

De rechtspositie van de bestuurder en commissaris vanaf 1 juli 2021

Ondernemingsrecht 2021/74

Van de wijzigingen die de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen teweegbrengt, heeft de invloed van deze wet op de rechtspositie van de bestuurder en commissaris wellicht de minste aandacht gekregen. Ten onrechte. Een nadere beschouwing laat zien dat deze bepalingen voor meer hoofdbreken zullen gaan zorgen dan men aanvankelijk zou vermoeden. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op diverse vraagstukken over de rechtspositie van de bestuurder en commissaris van een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting die zijn ontstaan sinds de inwerkingtreding van de Wbtr op 1 juli 2021. In het bijzonder zal gekeken worden naar de introductie van de regeling dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder of commissaris door de rechter niet langer kan worden uitgesproken (par. 2), het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 2:131 BW op de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting op grond waarvan de rechtbank van het rechtsgebied waar de rechtspersoon zijn woonplaats heeft kennis neemt van alle rechtsvorderingen die betrekking hebben op de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder of commissaris (par. 3), de invoering van de wettelijke regeling op grond waarvan aan bestuurders en commissarissen een bezoldiging kan worden toegekend (par. 4), de verhouding van deze bepalingen met de Wet normering topinkomens (par. 5) en de keuze van de wetgever voor een materiële regeling voor de kwalificatie als RvC of bestuur en de invloed daarvan op de rechtspositie van de bestuurder of commissaris (par. 6). Resumerend blijkt het overnemen van enkele standaardbepalingen over bestuur en toezicht voor de overige rechtspersonen spannender uit te werken dan de wetgever vermoedelijk voor mogelijk hield.

1. Inleiding

Van de wijzigingen die de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (“Wbtr”) teweegbrengt, heeft de invloed van de Wbtr op de rechtspositie van de bestuurder en commissaris wellicht de minste aandacht gekregen. Een verklaring daarvoor is vermoedelijk, dat deze wijzigingen op het oog weinig opzienbarend zijn. Zo wordt voor de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (“vereniging c.s.”) wettelijk verankerd dat, tenzij de statuten an-

ders bepalen, de algemene vergadering (“AV”) aan bestuurders, en aan commissarissen als zodanig, een bezoldiging kan toekennen.² Voor de stichting wordt wettelijk vastgelegd dat de statuten kunnen bepalen dat aan bestuurders, en aan commissarissen als zodanig, een bezoldiging wordt toegekend.³ Daarnaast brengen de bepalingen over deze rechtspositie voor rechtspersonen met een monistisch bestuursmodel (*one tier board*), namelijk dat het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders niet kan worden toebedeeld aan uitvoerende bestuurders én dat uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders, niet veel nieuws. En ook het introduceren van de regeling dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder of commissaris door de rechter niet kan worden uitgesproken, brengt de rechtspositie van deze bestuurders en commissarissen slechts in lijn met die van de overige rechtspersonen.⁴ Dat ook art. 2:131 BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de vereniging c.s. en de stichting, op grond waarvan de rechtbank van het rechtsgebied waar de rechtspersoon zijn woonplaats heeft kennis neemt van alle rechtsvorderingen die betrekking hebben op de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder of commissaris, lijkt in dat kader niet meer dan logisch.⁵ Tijdens het wetgevingstraject is er dan ook weinig tot geen aandacht aan deze regelingen besteed. Ten onrechte. Een nadere beschouwing laat zien dat deze bepalingen voor meer hoofdbreken zorgen dan men aanvankelijk zou vermoeden. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op diverse vraagstukken over de rechtspositie van de bestuurder en commissaris van een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting die zijn ontstaan sinds inwerkingtreding van de Wbtr op 1 juli 2021.

2. Geen herstel van de arbeidsovereenkomst bij de stichting

Voor alle rechtspersonen geldt dat de aanvaarding van een rechtsgeldige benoeming door de bestuurder of commissaris een tweeledige relatie tot stand brengt: een rechtspersonenrechtelijke en een contractuele relatie.⁶ Deze contractuele relatie kan een arbeidsovereenkomst of een

¹ Prof. mr. Manuel Lokin is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht en advocaat bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

² Art. 2:44 lid 7 en art. 2:47 lid 8 BW.

³ Art. 2:291 lid 7 en art. 2:292a lid 8 BW.

⁴ Art. 2:298a lid 1 en 2 BW.

⁵ Art. 2:50a lid 1 en art. 2:300a lid 1 BW.

⁶ Zie hierover E.C.H.J. Lokin, *De bezoldiging van bestuurders van beursgenoteerde vennootschappen* (diss.) 2018, IVOR nr. 113, hoofdstuk 27 (hierna: Lokin 2018)

overeenkomst van opdracht zijn. Het nieuwe art. 2:298a BW brengt mee dat een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en de bestuurder niet door de rechter kan worden uitgesproken. Dezelfde regel gold reeds voor de NV (art. 2:134 lid 3 BW), de BV (art. 2:244 lid 3 BW) en de vereniging c.s. (art. 2:37 lid 6 en art. 2:53a lid 1 BW).

Deze regeling wordt gezien als de codificatie van de '15 april-arresten' van de Hoge Raad. In deze arresten oordeelde de Hoge Raad dat het vennootschapsrechtelijk (lees: rechtspersonenrechtelijk) ontslag tevens een beëindiging van de arbeidsovereenkomst meebrengt, tenzij een wettelijk ontslagverbod aan die beëindiging in de weg staat of partijen in de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk anders zijn overeengekomen.⁷ Een aparte rechtshandeling voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst is in beginsel dus niet nodig.

De Hoge Raad baseerde zijn oordeel mede op de regel dat voor het (zonder zijn of haar instemming) beëindigen van de arbeidsovereenkomst van een bestuurder van de NV en BV geen voorafgaande toestemming nodig was van het UWV.^{8,9} Deze uitzondering is ingevoerd omdat het niet aan de overheid zou zijn te oordelen over de vraag of de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd als het daartoe bevoegde orgaan tot ontslag heeft besloten.¹⁰ Tot 2015 was deze regeling beperkt tot bestuurders van de NV en de BV. Met de invoering van de Wet werk en zekerheid ("WWZ") kwam in art. 7:671 lid 1 sub e BW te staan dat de arbeidsovereenkomst van een bestuurder van een *rechtspersoon* zonder zijn schriftelijke instemming kan worden beëindigd indien herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 BW niet mogelijk is.¹¹ Deze wijziging zorgde ervoor dat de uitzondering ook ging gelden voor de arbeidsrechtelijke relatie van bestuurders van een vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij, nu de wet voor deze rechtspersonen al bepaalde dat herstel van de arbeidsovereenkomst onmogelijk was.¹²

Deze onmogelijkheid is nu dus ook geïntroduceerd voor de stichting. De invoering van art. 2:298a BW brengt daarnaast mee dat het bereik van art. 7:671 lid 1 sub e BW zich ook zal uitstrekken tot de bestuurder wiens contractuele relatie met de stichting in een arbeidsovereenkomst is gegoten. Beoogd is om met de invoering van art. 2:298a BW een einde te maken aan de rechtsonzekerheid over de vraag of ook bij de stichting een rechtspersonenrechtelijk ontslag van een bestuurder met een arbeidsovereenkomst in beginsel het einde betekent van die arbeidsovereenkomst. De wetgever wil daarmee recht doen aan het belang van de stichting om bestuurd te worden door personen die het vertrouwen genieten van het orgaan dat voor de samenstelling van het bestuur verantwoordelijk is.¹³ Daarnaast rechtvaardigt de professionalisering van stichtingsbestuurders introductie van deze bepaling. "Waar stichtingsbestuurders in het verleden voornamelijk hun werkzaamheden voor de stichting op vrijwillige basis en onbezoldigd verrichten, onderscheidt de gesalarieerde stichtingsbestuurder zich tegenwoordig niet wezenlijk van de bestuurder van een NV of een BV."¹⁴ De minister doelt daarmee in het bijzonder op bestuurders van grote stichtingen, zoals bijvoorbeeld een groot ziekenhuis of een grote scholengemeenschap, waar de positie van de bestuurder in belangrijke mate dezelfde kenmerken vertoont als de positie van de bestuurder van een middelgrote NV of BV. De regeling gaat echter gelden voor alle rechtspersonen.

