24. GCV, Advies inzake het voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 mei 2014, p. 11; ZIFO, Reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 mei 2014, p. 3-4.

men, zoals bepaalde stichtingen met een kerkelijke achtergrond, waarbij thans ook regelmatig (kerkelijke) rechtspersonen als toezichthouder fungeren. De GCV mist hier een overgangsregeling met eerbiedigende werking voor bestaande gevallen.’

De GCV ziet dus met name een probleem bij bepaalde stichtingen met een kerkelijke achtergrond. Dat probleem ziet overigens niet zozeer op het verbod van niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurders (die deel uitmaken van een monistisch bestuur), maar op het feit dat het toezichthoudend orgaan bij de stichting (lees: de raad van commissarissen (RvC)) uit natuurlijke personen moet bestaan. Bovendien zou dit probleem door een overgangsregeling kunnen worden opgelost.

Het ZIFO heeft kritiek op het voorgestelde artikel 47, dat voor de vereniging (net als art. 292a voor de stichting) bepaalt dat het toezichthoudend orgaan slechts kan bestaan uit natuurlijke personen. Het ZIFO is van mening dat dit onnodig beperkend is en dat het toezicht bij een vereniging ook kan worden uitgeoefend door een instantie met rechtspersoonlijkheid. Opgemerkt wordt voorts dat met het oog op transparantie en continuïteit kan worden overwogen om te bepalen dat, indien het toezicht wordt opgedragen aan een rechtspersoon, laatstgenoemde één of meer natuurlijke personen dient aan te wijzen die namens hem de toebedeelde taken zullen uitoefenen.

Ook deze kritiek betreft niet het verbod op de niet-uitvoerende bestuurder-rechtspersoon, maar het verbod op rechtspersonen als lid van een toezichthoudend orgaan. Deze kritiek beperkt zich tot de regeling bij de vereniging. Bovendien erkent het ZIFO het verantwoordingsprobleem door te suggereren dat de rechtspersoon-toezichthouder een vaste vertegenwoordiger moet aanwijzen.

De Roo wijst ook nog op de Raad van State, die in zijn advies over het wetsvoorstel opmerkt dat het bij semipublieke instellingen en gewone stichtingen nogal eens voorkomt dat een stichting toezicht houdt op een andere stichting. In dit opzicht zou het voorstel – aldus de Raad van State – ingrijpende consequenties kunnen hebben. Om duidelijk te maken waar het hier eigenlijk om gaat, citeer ik de desbetreffende passage uit het advies:

‘Volgens het wetsvoorstel kan slechts een natuurlijk persoon lid zijn van de raad van commissarissen. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat niet de naam, maar de bevoegdheden bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een toezichthoudend orgaan. Dit zou betekenen dat een toezichthoudend orgaan niet langer uit rechtspersonen kan bestaan. Dat loopt parallel met de regel dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen zijn. Bij de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatieve vereniging en de NV en BV geldt eveneens de regel dat natuurlijke personen lid zijn van de raad van commissarissen. Bij semipu-

blieke instellingen en gewone stichtingen en verenigingen komt het echter regelmatig voor dat het toezicht op een stichting wordt uitgeoefend door een andere stichting. Het voorstel kan in dit opzicht ingrijpende consequenties hebben.’²⁵

Uit deze passage wordt duidelijk dat ook de kritiek van de Raad van State geen betrekking heeft op *niet-uitvoerende* rechtspersoon-*bestuurders*. Waar de Raad van State moeite mee heeft, is dat het wetsvoorstel uitgaat van een materieel begrip ‘toezichthoudend orgaan’ en tegelijkertijd de rechtspersoon-*commissaris* verbiedt. De Raad van State impliceert dat hierdoor bestaande toezichtsconstructies waarbij rechtspersonen toezicht over andere rechtspersonen uitoefenen, geraakt zouden worden.

Het is echter de vraag hoe ingrijpend de consequenties zullen zijn. Volgens de memorie van toelichting (MvT) kan een rechtspersoon wel op een deel terrein toezicht uitoefenen, bijvoorbeeld alleen op het financiële beleid. Bepalend voor de kwalificatie als raad van commissarissen in de zin van de wet is dat toezicht wordt gehouden op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.²⁶ Alleen deze vorm van toezicht is voorbehouden aan organen die bestaan uit natuurlijke personen. Overigens hebben verschillende auteurs bepleit dat de in de MvT bij het wetsvoorstel voorgestane materiële definitie van de RvC wordt vervangen door een scherp, formeel begrip.²⁷ Rechtspersonen die niet verplicht zijn een RvC in te stellen (omdat bijvoorbeeld de sectorale wetgeving dit verlangt), kunnen dan voor een ander toezichtsgremium kiezen. Zo’n ander toezichtsgremium kan een rechtspersoon zijn, omdat alleen voor een RvC geldt dat deze uit natuurlijke personen moet bestaan.

