

## Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de *rebound*

Er zit weer beweging in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen! Het heeft even op zich laten wachten, de vragen die de Minister van Rechtsbescherming nog moest beantwoorden dateren van september 2016, maar begin november verscheen dan eindelijk de nota naar aanleiding van het verslag met een nota van wijziging. Daaruit wordt ook meteen duidelijk waarom het ruim twee jaar heeft geduurd: het voorstel is nogal verbouwd. De oorspronkelijke gedachte van de wetgever om normen die voor alle rechtspersonen gelijk zijn bij elkaar te verzamelen in titel 1 van Boek 2 BW<sup>1</sup>, is nu verlaten. Dit is een fundamentele omslag. Aan titel 1 verandert helemaal niets, de bestaande systematiek van Boek 2 BW blijft gehandhaafd door per rechtspersoon de regels uit te schrijven in de titel waarin die rechtspersoon is gereguleerd. Aan de ene kant valt te betreuren dat de eenheid die het oorspronkelijke voorstel bracht in ons rechtspersonenrecht niet doorgaat, maar aan de andere kant hoeft dat juridisch-inhoudelijk geen verschil te maken. De praktijk zal er in ieder geval niet rouwig om zijn dat de *overhaul* van bestaande wetsartikelen beperkt blijft.

De Minister stelt op enkele punten inhoudelijke wijzigingen voor ten opzichte van het oorspronkelijke voorstel. Een aantal daarvan zal ik de revue laten passeren. Overigens zou het goed zijn als het ministerie een doorlopende tekst van het voorstel zou opstellen; nu moeten het oorspronkelijke voorstel en het gewijzigd voorstel naast elkaar worden geraadpleegd. Dat dit gemakkelijk fouten in de hand werkt, blijkt bijvoorbeeld uit het (onbedoeld) enerzijds schrappen van 2:151 BW en anderzijds handhaven van het gelijkkluidende art. 2:261 BW.<sup>2</sup>

Anders dan het oorspronkelijke voorstel bevat het gewijzigd voorstel geen beperking meer ten aanzien van meervoudig stemrecht binnen het bestuur of de raad van commissarissen van een stichting of vereniging (waaronder ik in deze bijdrage, tenzij anders vermeld, ook versta de coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij). Voorgesteld was om meervoudig stemrecht zodanig te beperken dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen. Dat is de regeling die de wet kent voor

bestuurders en commissarissen van de NV en de BV (art. 2:129/239 lid 2 BW). De motivering om het voorstel op dit punt te wijzigen schiet in mijn ogen tekort. De toelichting verwijst namelijk slechts naar één publicatie, van Schoonbrood & Meppelink<sup>3</sup>, en zegt dat onder huidig recht geen wettelijke beperking geldt voor de vereniging en stichting. Invoering van een dergelijke beperking zou de vereniging en stichting volgens de Minister teveel beknellen in hun inrichtingsvrijheid en noodzaken tot verandering van bestuurs- en toezichtstructuren.<sup>4</sup> Overigens juichen genoemde auteurs in hun bijdrage de voorgestelde beperking van meervoudig stemrecht op zich toe, maar benadrukken zij de behoefte aan overgangsrecht voor bestaande situaties die niet aan de begrenzing voldoen.<sup>5</sup> In het gewijzigd ontwerp is echter geen overgangsrecht opgenomen, maar wordt het kind met het badwater weggegooid. Ik zou de Minister graag zien uitleggen hoe onbegrensd meervoudig stemrecht zich verhoudt tot het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid van bestuurders en commissarissen zoals onze wet dat kent.

1. P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, *WPNR* 2017/7162.
2. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 7, onderdeel X sub s. en onderdeel SS sub aa. (dat ten onrechte onderdeel XX schrapt).
3. J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV, *WPNR* 2016/7118, p. 683-686.
4. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 2.
5. *Idem*, p. 684.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel was de raad van commissarissen bevoegd om iedere bestuurder te schorsen (voorgesteld art. 2:11 lid 8). In het gewijzigd voorstel is die bevoegdheid bij de vereniging echter beperkt tot ‘iedere door de algemene vergadering benoemde bestuurder’ (voorgesteld art. 2:47 lid 3). Deze wijziging wordt niet toegelicht, maar zal gebaseerd zijn op de huidige regeling van de raad van commissarissen bij coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:57 lid 3 BW). Dat de raad van commissarissen niet iedere bestuurder kan schorsen, bijvoorbeeld niet als deze door een derde is benoemd (art. 2:37 lid 3 BW), acht ik gezien zijn toezichthoudende taak onwenselijk. Er is weliswaar ruimte voor een statutaire regeling op dit punt, maar bij wijze van wettelijk uitgangspunt zou schorsing van iedere bestuurder door de raad toch mogelijk moeten zijn.