Deze wijziging zorgt aldus voor een (aanzienlijke) verslechtering van de rechtspositie van een stichtingsbestuurder met een arbeidsovereenkomst.¹⁵ De verslechtering van de rechtspositie is tweeledig. Allereerst geldt sinds 1 juli 2021 niet langer het vereiste om vooraf toestemming te verkrijgen van het UWV (dan wel om ontbinding door de rechter te vragen) alvorens over kan worden gegaan tot het beëindigen van de arbeidsrechtelijke relatie met de bestuurder in het geval dat de bestuurder niet instemt met zijn ontslag.¹⁶ De stichting hoeft daardoor niet meer twee afzonderlijke ontslagroutes te volgen, welke routes extra kosten en doorbetaling van loon aan de bestuurder met zich brengen. Daarnaast is ook niet langer mogelijk dat het UWV of de rechter oordeelt dat, vanwege het ontbreken van een redelijke grond, het dienstverband niet beëindigd mag worden. Wat de bestuurder na een ontslag nog rest is – naast een eventuele transitievergoeding – een mogelijke aanspraak op een billijke vergoeding. Sinds de invoering van de WWZ geldt immers ook

7 HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 (*Unidek*), r.o. 3.4.1-3.4.3; HR 15 april 2005, NJ 2005, 483 (*Bartelink/Ciris*). Zie in dit kader voor de stichting ook Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, r.o. 5.1.8 waarin de rechtbank met betrekking tot een stichting overweegt dat het ontslag van de stichtingsbestuurder als directeur niet alleen tot gevolg had dat zijn arbeidsrechtelijke relatie met Servatius werd beëindigd, maar dat daarmee ook een einde kwam aan zijn statutair bestuurschap. De rechtbank baseert dit oordeel op art. 6 van de statuten van Servatius waarin was bepaald dat het bestuur wordt gevormd door de directeur. Daarnaast hadden partijen zich hier destijds ook naar gedragen.

8 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 9 oktober 2008, directie Arbeidsverhoudingen, nr. WBJA/W2/08/27971, houdende vrijstelling van het moeten hebben van toestemming om de arbeidsverhouding te mogen opzeggen, *Stcrt.* 2008, 199. "Van artikel 6, eerste lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 wordt vrijstelling verleend voor de bestuurders van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen." Zie voor de versie die gold ten tijde van de 15 april-arresten *Stcrt.* 1972, 234.

9 Zie hiervoor art. 7:761 lid 1 sub e BW.

10 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 28.

11 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216.

12 Zie ook G.J.C. Rensen, 'Ontslag van de verenigingsbestuurder met een dienstbetrekking', *WPNR* 2015/7086, p. 1019-1020.

13 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 4, p. 12.

14 Internetconsultatie Wbtr 2014, MvT, p. 35.

15 Daarbij maakt het voor de toepasbaarheid van deze nieuwe regeling niet uit of de arbeidsovereenkomst voor of na 1 juli 2021 tot stand is gekomen.

16 Zie ook G.J.C. Rensen & P.H.N. Quist, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in de praktijk (II, slot)', *WPNR* 2021/7328, p. 451; M.L.G. Otto, 'De gevolgen van de WBTR voor de duale rechtsbetrekking van de stichtingsbestuurder', *TvOB* 2017/6, p. 222-225; zie over de invoering van deze bepaling voor de vereniging G.J.C. Rensen, 'Ontslag van de verenigingsbestuurder met een dienstbetrekking', *WPNR* 2015/7086, p. 1019-1020.

voor het ontslag van een statutair bestuurder dat ex art. 7:669 BW een redelijke grond voor ontslag vereist is. Dit vereiste blijft gewoon gelden. Nu echter herstel van de arbeidsovereenkomst onmogelijk is, kan de rechter bij gebrek aan een redelijke grond alleen nog maar een billijke vergoeding toekennen op grond van art. 7:682 lid 3 sub a BW.

In dit kader dient bij de stichting wel aandacht uit te gaan naar de wijze waarop de statutaire bepaling die ziet op het ontslag van de bestuurder in de statuten is vormgegeven. Voor de NV, de BV en de vereniging c.s. geldt immers op grond van de wet dat de bestuurder *te allen tijde* ontslagen kan worden door het daartoe bevoegde orgaan. Een dergelijke wettelijke bepaling ontbreekt voor de stichting. Uit de wet volgt slechts dat de statuten van een stichting de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders en, indien een RvC is ingesteld, commissarissen dienen in te houden.¹⁷ Het zal derhalve van de desbetreffende statutaire bepaling afhangen of daarin bijvoorbeeld slechts een orgaan wordt aangewezen dat bevoegd is tot ontslag over te gaan of dat er nadere beperkingen worden gesteld aan deze ontslagbevoegdheid. Zo kan er bijvoorbeeld voor gekozen worden om op te nemen dat de RvC te allen tijde bevoegd is tot het ontslag van bestuurders van de stichting om discussie over de reikwijdte van de rechtspersoonrechtelijke ontslagbevoegdheid te voorkomen.¹⁸ Otto wijst er in dit verband op dat voorkomen dient te worden dat de lat voor het rechtspersoonrechtelijke ontslag hoger wordt gelegd dan de lat voor het arbeidsrechtelijke ontslag (lees: de redelijke gronden van art. 7:699 BW). Volgens hem verdient het derhalve de voorkeur om in de statuten te bepalen dat degene die bevoegd is de statutair bestuurder te ontslaan daartoe mag overgaan zodra er sprake is van een redelijke grond in de zin van art. 7:699 BW.¹⁹ Naar mijn mening dient een dergelijke bepaling te gelden als uiterste grens,²⁰ maar moet goed worden nagedacht of het tot ontslag bevoegde orgaan wel een dergelijke vergaande beperking moet worden opgelegd. Onder omstandigheden kan ontslag immers gewenst zijn, ook indien een redelijke grond ontbreekt en een billijke vergoeding door de stichting betaald zal moeten worden.

Op grond van art. 2:298a lid 2 BW geldt de onmogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst tevens voor commissarissen. Ook dit is in lijn met de regeling die geldt

voor de NV en de BV²¹ en voor de vereniging c.s.²² Er kunnen vraagtekens worden gesteld bij het nut van deze uitbreiding naar commissarissen. De onafhankelijke positie van de commissaris binnen de rechtspersoon lijkt immers onverenigbaar met het hebben van een arbeidsovereenkomst. In de praktijk is de contractuele relatie van de commissaris met de rechtspersoon in de regel dan ook gegoten in de vorm van een overeenkomst van opdracht. Een dergelijke overeenkomst kan in beginsel te allen tijde worden opgezegd.²³ Daarnaast – en wellicht mede daarom – is art. 7:671 lid 1 sub e BW beperkt tot bestuurders.

Ook bij ontslag door de rechter op grond van art. 2:298 BW?

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of een ontslag van de bestuurder door de rechter op grond van (het door de Wbtr gewijzigde) art. 2:298 BW ook automatisch het arbeidsrechtelijk ontslag tot gevolg heeft.²⁴ Mijns inziens is het wel degelijk de bedoeling van de wetgever dat een ontslag door de rechter ook leidt tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. In een eerdere versie is namelijk voorgesteld om de bepaling over de onmogelijkheid tot herstel van de arbeidsovereenkomst op te nemen in art. 2:298 lid 4 BW.²⁵ Rensen merkte hierover op dat dit wat ongelukkig was omdat daardoor de indruk zou kunnen ontstaan dat de onmogelijkheid van herstel van de arbeidsovereenkomst juist alleen zou gelden in het geval van een rechterlijk ontslag op grond van art. 2:298 BW, terwijl ontslag van een stichtingsbestuurder of -commissaris ook op andere wijze kan plaatsvinden.²⁶ In de tweede nota van wijziging is dit onderkend en is “vanwege de algemene strekking” ervoor gekozen om deze regeling in een apart artikel (art. 2:298a BW) te plaatsen.²⁷ Bij het opstellen van het verzoek zal dus rekening gehouden moeten worden met de gevolgen van het arbeidsrechtelijk ontslag.