Voor zover ik heb kunnen nagaan, bestaat in de praktijk – behalve wellicht bij sommige stichtingen en verenigingen (zie de hierboven geciteerde consultatiereacties) – geen dringende behoefte aan de niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurder (of wellicht eerder: rechtspersoon-commissaris). Ik ben niet bekend met rechtspersonen die thans als algemeen bestuurder (= niet-uitvoerende bestuurder in het wetsvoorstel) optreden in een zogenoemd AB/DB-bestuursmodel (= monistisch bestuursmodel in het wetsvoorstel).²⁸

25. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 4, p. 11.

26. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 20.

27. J.M. de Jongh, Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht, Ondernemingsrecht 2017/102, p. 574 en Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, Flexibiliteit en toezicht, WPNR 2017/7176.

28. Zie ook B. Bier, Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht, Ondernemingsrecht 2017/105, die opmerkt dat op grond van het wetsvoorstel algemeen bestuurders in een AB/DB-model natuurlijke personen moeten zijn en dat dit in de praktijk waarschijnlijk niet anders voorkomt.

7 Wat hebben de rechtspersoon-commissaris en de niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurder te bieden?

De Roo legt in zijn MvO-artikel niet echt uit waarom stichtingen en verenigingen (en wellicht ook NV's en BV's) gebruik zouden willen maken van niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurders. In een andere publicatie, over de rechtspersoon-commissaris, gaat hij wel nader in op de mogelijkheden die deze constructie biedt:

- De (voorbereiding van de) taakuitoefening van de commissaris kan worden gedragen door *meerhoofdige* ondersteuning.
- Hierdoor kan ruimte ontstaan voor meer *specialisatie* van bij de (voorbereiding van de) taakuitoefening betrokken personen, omdat de werkzaamheden van de individuele personen in de ondersteunende functies niet het volledige commissariaat hoeven te dekken.
- Meerhoofdige ondersteuning kan bijdragen aan de kwaliteit van de (voorbereiding van de) taakuitoefening: door meer personen aan te wenden voor de uitoefening van één commissariaat kan de per commissariaat *beschikbare tijd* toenemen ten opzichte van de huidige situatie, waarin de taakuitoefening gebonden is aan de aan individuele natuurlijke personen ter beschikking staande tijd.²⁹

Als ik deze 'mogelijkheden' in ogenschouw neem, is mijn eerste gedachte: dat kun je ook allemaal bereiken met een uit louter natuurlijke personen samengestelde raad van commissarissen of one-tier board. Voorwaarden hiervoor zijn dat in de RvC – respectievelijk: onder de niet-uitvoerende bestuurders – de gewenste competenties in voldoende mate vertegenwoordigd zijn en dat de voor de toezichthoudende functies aangezochte personen over voldoende tijd beschikken om deze naar behoren te vervullen. Goed toezicht begint met de vaststelling over welke competenties de RvC – respectievelijk de one-tier board – gezamenlijk dient te beschikken. Als deze competenties deels worden neergelegd bij nader aan te wijzen personen binnen een rechtspersoon-toezichthouder wordt hierdoor de controle op de juiste samenstelling van de RvC/one-tier board door het benoemende orgaan ondergraven. Ik zie niet in waarom de algemene vergadering (AV) van een NV of BV of de ledenvergadering van een vereniging dit zou accepteren.³⁰ De Roo ziet de oplossing in door de AV/ledenvergadering uit te oefenen indirecte controle door van de rechtspersoon-toezichthouder transparantie te vereisen omtrent de interne vormgeving van de rechtspersoon-toezichthouder.³¹ Feit is dat

de controle op de juiste samenstelling van het toezicht hierdoor voor het benoemde orgaan veel lastiger wordt.³²