De oorspronkelijke verplichting om een statutaire belet- en ontstentenisregeling op te nemen voor de situatie waarin alle bestuurders (respectievelijk alle commissarissen) ontbreken, is voor de vereniging en stichting in het gewijzigd voorstel geschrapt. Dit vanwege de bestaande flexibiliteit op dit punt.<sup>6</sup> Hoewel ik mij afvraag wat de Minister hier nu precies mee bedoelt in dit verband, valt deze keuze voor de vereniging nog wel te billijken maar niet voor de stichting. Juist bij stichtingen komt nogal eens een systeem voor van coöptatie bij benoeming van bestuurders. Doet zich dan het geval voor waarin alle bestuurders aftreden, vanwege een ruzie bijvoorbeeld, dan kan bij gebrek aan een adequate statutaire regeling alleen via de rechtbank in het bestuur worden voorzien (art. 2:299 BW). De verplichting tot opname van een statutaire belet- en ontstentenisregeling was hier van toegevoegde waarde voor de betrokkenen. Ik hoop maar dat dit onderwerp voldoende op het netvlies van notarissen staat en zij dit, ook al bepaalt de wet er straks niets over, toch zullen meenemen in statuten.

Misschien wel het meest heikele punt in het oorspronkelijke wetsvoorstel was de uitbreiding van de regeling voor bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement (art. 2:138 BW) tot alle verenigingen en stichtingen. Mijn vermoeden was dat in het voorstel, vergeleken met het voorontwerp, de angel er wel uitgehaald was door het bewijsvermoeden dat sprake is van onbehoorlijk bestuur indien niet is voldaan aan de boekhoudplicht of publicatieplicht van de jaarrekening (art. 2:138 lid 2 BW), niet van toepassing te laten zijn op *onbezoldigd* bestuurders van de niet-commerciële vereniging/stichting. Bij nader inzien achtte de Minister dit niet voldoende en daarom volgt uit het gewijzigd voorstel dat het bewijsvermoeden

niet van toepassing is op (alle) bestuurders en commissarissen van niet-commerciële verenigingen/stichtingen. Voor semipublieke verenigingen en stichtingen die op grond van sectorale wet- en regelgeving een jaarrekeningplicht hebben, zal het bewijsvermoeden wél gelden. Overigens blijft in het wetsvoorstel overeind dat de curator in het faillissement van iedere vereniging of stichting de mogelijkheid heeft om bestuurders aan te spreken ex art. 2:138 lid 1 BW, alleen rust de bewijslast van onbehoorlijk bestuur bij de niet-commerciële dan op de curator.

Het gewijzigd voorstel sleutelt ook aan de voorgestelde aanpassingen van de bepaling inzake rechterlijk ontslag van stichtingsbestuurders en -commissarissen. De ontslaggronden blijven zoals oorspronkelijk voorgesteld, maar er wordt voorzien in een uitzondering op het bestuursverbod van 5 jaar dat een ontslag op de voet van art. 2:298 BW van rechtswege met zich brengt. Dit had echter eenvoudiger en beter kunnen worden geregeld dan nu voorgesteld. Het bestuursverbod geldt ‘tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt’. Deze uitzondering past hier slecht. Zij refereert aan de collectieve bestuursverantwoordelijkheid en disculpatie ter zake zoals bedoeld in art. 2:9 BW, terwijl het daar bij ontslag in de procedure van art. 2:298 BW niet over gaat. Daar gaat het er namelijk om of zich ten aanzien van een individuele bestuurder (of commissaris) een grond voor ontslag voordoet. Het automatisme van het bestuursverbod voor 5 jaar kan mijns inziens beter worden afgezwakt door de mogelijkheid te introduceren zoals is gedaan in de regeling van het bestuursverbod in art. 106b lid 1 Faillissementswet, waar is opgenomen ‘of zoveel korter als in de uitspraak is bepaald’. De rechter kan dan persoonlijke omstandigheden van de ontslagen bestuurder (of commissaris) meewegen.<sup>7</sup>

6. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 2.

7. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, p. 24.

Verder is in het gewijzigd voorstel in lid 4 van art. 2:298 BW de bepaling terecht gekomen dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder door de rechter niet kan worden uitgesproken.<sup>8</sup> Dat is wat ongelukkig omdat door deze plaatsing de indruk zou kunnen ontstaan dat dit alleen geldt in geval van rechterlijk ontslag ex art. 2:298 BW, terwijl de bepaling een algemene strekking heeft. De bepaling zou daarom beter als een nieuw lid kunnen worden toegevoegd aan art. 2:291 BW.

De nota naar aanleiding van het verslag bevat de volgende passage:<sup>9</sup>

“Als het «dagelijks bestuur» van een stichting op grond van de statuten het dagelijkse beleid en de strategie bepalen, zal een rechter – ook op basis van het huidige recht – kunnen bepalen dat deze personen «bestuurders» zijn in de zin van de wet. Als een «algemeen bestuur» toezicht houdt op het beleid van het «dagelijks bestuur» en de algemene gang van zaken van de rechtspersoon en het bestuur met raad terzijde staat, dan zal een rechter bij de beoordeling van de omstandigheden van het geval kunnen oordelen dat juridisch sprake is van een raad van commissarissen of van een monistisch bestuursmodel waarbij degene die zitting hebben in het algemene bestuur fungeren als niet-uitvoerende bestuurders. Ook hier verwacht ik geen wijziging van de dagelijkse gang van zaken.”

Wat hier wordt gezegd, kan ik niet goed volgen. De rechter kan mijns inziens niet oordelen dat een bestuurder ‘juridisch’ gezien een commissaris is. Iemand die als bestuurder is benoemd, ongeacht of hij het label algemeen of dagelijks bestuurder draagt, is bestuurder in de zin van de wet, mét de bijbehorende bestuurdersverantwoordelijkheden en -aansprakelijkheden. De ruimte voor her-kwalificatie van zijn juridische positie die de Minister voor ogen staat, zie ik niet. Niet onder huidig recht, maar ook niet in het voorstel. De verduidelijking van de gevolgen van het wetsvoorstel voor algemeen/dagelijks bestuursmodellen van bestaande verenigingen en stichtingen die in de literatuur is gevraagd, juist met het oog op de introductie van het one tier-model, is nog steeds gewenst.<sup>10</sup>

Het gewijzigde wetsvoorstel bevat, anders dan het oorspronkelijke voorstel, een overgangsregeling voor tegenstrijdig belang-situaties in het verleden bij verenigingen. Deze komt erop neer dat de algemene vergadering op of na de datum van inwerkingtreding van het wetsvoorstel een in het verleden verrichte onbevoegde vertegenwoordiging in verband met tegenstrijdig belang, alsnog kan bekrachtigen. Verder is bepaald dat op bestaande statutaire regelingen die voorschrijven dat de vereniging bij tegenstrijdig belang worden vertegenwoordigd door en ander dan het bestuurder of een bestuurder geen beroep kan worden gedaan.

Het is goed dat het wetsvoorstel bestuur en toezicht weer van zijn plaats is gekomen. Op de besproken onderdelen is er nog wel ruimte voor verfijning. Het zou mooi zijn als deze worden opgepikt en het voorstel in de loop van 2019 eindelijk in werking kan treden.

Prof. mr. G.J.C. Rensen\*

8. Over de gevolgen voor stichtingsbestuurders, zie G.J.C. Rensen, *Ontslag van de verenigingsbestuurder met een dienstbetrekking*, WPNR 2015/7086, p. 1020.
9. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 17.
10. B. Bier, *Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht*, *Ondernemingsrecht* 2017/105, par. 5.

\* Hoogleraar Ondernemingsrecht, Molengraaff Instituut (Universiteit Utrecht), kandidaat-notaris/psl te Amsterdam, redacteur van het WPNR. (g.j.c.rensen@uu.nl)