17 Zie het (door de Wbtr gewijzigde) art. 2:286 lid 4 sub c BW.

18 Overigens heeft, nu de ontslagregeling bij de stichting verder geheel in lijn is met die voor de andere rechtspersonen, naar mijn mening als uitgangspunt te gelden dat het daartoe bevoegde orgaan (rechtspersoonrechtelijk) te allen tijde bevoegd is om de bestuurder te ontslaan. Het ontbreken van deze woorden in de statutaire bepaling doet daar in beginsel niets aan af.

19 M.L.G. Otto, ‘De gevolgen van de WBTR voor de duale rechtsbetrekking van de stichtingsbestuurder’, *TvOB* 2017/6, p. 224.

20 In die zin dat geen verdergaande beperkingen aan het tot ontslag bevoegde orgaan moeten worden opgelegd.

21 Zie art. 2:144 lid 2 en art. 2:254 lid 2 BW.

22 Zie de laatste volzin van het nieuwe art. 2:47a lid 1 BW dat door de Wbtr wordt ingevoerd.

23 Art. 7:408 lid 1 BW. Uiteraard is het wel mogelijk dat in de overeenkomst van opdracht bepaalde bepalingen zijn opgenomen, zoals betalingsverplichtingen in geval van (voortijdige) opzegging.

24 Zie hierover M.L.G. Otto, ‘De gevolgen van de WBTR voor de duale rechtsbetrekking van de stichtingsbestuurder’, *TvOB* 2017/6, p. 223 en 224. Zo wordt bijvoorbeeld afgevraagd of de bevoegdheid van de rechtbank als extern rechtsprekende instantie niet louter ziet op het ontslaan van de statutair bestuurder in zijn rechtspersoonrechtelijke hoedanigheid. Steun voor deze opvatting wordt gezocht bij de Hoffman Bedrijfsrecherchebeschikking (HR 28 juni 2000, *JOR* 2000/151) waarin de Hoge Raad concludeerde dat het ontslag van een bestuurder door de Ondernemingskamer (“OK”) in die casus alleen zag op zijn hoedanigheid als bestuurder. Daarbij merk ik overigens op dat de OK in de Hoffman Bedrijfsrecherchebeschikking in het geheel niet was ingegaan op de arbeidsrechtelijke aspecten. De A-G achtte dit een lacune in de motivering (zie 2.2.4.5.), maar de Hoge Raad maakte daaruit op dat het ontslag door de OK in dit specifieke geval klaarblijkelijk alleen de functionele relatie betrof.

25 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 7, p. 8.

26 G.J.C. Rensen, ‘Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen in de re-bound’, *WPNR* 2019/7223, p. 46.

27 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 10, p. 2.

3. Wijziging van de bevoegde rechter

Naast de onmogelijkheid om de arbeidsovereenkomst te laten herstellen, is ook art. 2:131 BW sinds 1 juli 2021 van overeenkomstige toepassing op zowel de stichting als de vereniging c.s. Op grond hiervan is het de rechtbank van het rechtsgebied waarbinnen de rechtspersoon zijn woonplaats heeft die kennisneemt van alle rechtsvorderingen die betrekking hebben op de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder of commissaris waarvan het bedrag onbepaald is of EUR 25.000 te boven gaat. Daarnaast neemt dezelfde rechtbank kennis van een verzoek als bedoeld in art. 7:671b en 7:671c BW²⁸ met betrekking tot de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder of commissaris. Ook bestuurders- en commissarissen aansprakelijkheidsvorderingen op grond van art. 2:50a en 2:300a jo. art. 2:138 BW dienen bij deze rechtbank aanhangig te worden gemaakt.²⁹

Deze aanpassing brengt mee dat één rechtbank bevoegd is om te oordelen over zowel het rechtspersonenrechtelijke als het contractuele ontslag. De bepaling is aldus bedoeld om procedures die zien op geschillen tussen de bestuurder of commissaris en de rechtspersoon te laten behandelen door de rechtbank en niet (langer) door de kantonrechter. Als reden hiervoor wordt gegeven dat dit procedures zijn “die over het algemeen een belang betreffen waarbij de rechtspersonenrechtelijke aspecten meer betrokken zijn dan bij geschillen tussen de rechtspersoon en een werknemer”.³⁰ Deze bepaling gold reeds voor de NV (art. 2:131 BW), de BV (art. 2:241 BW) en – op grond van de schakelbepalingen van art. 2:50a, 2:53a en 2:300a BW – voor de commerciële vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de commerciële stichting. Sinds 1 juli 2021 geldt deze regeling dus voor alle rechtspersonen. Hiermee wil de wetgever een efficiënte procesvoering bevorderen.³¹

4. Een wettelijke bezoldigingsbepaling

4.1 Algemeen

De Wbtr introduceert voor de vereniging c.s. de wettelijke regel dat, tenzij de statuten anders bepalen, de AV aan bestuurders, en aan commissarissen als zodanig, een bezoldiging kan toekennen.³² Voor de stichting geldt dat de statuten kunnen bepalen dat aan bestuurders, en aan commissarissen als zodanig, een bezoldiging wordt toegekend.³³ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat onder bezoldiging moet worden verstaan elke vergoeding voor

verrichte of te verrichten arbeid.³⁴ Dit is een wat beperkte definitie van het begrip bezoldiging die allerlei vragen oproept. Kwalificeert bijvoorbeeld een vergoeding voor beëindiging van het dienstverband als een vergoeding voor verrichte of te verrichten arbeid? En hoe zit dat met een retentiebonus? Daarnaast wijkt deze omschrijving af van bijvoorbeeld het begrip bezoldiging dat wordt gehanteerd voor de NV. In de parlementaire geschiedenis bij de aanpassing van art. 2:135 BW werd namelijk opgemerkt dat, wat onder bezoldiging wordt verstaan, in art. 2:383c tot en met 2:383e BW staat.³⁵ Zelf zou mijn voorkeur uitgaan naar de definitie van Dortmund (of de definitie van mij die daarvan is afgeleid), namelijk dat de bezoldiging de vergoeding is die door de rechtspersoon aan de bestuurder (of commissaris) wordt betaald ter zake van het bestuurderschap (of het commissariaat).³⁶ De wettelijke bepaling ziet immers primair op een bevoegdheidsverdelingsvraag: wie mag de rechtspersoon vertegenwoordigen bij het overeenkomen van een bezoldiging met de bestuurder of commissaris? Het lijkt mij hoogst onwenselijk als de bevoegdheid voor het toekennen van bepaalde bezoldigingselementen die wellicht niet direct gelieerd zijn aan verrichte of nog te verrichten arbeid, vanwege een te beperkte definitie van het begrip bezoldiging, bij een ander orgaan zou liggen dan het orgaan dat in de statuten de bevoegdheid heeft gekregen om een bezoldiging aan bestuurders of commissarissen toe te kennen. Ik zou dan ook als uitgangspunt willen hanteren dat onder bezoldiging in beginsel iedere vorm van bezoldiging valt die wordt toegekend vanwege het bestuurderschap of het commissariaat en dat de definitie van de minister in die (ruime) zin moet worden begrepen.

Verder ogen de nieuwe regelingen flexibel maar laat een nadere beschouwing zien dat er bepaalde grenzen zitten aan de vrijheid van een rechtspersoon om te bepalen aan wie de bezoldigingsbevoegdheid in de statuten mag worden toegekend. Het is een gemiste kans dat de Wbtr niet aangegrepen is om hierover meer duidelijkheid te scheppen. Temeer nu in de parlementaire geschiedenis juist wordt opgemerkt dat het doel van de Wbtr is om de wettelijke regeling van de rechtspersonen in Boek 2 BW aan te vullen en te verduidelijken en, in dat kader, een aantal re-

28 In het huidige art. 2:131 BW, evenals in art. 2:241 BW, wordt nog verwezen naar art. 7:685 BW. Dat artikel is met de invoering van de Wet werk en zekerheid per 1 juli 2015 vervallen. De Wbtr past dit aan door daarvoor in de plaats te verwijzen naar art. 7:671b en 7:671c BW.