Dan is er nog het probleem hoe een rechtspersoon-toezichthouder zal functioneren in een meerhoofdige orgaan dat ook uit natuurlijke personen bestaat. Een belangrijke rol zal in het groepsproces toekomen aan de (vaste) vertegenwoordiger van de rechtspersoon-toezichthouder. Deze zal verantwoordelijk zijn voor het doorgeven van alle informatie die binnen de rechtspersoon die hij vertegenwoordigt beschikbaar is en relevant is voor de besluitvorming in de RvC/one-tier board. De Roo werkt dit niet echt uit. Hij merkt in dit verband slechts op dat 'de mogelijke wijzigingen in groepsdynamiek die benoeming van een rechtspersoon kunnen meebrengen worden meegenomen in het reglement'.³³

Als ik het voorgaande overdenk, kom ik tot de conclusie dat een rechtspersoon-toezichthouder wellicht nuttig is in gevallen waarin uit kosten- of efficiencyoverwegingen niet kan worden gekozen voor de inrichting van een RvC of een vertegenwoordiging van niet-uitvoerende bestuurders bestaande uit meer natuurlijke personen. Dit ligt – denk ik – het meest voor de hand bij stichtingen, voor zover zij niet op grond van sectorale regels aan een verplichte governancestructuur hoeven te voldoen. Ook bij bepaalde verenigingen kan ik mij dit voorstellen, met name als het toezicht zich beperkt tot een specifiek onderdeel van het beleid bij de vereniging. Als het toezicht meeromvattend is, zullen de kostenoverwegingen niet meer opgaan, omdat dan verschillende competenties in de rechtspersoon-toezichthouder zullen moeten zijn vertegenwoordigd, wat de kosten van de constructie zal opdrijven. Ook het efficiencyargument gaat dan mijns inziens niet meer op, omdat de ledenvergadering controle zal willen uitoefenen op de verschillende in de rechtspersoon-toezichthouder vertegenwoordigde competenties.

Waar de behoefte aan een rechtspersoon-toezichthouder bestaat, kan daarvoor ook na invoering van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen worden gekozen, zeker als de materiële definitie van de RvC in het wetsvoorstel wordt vervangen door een scherp formeel begrip (zie par. 6).

8 Conclusie

De Roo heeft mij niet kunnen overtuigen van de noodzaak voor de wetgever om de niet-uitvoerende rechtspersoon-bestuurder c.q. rechtspersoon-commissaris te faciliteren. Het verantwoordingsprobleem dat ontstaat bij vervulling van bestuurs- dan wel toezichthoudende taken (met daaraan gekoppelde wettelijke bevoegdheden) door een rechtspersoon

29. K.H.M. de Roo, De rechtspersoon als commissaris, TvOB 2015, afl. 3, p. 108-109.

30. Zo ook: M.J. van Uchelen-Schipper, Toezicht op het bestuur, TvOB 2016, afl. 1, p. 11.

31. De Roo 2015, p. 110.

32. Van Uchelen-Schipper 2016 wijst er ook nog op dat veel wettelijke bepalingen en sectorregels ervan uitgaan dat toezichthoudende functies door natuurlijke personen worden vervuld. Dergelijke regels (bijv. inzake man-vrouwdiversiteit, deskundigheid en onafhankelijkheid) kunnen worden doorgeschakeld naar de bestuurders van de rechtspersoon-toezichthouder, maar daardoor wordt het recht ingewikkelder en wellicht minder effectief.

33. De Roo 2015, p. 111.

brengt volgens mij met zich dat het de voorkeur verdient dat deze taken worden uitgeoefend door natuurlijke personen. Voor uitzonderingen op dit uitgangspunt moeten goede argumenten worden aangedragen. Daarbij moet ervoor worden gezorgd dat deze uitzonderingen niet ten koste gaan van goede governance en – dit geldt met name voor rechtspersoonbestuurders – moet het risico op misbruik worden voorkomen. Van een grote behoefte aan de door De Roo bepleite niet-uitvoerende bestuurder c.q. rechtspersoon-commissaris is mij niet gebleken. Bovendien hoeft de invoering van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen niet te verhinderen dat rechtspersonen een bepaalde vorm van toezicht uitoefenen. Adequaat intern toezicht op complexe organisaties kan mijns inziens worden bereikt door een zorgvuldige samenstelling van een uit natuurlijke personen bestaande RvC of onetier board, waarbij gewaarborgd wordt dat de toezichthouders voldoende tijd aan hun functie kunnen besteden.