29 Zie hierover de bijdrage van G.J.H. van der Sangen in dit themanummer, *Ondernemingsrecht* 2021/75.

30 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 4, p. 12.

31 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 4, p. 12.

32 Art. 2:44 lid 7 en art. 2:47 lid 8 BW.

33 Art. 2:291 lid 7 en art. 2:292a lid 8 BW.

34 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 24. Deze definitie komt dicht in de buurt van die van Van Andel, die onder bezoldiging schaarde al hetgeen een rechtspersoon aan een bestuurder ter beschikking stelt als tegenprestatie voor verrichte arbeid. C.C.Th. van Andel, *De directeur; bestuurder en werknemer*, Deventer: Kluwer 1992, p. 48 e.v.

35 *Kamerstukken II* 2002/03, 28179, nr. 31, p. 6. De te onderscheiden onderwerpen die genoemd worden in art. 2:383c BW zijn: (i) periodiek betaalde beloningen, (ii) beloningen betaalbaar op termijn, (iii) uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband, en (iv) winstdelingen en bonusbetalingen. Uit art. 2:383d BW volgt onderwerp (v) beloningen in de vorm van aandelen of opties. In art. 2:383e BW wordt ten slotte genoemd: (vi) het verstrekken van leningen, voorschotten en garanties. Zie hierover Lokin 2018/364.

36 Van der Heijden/Dortmond, *Handboek* 2013/251. Vanwege de functieverbreiding van bezoldiging kom ik tot de definitie: “bezoldiging is de beloning die door de rechtspersoon aan de bestuurder wordt uitgekeerd, toegekend of in het vooruitzicht wordt gesteld ter zake van het bestuurderschap.” Zie Lokin 2018/8.

gels die gelden voor de NV en de BV ook zijn gaan gelden voor alle rechtspersonen. Dit heeft volgens de memorie van toelichting als voordeel dat “de uitleg die bij de NV en de BV al aan de desbetreffende regel is gegeven, ook kan worden toegepast voor de andere rechtspersonen”. Zodoende kan er “onderlinge kruisbestuiving plaatsvinden en worden onnodige verschillen tussen de rechtsvormen weggenomen.”³⁷ Dit voordeel verdwijnt uiteraard grotendeels in het geval dat er reeds rechtsonzekerheid bestaat met betrekking tot de regeling die geldt voor de NV en de BV. Dat is hier het geval.³⁸ Desalniettemin geeft de parlementaire geschiedenis wel allerlei aanknopingspunten om de puzzel, aan wie de bezoldigingsbevoegdheid wel en niet mag worden toegekend, te leggen.

4.2 Voor de vereniging c.s.

4.2.1 Bezoldiging van bestuurders

Voor de vereniging c.s. geldt sinds 1 juli 2021 art. 2:44 lid 7 BW op grond waarvan de AV aan bestuurders een bezoldiging kan toekennen, tenzij de statuten anders bepalen. Naar mijn mening gold eenzelfde regeling ook voor 1 juli 2021 al. Zoals Dortmond terecht opmerkt kwam, nu de wet zweeg over enige bezoldigingsbevoegdheid, op grond van art. 2:40 BW (jo. art. 2:53 BW) deze bevoegdheid immers toe aan de AV, tenzij in de statuten deze bevoegdheid is verleend aan een ander.³⁹ Als uitgangspunt heeft in dat kader mijns inziens te gelden dat de verplichte aanwezigheid van een AV bij de vereniging c.s. met een dualistisch bestuursmodel, evenals bij de NV en de BV, meebrengt dat het bestuur niet statutair de bevoegdheid toebedeeld kan krijgen om de bezoldiging van zijn eigen leden vast te stellen. Evenmin kan mijns inziens in de statuten de bevoegdheid aan het bestuur worden gedelegeerd om een bezoldiging aan de commissarissen toe te kennen vanwege de onverenigbaarheid van deze bevoegdheid voor het bestuur met de toezichtstaak van de RvC. Voor een nadere uitleg verwijs ik naar een eerdere bijdrage over dit onderwerp voor de NV en BV.⁴⁰

4.2.2 Bezoldiging van commissarissen

Wanneer wij naar de nieuwe regeling voor de RvC kijken, dan valt op dat voor de NV en de BV sinds 2004 dwingendrechtelijk is bepaald dat alleen de AV een bezoldiging aan commissarissen kan toekennen, terwijl in het nieuwe art. 2:47 lid 8 BW voor de vereniging c.s. is opgenomen dat, *tenzij de statuten anders bepalen*, de AV een bezoldiging kan toekennen aan de commissaris als zodanig. Daarbij dient te worden opgemerkt dat deze laatste regeling voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschap-

pij al voor inwerkingtreding van de Wbtr gold op grond van art. 2:57 lid 6 BW. In zoverre brengt de Wbtr dus slechts mee dat deze regeling ook is gaan gelden voor de vereniging. Wanneer ligt het nu voor de hand om af te wijken van het uitgangspunt dat de bezoldigingsbevoegdheid bij de AV berust? Dortmond geeft als voorbeeld de situatie dat, indien een derde een commissaris benoemt, deze derde ook een bezoldiging aan de commissaris mag toekennen. Hij wijst erop dat daarmee kan worden voorkomen dat de AV, aan deze door een derde benoemde commissaris, een zeer lage bezoldiging zou kunnen toekennen om een voor de AV ongewenste commissaris te ontmoedigen de functie op zich te nemen.⁴¹ Indien de bezoldiging van andere commissarissen door de AV op een hoger bedrag is vastgesteld, lijkt mij deze gang van zaken overigens in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het besluit is derhalve vernietigbaar. De mogelijkheden van de AV om in dat geval een redelijke bezoldiging aan de commissaris te onthouden, lijken mij dan ook beperkt. Andersom zou ik zeggen dat het een derde ook niet geheel vrijstaat om, zonder objectieve rechtvaardigingsgrond, een door de derde benoemde commissaris een bezoldiging toe te kennen die substantieel hoger is dan de andere leden van de RvC. Desalniettemin kan in beide gevallen het uiteenlopen van de bevoegdheid om te benoemen en om de bezoldiging vast te kunnen stellen aanleiding geven tot ongewenste interne conflicten. De wet lijkt een regeling op grond waarvan de bezoldigingsbevoegdheid voor bepaalde commissarissen wordt verdeeld over meer organen of derden niet te verbieden. Bij een *one tier board*, waar een duidelijk onderscheid gemaakt wordt tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, lijkt mij een verdeling van de bezoldigingsbevoegdheid zonder meer toegestaan. Het is echter de vraag hoe wenselijk het is om de bevoegdheid ook te (mogen) verdelen met betrekking tot leden van een orgaan die op basis van de wet dezelfde taakstelling hebben.

De Wbtr had overigens bijna een einde gemaakt aan enige onzekerheid over de vraag of de bevoegdheid om een bezoldiging te mogen toekennen aan commissarissen kan worden verdeeld over meer dan een orgaan of derde. Het had namelijk niet veel gescheeld of de hang van de minister naar uniformering van de regels van bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen in de Algemene Titel van Boek 2 BW had ertoe geleid dat de beperkte regeling van de NV en de BV ook voor de vereniging c.s. zou gaan gelden. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was namelijk voor alle rechtspersonen behalve de stichting opgenomen dat, *tenzij de wet anders bepaalt*, alleen de AV aan commissarissen een bezoldiging kan toekennen.⁴² Daarmee

37 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 2 en 3.

38 Zie hierover E.C.H.J. Lokin, ‘Het bezoldigingsbesluit van de NV en BV’, in: De Jongh e.a. (red.), *Bestuursbesluiten (IVOR nr. 123) 2021/8* (hierna: Lokin 2021).

39 P.J. Dortmond, ‘Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2016/82, p. 7.

40 Lokin 2021.

41 P.J. Dortmond, ‘Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2016/82, p. 6.

42 Wel werd opgemerkt dat het mogelijk was om in bijvoorbeeld sectorspecifieke wetgeving een afwijkende regel te geven. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 24. Zie hierover tevens het antwoord van de minister op het verzoek van VNO-NCW en MKB-Nederland om dit in de wet op te nemen, *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 27.

werd beoogd om de waarborgen voor behoorlijk functioneren van het interne toezicht op rechtspersonen te versterken. Wel zou het mogelijk zijn dat een bijzondere wet voor bijvoorbeeld rechtspersonen in een bepaalde sector een afwijkende regel zou geven.⁴³ Nadat door de minister werd afgezien van het plaatsen van de regels van bestuur en toezicht in de Algemene Titel van Boek 2 BW, is de dwingendrechtelijke bepaling, dat de bezoldiging van commissarissen (en overigens ook van niet uitvoerende bestuurders) van de vereniging c.s. alleen door de AV kan worden toegekend, niet meer terug te vinden.⁴⁴

De wetstechnische aanpassing om de regels voor bestuur en toezicht per rechtspersoon in de respectievelijke titels van Boek 2 BW op te nemen, heeft aldus tot gevolg gehad dat – overigens zonder nadere toelichting – weer is aangesloten bij de reeds bestaande regeling voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij in plaats van bij de (beperkte, dwingendrechtelijke) regeling voor de NV en BV. Zo kan bijvoorbeeld het bedrag van de bezoldiging in de statuten worden bepaald of kan de bevoegdheid tot toekenning van een bezoldiging statutair aan een ander orgaan dan de AV worden toegekend. Desalniettemin geldt naar mijn mening ook voor de RvC van de vereniging c.s. dat hij niet de bevoegdheid kan krijgen om de bezoldiging van zijn eigen leden vast te stellen. Door de minister is hierover opgemerkt dat het uitgangspunt, zoals vervat in de nieuwe wettelijke regeling, dat degene die benoemt in beginsel ook bevoegd is om een bezoldiging toe te kennen, “moet voorkomen dat de commissarissen hun eigen bezoldiging vaststellen. Daarnaast moet deze bepaling voorkomen dat het bestuur de bezoldiging van de commissarissen vaststelt”. Dat laatste zou zich immers slecht verhouden met de “toezichtgedachte”.⁴⁵

4.2.3 Bezoldiging bij een monistisch bestuursmodel

De dwingendrechtelijke taakverdeling tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders bestaat al enige tijd voor de NV en de BV met een monistisch bestuursmodel.⁴⁶ Op grond van deze taakverdeling kunnen het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders – in het geval dat deze laatste bevoegdheid statutair gedelegeerd is aan het bestuur – in elk geval niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld.⁴⁷ Eenzelfde regeling gaat ook gelden voor verenigingen en stichtingen die kiezen voor een *one*

tier board.⁴⁸ Als reden voor voornoemde beperkingen wordt gegeven dat het hier gaat om taken die in een dualistisch bestuursmodel berusten bij de RvC en die nauw aansluiten bij de toezichthoudende en adviserende rol van de niet uitvoerende bestuurders. Wanneer deze taken zouden berusten bij uitvoerende bestuurders, zou dit bovendien kunnen leiden tot belangenconflicten.⁴⁹

Ook de standaardbepaling, dat uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van een bezoldiging van uitvoerende bestuurders, zal gaan gelden voor verenigingen en stichtingen met een monistisch bestuursmodel.⁵⁰

Uit voornoemde bepalingen volgt dat de bevoegdheid om een bezoldiging aan uitvoerende bestuurders toe te kennen bij een vereniging c.s. met een *one tier board* in de statuten wel degelijk aan het bestuur kan worden gedelegeerd. Dat geldt naar mijn mening echter niet voor de bevoegdheid om aan de niet uitvoerende bestuurders een bezoldiging toe te kennen. Dat tijdens het wetgevingsproces is afgezien van het opnemen van de regeling – zoals opgenomen in het oorspronkelijke voorstel – dat uitsluitend de AV bevoegd is tot het toekennen van een bezoldiging aan de niet uitvoerende bestuurders, laat dat mijns inziens onverlet.⁵¹ De toezichthoudende taak, die onlosmakelijk verbonden is met de niet uitvoerende bestuurders, verhindert ook in dit geval dat de bevoegdheid om een bezoldiging toe te kennen aan de niet uitvoerende bestuurders kan worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders. Daarnaast lijkt het evenmin mogelijk om deze bevoegdheid toe te kennen aan de niet uitvoerende bestuurders zelf.⁵²

4.3 Voor de stichting

4.3.1 Bezoldiging van bestuurders

Sinds 1 juli 2021 geldt op grond van art. 2:291 lid 7 BW voor de stichting dat de statuten kunnen bepalen dat aan bestuurders een bezoldiging wordt toegekend. Ontbreekt een dergelijke bepaling, dan zullen de bestuurders hun werkzaamheden dus onbezoldigd moeten verrichten. Uit de aard van de stichting volgt dat, indien er slechts een bestuur is, het mogelijk zou moeten zijn dat het bestuur bevoegd is om een bezoldiging aan zijn eigen leden toe te kennen. Is er echter een RvC dan valt te betogen dat uit ons rechtspersonenrechtelijk systeem voortvloeit dat het

43 Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 17.

44 Zie Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 7.

45 Internetconsultatie Wbtr 2014, MvT, p. 19.

46 Zie hierover de bijdrage van N. Kreileman & S.H.M.A. Dumoulin in dit themanummer, *Ondernemingsrecht* 2021/72.

47 Art. 2:129a lid 1 en art. 2:239a lid 1 BW.

48 Zie art. 2:44a lid 1 en art. 2:291a lid 1 BW. De inwerkingtreding van de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het monistisch bestuursmodel is tot nader orde uitgesteld omdat het, naar wij lezen in de toelichting op het KB, nog niet technisch mogelijk is om in het handelsregister aan te geven of een bestuurder uitvoerend of niet uitvoerend is. *Stb.* 2021, 284.

49 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 15 en 16 onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, nr. 3, p. 14-17.

50 Zie het nieuwe art. 2:44a lid 4 BW. Zie art. 2:129a lid 2 BW voor de NV en art. 2:239a lid 2 BW voor de BV.

51 Zie het voorgestelde art. 2:9a lid 6 BW. Deze beperking is na de eerste nota van wijziging niet langer terug te vinden: *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 16 en 17. *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 7.

52 Zie hiervoor Lokin 2021.

bestuur niet langer bevoegd mag zijn om aan zijn eigen leden een bezoldiging toe te kennen. Deze bevoegdheid dient in dat geval aan de RvC (of bijvoorbeeld aan een ander in de statuten aangewezen orgaan) te worden toegekend. Daarbij merk ik op dat alle bestuurders wel een tegenstrijdig belang hebben bij het toekennen van een bezoldiging aan een lid van het bestuur. Is geen afwijkende tegenstrijdigbelangbepaling in de statuten opgenomen, dan geldt op grond van het nieuwe art. 2:291 lid 6 BW dat de bestuurders alsnog het bezoldigingsbesluit nemen waarbij de overwegingen die ten grondslag liggen aan dat besluit schriftelijk moeten worden vastgelegd.

4.3.2 *Bezoldiging van commissarissen*

Het nieuwe art. 2:292a lid 8 BW bevat de algemene regeling dat de statuten van de stichting kunnen bepalen dat aan de commissarissen als zodanig een bezoldiging wordt toegekend. In het voorstel dat in 2014 ter consultatie werd voorgelegd, merkte de minister op dat, nu de stichting geen AV kent, toekenning van een bezoldiging aan commissarissen, evenals het aan commissarissen onthouden van een bezoldiging, in beginsel alleen door het bestuur zou kunnen geschieden. Dit verdraagt zich echter slecht met de “toezichtgedachte”, aldus de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie.⁵³ De minister gaat er daarom van uit dat, zonder nadere wettelijke regeling, de RvC geheel uit eigen beweging zou kunnen overgaan tot het toekennen van een bezoldiging aan commissarissen. Daarbij lijkt de minister aldus aan te nemen dat de RvC voor 1 juli 2021, ook zonder statutaire bepaling op grond waarvan een bezoldiging kan worden toegekend aan commissarissen, reeds bevoegd was om een bezoldiging aan zijn eigen leden toe te kennen. De daaraan ten grondslag liggende redenering zal erin gelegen zijn dat bij de stichting, behoudens voor zover anders voortvloeit uit wettelijke of statutaire bepalingen, in beginsel iedere bevoegdheid bij het bestuur ligt. Bij de stichting geldt immers als uitgangspunt dat deze maar één orgaan heeft, waardoor er ook geen discussie kan ontstaan over enige restbevoegdheid.⁵⁴ De bezoldigingsbevoegdheid behelst een vertegenwoordigingsbevoegdheid, en die bevoegdheid ligt primair bij het bestuur.⁵⁵ Omdat het bestuur echter slechts de stichting vertegenwoordigt voor zover uit de wet niet anders voortvloeit, en uit de wet voortvloeit dat de “toezichtgedachte” verbiedt dat het bestuur bevoegd is om aan commissarissen een bezoldiging toe te kennen, vloeit uit de wet voort dat deze vertegenwoordigingsbevoegdheid bij de RvC ligt. Deze vaststelling is niet onbelangrijk. Allereerst volgt hier naar mijn mening uit dat een reeds bestaande statutaire

bepaling op grond waarvan het bestuur bevoegd is om aan de RvC een bezoldiging toe te kennen, nietig is. In dat geval zou ik willen aannemen dat alsnog de RvC bevoegd is om een bezoldiging toe te kennen.

Hoewel in de regel in de statuten een bepaling zal zijn opgenomen, vloeit uit het vorenstaande verder voort dat een RvC voor inwerkingtreding van de Wbtr, ook indien een statutaire bevoegdheidsbepaling daartoe ontbreekt, rechtsgeldig namens de stichting een bezoldiging aan zijn eigen leden kon toekennen. Een op grond daarvan uitgekeerde bezoldiging is, behoudens andere omstandigheden, dus niet onverschuldigd betaald.

Met het nieuwe art. 2:292a lid 8 BW wordt bewerkstelligd dat bewust gekozen dient te worden voor de mogelijkheid om aan commissarissen een bezoldiging toe te kennen. De inwerkingtreding van de Wbtr brengt derhalve mee, dat vanaf 1 juli 2021 nog slechts een bezoldiging mag worden toegekend aan commissarissen indien de statuten de mogelijkheid daartoe bieden. Daarbij heeft als uitgangspunt te gelden dat, indien in de statuten slechts is opgenomen dat aan de commissarissen een bezoldiging kan worden toegekend, zonder nader te specificeren wie daartoe bevoegd is, deze bevoegdheid bij de RvC ligt.

Opgemerkt dient te worden dat, in tegenstelling tot de bepalingen voor de NV en de BV die dwingendrechtelijk bepalen dat slechts één orgaan – de AV – een bezoldiging aan commissarissen kan toekennen, ook voor de stichting geldt dat de statuten andere voorzieningen kunnen treffen. Zo kan het bedrag van de bezoldiging in de statuten worden bepaald of gelimiteerd, of kan de bevoegdheid tot toekenning van een bezoldiging statutair aan een derde worden toegekend.⁵⁶

4.3.3 *Bezoldiging in het geval dat na 1 juli 2021 een statutaire bepaling ontbreekt*

Voor stichtingen die momenteel geen expliciete statutaire bepaling kennen op grond waarvan aan bestuurders en/of commissarissen een bezoldiging kan worden toegekend, maar die desalniettemin een bezoldiging toekennen aan hun bestuurders en/of commissarissen, brengt de inwerkingtreding van de Wbtr een verplichte statutenwijziging mee. In de Wbtr is niet voorzien in bijzonder overgangsrecht voor deze gevallen. Op grond van art. XV lid 1 Overgangswet is wel het algemene art. 29 lid 1 Overgangswet nieuw BW van overeenkomstige toepassing. Art. 2:291 lid 7 en art. 2:292a lid 8 BW zijn dan ook vanaf inwerkingtreding onmiddellijk van toepassing, maar wel enkel met betrekking tot feiten die na dat moment voorvallen. Op grond van art. 79 Overgangswet is een rechtshandeling die verricht is voordat de wet daarop van toepassing wordt, niet nietig of vernietigbaar ten gevolge van een omstandigheid die de wet, in tegenstelling tot het tevoren geldende recht, aangemerkt heeft als een grond van nietigheid of vernietigbaarheid.⁵⁷ Zolang de samenstelling

⁵³ Internetconsultatie Wbtr 2014, MvT, p. 30.

⁵⁴ Vandaar dat een bepaling over de restbevoegdheid, zoals bij de NV (art. 2:107 lid 1 BW) en de BV (art. 2:217 lid 1 BW), ook ontbreekt bij de stichting.

⁵⁵ Art. 2:292 lid 1 BW. Tegenwoordig wordt algemeen aanvaard dat de reeds in Boek 2 BW opgenomen bezoldigingsbepalingen tevens vertegenwoordigingsbepalingen zijn, waardoor het voor de hand ligt om de bevoegdheid tot het toekennen van een bezoldiging in deze hoek te zoeken.

⁵⁶ Internetconsultatie Wbtr 2014, MvT, p. 30.

⁵⁷ Zie ook *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, nr. 3, p. 37.

van het bestuur of de RvC niet wijzigt, zou betoogd kunnen worden dat ook na 1 juli 2021 de stichting kan voortgaan met het uitkeren van de reeds toegekende bezoldiging op grond van de (bezoldigings)overeenkomst tussen de stichting en bestuurder of commissaris die voor inwerkingtreding van de Wbtr rechtsgeldig tot stand is gekomen. Wil de stichting echter ook toekomstige bestuurders of commissarissen een bezoldiging toekennen, of wil de stichting de bezoldiging van een bestuurder of commissaris aanpassen, dan zal een statutaire bepaling, op grond waarvan aan een bestuurder of commissaris een bezoldiging kan worden toegekend, vereist zijn. De aanname van de minister dat de Wbtr niet zal leiden tot gedwongen statutenwijzigingen is op dit punt dan ook onjuist.

4.3.4 *Bezoldiging bij een monistisch bestuursmodel*

Ook de stichting kan, behoudens sectorspecifieke wetgeving die dat verbiedt, kiezen voor een *one tier board*. In dat geval kan het voorkomen dat het bestuur beslist over zowel de bezoldiging van de uitvoerende bestuurders als de niet uitvoerende bestuurders, waarbij opgemerkt dient te worden dat de uitvoerende bestuurders in beide gevallen onbevoegd zijn om hierover mee te besluiten en zich dan ook afzijdig dienen te houden. Deze onthoudingsregel vloeit mijns inziens, met betrekking tot het toekennen van bezoldiging aan de niet uitvoerende bestuurders, niet voort uit de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling, maar uit het rechtspersonenrechtelijk systeem op grond waarvan de toezichthoudende taak van de niet uitvoerende bestuurders onvereenigbaar is met deelname van de uitvoerende bestuurders aan de besluitvorming over het toekennen van een bezoldiging aan de niet uitvoerende bestuurders. De uitvoerende bestuurders zijn derhalve absoluut onbevoegd. De niet uitvoerende bestuurders kunnen in dat geval dus, namens het bestuur, zowel een bezoldiging aan de uitvoerende bestuurders toekennen als een bezoldiging aan de niet uitvoerende bestuurders.

Daarbij dient opgemerkt te worden, dat de niet uitvoerende bestuurders wel een tegenstrijdig belang hebben bij het toekennen van een bezoldiging aan niet uitvoerende bestuurders. De niet uitvoerende bestuurders kunnen dan ook niet volstaan met een besluitvormingsproces waarbij alleen de niet uitvoerende bestuurder over wiens bezoldiging wordt besloten zich onthoudt van beraadslaging en besluitvorming. Vanwege het persoonlijke belang dat een niet uitvoerende bestuurder heeft bij het toekennen van een bezoldiging aan een andere niet uitvoerende bestuurder, moet geconcludeerd worden dat alle niet uitvoerende bestuurders in dat geval een tegenstrijdig belang hebben. Is geen afwijkende tegenstrijdigbelangbepaling in de statuten opgenomen, dan geldt op grond van art. 2:291 lid 6 BW dat de niet uitvoerende bestuurders alsnog het bezoldigingsbesluit nemen waarbij de overwegingen die ten grondslag liggen aan dat besluit schriftelijk moeten worden vastgelegd.

4.3.5 *Bezoldiging en het uitkeringsverbod*

Op grond van art. 2:285 lid 3 BW mag het doel van de stichting niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van de organen van de stichting of aan anderen, tenzij de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Deze bepaling wordt kortweg ook wel het uitkeringsverbod genoemd. Door de minister is geëxpliciteerd dat een *passende* bezoldiging niet onder dit uitkeringsverbod valt.⁵⁸ Daarmee wordt de deur opengehouden voor rechters om een exorbitante bezoldiging, zowel toegekend aan bestuurders als aan commissarissen, aan te merken als een uitkering in strijd met art. 2:285 lid 3 BW.

5. **Toekenning van de bezoldiging en de Wet normering topinkomens**

De bevoegdheid van degene die op basis van de wet of statuten een bezoldiging mag toekennen aan bestuurders van de rechtspersoon kan worden ingeperkt in het geval de Wet normering topinkomens ("WNT") op de desbetreffende rechtspersoon van toepassing is. Deze wet, die op 1 januari 2013 in werking is getreden, heeft tot doel het tegengaan van bovenmatige bezoldigingen en ontslagvergoedingen voor topfunctionarissen bij instellingen in de publieke en semipublieke sector.⁵⁹ De WNT stelt (bij wet of, voor bepaalde specifieke sectoren, bij ministeriële regeling) een maximum aan de hoogte van de bezoldiging die mag worden toegekend.⁶⁰ Uitkeringen in verband met de beëindiging van het dienstverband zijn eveneens door de WNT gemaximeerd.⁶¹ Naast de bestuurders gelden er ook bezoldigingsmaxima voor de leden van het hoogste toezichthoudende orgaan.⁶² Afspraken en betalingen in strijd met deze wettelijke of sectorale maxima zijn nietig. Indien het daartoe bevoegde orgaan een hogere dan toegestane bezoldiging toekent, dan bedraagt de bezoldiging van rechtswege het bedrag dat ten hoogste is toegestaan.⁶³ Betalingen die zijn verricht in strijd met de WNT zijn onverschuldigd betaald en kunnen worden teruggevorderd.⁶⁴ Hetzelfde geldt voor te hoge uitkeringen in verband met de beëindiging van het dienstverband, tenzij deze hogere betaling voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak.⁶⁵ Deze uitzondering kan ertoe leiden dat partijen gebaat zijn bij

⁵⁸ Internetconsultatie Wbtr 2014, MvT, p. 30.

⁵⁹ *Stb.* 2012, 584.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld de Regeling normering topinkomens toegelaten instellingen volkshuisvesting (laatst gewijzigd *Stcrt.* 2020, 59268); Regeling normering topinkomens OCW-sectoren (laatst gewijzigd *Stcrt.* 2020, 61329); Regeling bezoldiging topfunctionarissen OS-sector (laatst gewijzigd *Stcrt.* 2020, 60399); Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen zorg en jeugdhulp (laatst gewijzigd *Stcrt.* 2020, 59447); Regeling sectorale bezoldigingsnorm topfunctionarissen zorgverzekeraars (laatst gewijzigd *Stcrt.* 2020, 59447).

⁶¹ Art. 2.10 en 3.7 WNT.

⁶² Zie art. 2.2 en 3.2 WNT.

⁶³ Art. 1.6 lid 1 WNT.

⁶⁴ Art. 6:203 BW. Ieder beding tussen partijen waarin het onverschuldigd betaalde bedrag wordt kwijtgescholden of een schenking met de onverschuldigde betaling wordt verrekend, is nietig. Art. 1.6 lid 4 WNT.

⁶⁵ Art. 1.6 lid 2 WNT.

een gang naar de rechter omdat voor een minnelijke regeling de maximering van de WNT geldt. In de rechtspraak zien we dan ook terug dat partijen kiezen voor bijvoorbeeld een art. 96 Rv-procedure om een rechter een beëindigingsvergoeding vast te laten stellen.⁶⁶ Indien de WNT van toepassing is, zal degene op wie de bezoldigingsbevoegdheid rust dus rekening moeten houden met de bezoldigingsmaxima van de WNT.

6. Materiële kwalificatie: wie is bestuurder, commissaris of werknemer?

De nieuwe regels voor bestuur en toezicht brengen enige onduidelijkheid mee over de kwalificatie van bepaalde organen, bijvoorbeeld in het in de praktijk vaak voorkomende geval dat gekozen is voor een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur.⁶⁷ Zo kan het voorkomen dat het dagelijks bestuur zich bezighoudt met de strategie en dagelijkse gang van zaken binnen de rechtspersoon terwijl de taak van het algemeen bestuur meer lijkt op die van een toezichthoudend orgaan. Zijn in dat geval de bepalingen die gelden voor de RvC van toepassing op het algemeen bestuur? Het antwoord op deze vraag is niet onbelangrijk. Zo dient duidelijk te zijn of de leden van het orgaan een plicht hebben om behoorlijk te besturen of om behoorlijk toezicht te houden. Meer nog is de kwalificatie van het desbetreffende orgaan van belang voor de rechtsgeldige benoeming, bezoldiging, schorsing en het ontslag van diens leden.

Uit de parlementaire geschiedenis komt naar voren dat voor de aanduiding van het toezichthoudende orgaan voor “raad van commissarissen” is gekozen omdat wettensystematisch het niet voor de hand ligt om binnen Boek 2 BW verschillende benamingen te hanteren voor organen die in feite dezelfde functie vervullen.⁶⁸ Een RvC behoeft een statutaire basis.⁶⁹ Benadrukt wordt echter dat de naam die – of het etiket dat – aan een bepaald orgaan gegeven is, niet bepalend is voor de juridische kwalificatie van dat orgaan.⁷⁰ In de wet is expliciet opgenomen dat een RvC gelijk is aan een raad van toezicht,⁷¹ maar ook een orgaan met een andere benaming dat dezelfde taakstelling heeft als

de RvC kan als een RvC worden aangemerkt.⁷² De wetgever heeft aldus gekozen voor een materiële in plaats van een formele regeling.⁷³

De parlementaire geschiedenis is niet eenduidig over welke taakstelling nu leidt tot de kwalificatie RvC. Zo wordt in de memorie van toelichting aangesloten bij de toezichthoudende taak: “Wanneer in de statuten een orgaan van de rechtspersoon wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, is dat orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet (...). Het orgaan heeft in dat geval de taken en de bevoegdheden die door de wet aan een raad van commissarissen worden toebedeeld”.⁷⁴ In de memorie van antwoord in de Eerste Kamer sluit de minister echter aan bij de toezichthoudende én de raadgevende taak. “Een orgaan is een raad van commissarissen als bedoeld in de artikelen 2:44 lid 1 en 2:292a lid 1 BW van het wetsvoorstel indien het orgaan tot taak heeft om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie én het orgaan tot taak heeft om het bestuur met raad terzijde te staan.”⁷⁵ Omdat advisering in zekere zin onlosmakelijk verbonden is met het houden van behoorlijk toezicht, lijkt mij dat de taak om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken leidend is voor het kwalificeren van een orgaan als RvC.⁷⁶ Ontbreekt in de statutaire bepaling een explicitering van de raadgevende taak, dan hoeft dat er mijns inziens niet toe te leiden dat het desbetreffende orgaan niet als RvC kwalificeert. Om misverstanden te voorkomen, verdient het uiteraard de voorkeur om de raadgevende taak wel expliciet in de desbetreffende statutaire bepaling tot uiting te laten komen. Heeft een orgaan enkel de taak om het bestuur te adviseren of als klankbord te fungeren, dan kwalificeert dat orgaan niet als RvC.⁷⁷

De vraag of, in het geval dat er bij een rechtspersoon sprake is van verschillende toezichthoudende organen die elk toezicht houden op een specifiek onderdeel van het beleid, elk van die organen (al dan niet voor een deel) als RvC moet worden beschouwd, beantwoordt de minister ont-

66 Overigens volgt uit de toelichting bij de Uitvoeringsregeling WNT dat als partijen de rechter gezamenlijk verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden onder toekenning van een door hen vooraf afgesproken vergoeding, er feitelijk geen sprake is van een vergoeding die door de (kanton) rechter is vastgesteld. Er vindt in de regel geen rechterlijke toets plaats, aldus de minister. De ontbindingsbeschikking als zodanig is wel formeel van kracht, maar de afspraak tussen partijen kan strijdig zijn met de WNT als de afgesproken ontslagvergoeding uitstijgt boven het maximum. *Stcr*. 2014, 36379, p. 11.

67 Zie ook P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, ‘De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2017/7162, p. 629-630; G.J.C. Rensen & P.H.N. Quist, ‘De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in de praktijk (I)’, *WPNR* 2021/7327, p. 429.

68 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20.

69 Art. 2:47 lid 1 en art. 2:292a lid 1 BW.

70 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 4.

71 Zie art. 2:47 lid 1 en art. 2:292a lid 1 BW. *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, C, p. 14.

72 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 17.

73 De Jongh stelde een formele in plaats van een materiële regeling voor om de bestaande rechtsonzekerheid te voorkomen. Hij dacht aan een lichte regeling waarbij de wetgever aan de vereniging en de stichting twee varianten ter beschikking stelt: (i) een raad van toezicht met een adviserende taak en een toezichthoudende taak, vergelijkbaar met de RvC van de NV en de BV, en (ii) een raad van advies met een louter adviserende functie. Een raad van toezicht of raad van advies zou in dat geval alleen als zodanig in de zin van de wet gekwalificeerd worden als dit orgaan in de statuten ook als zodanig wordt aangeduid. J.M. de Jongh, ‘Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht’, *Ondernemingsrecht* 2017/102, onder 5.1.

74 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20.

75 *Kamerstukken I* 2020/21, 34491, C, p. 14.

76 Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme, *Corporate Governance* 2019/298; Van der Heijden/Dortmond, *Handboek* 2013/273; Slagter/Assink, *Compendium* 2013/1183.

77 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20 en 21.

kennend.⁷⁸ Als reden geeft de minister dat een wezenlijk element van de taak van de RvC immers is dat toezicht wordt gehouden op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming en organisatie. Hieruit vloeit voort dat een orgaan dat bijvoorbeeld enkel tot taak heeft om toezicht te houden op de financiële gang van zaken binnen de rechtspersoon, in ieder geval niet kwalificeert als een RvC.⁷⁹ Het blijft mogelijk om deze andere organen te hebben, maar deze organen worden niet aangemerkt als RvC in de zin van de wet.⁸⁰

In de parlementaire geschiedenis wordt verder nog als voorbeeld aangehaald dat bij een vereniging een “commissie” bij de statuten is ingesteld die “namens de ledenvergadering belast is met het dagelijks toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken”. Is hiervan sprake dan is een dergelijke commissie geen commissie, maar een raad van commissarissen (of een raad van toezicht), aldus de minister.⁸¹

De minister merkt daarbij op dat dit niet anders is dan onder het toenmalige recht. Ook voor 1 juli 2021 kon zich immers de situatie voordoen dat de rechter bij een juridische procedure door een etiket als “commissie” heen kijkt en, bij de bepaling of juridisch sprake is van een RvC, afgaat op hetgeen de desbetreffende commissie op grond van de statuten had moeten doen.⁸² Hoewel dat uiteraard juist is, brengen de nieuwe regels met zich dat een andere kwalificatie sneller kan resulteren in gebreken met betrekking tot de manier waarop de leden van het desbetreffende orgaan zijn benoemd, bezoldigd, geschorst of ontslagen.⁸³ Ontbreekt bijvoorbeeld een bepaling in de statuten dat aan de leden van de RvC een bezoldiging kan

worden toegekend, en kwalificeert het algemeen bestuur juridisch gezien als een RvC, dan kan het voorkomen dat aan de leden van het algemeen bestuur een bezoldiging is toegekend door – naar nu blijkt – een onbevoegd orgaan. Deze bezoldigingsafspraken zijn in dat geval nietig en een uitgekeerde bezoldiging is onverschuldigd betaald.⁸⁴

Vorenstaande is ook van belang in het geval dat een andere rechtspersoon op een bepaalde wijze toezicht houdt op het bestuur. Zou deze rechtspersoon kwalificeren als (raad van) commissaris(sen), dan wordt daarmee in strijd gehandeld met de nieuwe bepaling op grond waarvan een commissaris slechts een natuurlijk persoon kan zijn.⁸⁵ Houdt de rechtspersoon echter slechts toezicht op een specifiek onderdeel van de bestuurstaak, bijvoorbeeld doordat het bestuur tussentijds informatie verstrekt over omzet en winstperspectief, dan sluit de nieuwe wet deze wijze van toezichthouden niet uit. In dat geval is er immers geen sprake van een RvC in de zin van de wet.⁸⁶

Het voorgaande geldt uiteraard ook voor de vraag in hoeverre er sprake is van een bestuur, waarbij ik opmerk dat er in ieder geval een bestuur in de zin van de wet moet zijn.⁸⁷ De minister zegt hierover dat, in het geval van een algemeen en een dagelijks bestuur, het dagelijks bestuur alleen te beschouwen is als het bestuur in de zin van de wet, als dit het orgaan van de rechtspersoon is dat bevoegd is tot het bepalen van het dagelijks beleid en de strategie van de rechtspersoon, en het zijn taak in beginsel autonoom vervult.⁸⁸ Deze verwijzing naar ‘dagelijks’ beleid schept enige verwarring.⁸⁹ Mijns inziens dienen deze woorden zo begrepen te worden dat het in de kern erom gaat wie, naast het bepalen van de strategie, (mede) bevoegd is om het beleid vast te stellen dat leidend is voor de dagelijkse gang van zaken. Indien dit beleid wordt vastgesteld door een algemeen bestuur en de dagelijkse uitvoering wordt overgelaten aan bijvoorbeeld een directie, dan blijft het algemeen bestuur het bestuur in de zin van de wet. Deze delegatie door het algemeen bestuur doet niet af aan de bestuurdersverantwoordelijkheid (van de individuele leden) van het algemeen bestuur.⁹⁰ Ook kan

78 Dortmund schreef hierover dat gelet op de specifieke wettelijke regels voor een RvC bij een NV of BV, een coöperatie of een onderlinge waarborgmaatschappij, een verdeling van de taak over meerdere raden van commissarissen bij die rechtspersonen niet mogelijk was. Bij de vereniging achtte hij dat wellicht mogelijk indien met gebruikmaking van het voorgestelde art. 2:11 lid 3 BW (zie *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 2*) de taken worden verdeeld tussen de (leden van de) meerdere toezichthoudende organen. Wel hadden in dat geval al die toezichthoudende organen de taak om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken. In wezen hadden deze verschillende toezichthoudende organen gezamenlijk aldus te gelden als de RvC. Dortmund komt dan ook tot de conclusie dat het, alles overziend, weinig praktisch en zijns inziens ook niet langer mogelijk is om van meer dan één toezichthoudend orgaan uit te gaan. P.J. Dortmund, ‘Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht’, *Ondernemingsrecht 2016/82*, p. 2 en 3.

79 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20 en 21.*

80 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 4; Kamerstukken I 2020/21, 34491, C, p. 14.*

81 *Kamerstukken I 2020/21, 34491, C, p. 14.*

82 *Kamerstukken I 2020/21, 34491, C, p. 14.* Nu art. 2:40 lid 1 BW bepaalt dat alle bevoegdheden die niet door de wet of de statuten aan andere organen zijn opgedragen, toekomen aan de AV, betekent dit volgens de minister dat de leden van een commissie die kwalificeert als RvC in beginsel, dus ook voor 1 juli 2021, zullen moeten worden benoemd, geschorst en ontslagen door de AV. De commissie die kwalificeert als RvC komt evenmin het recht toe om bestuurders te benoemen als hierover niets in de statuten is geregeld (vgl. art. 2:37 lid 2 BW). Zie ook P.J. Dortmund, ‘Voortgang Wet bestuur en toezicht rechtspersonen’, *Ondernemingsrecht 2020/161*, p. 4.

83 *Kamerstukken I 2020/21, 34491, C, p. 14 en 15.*

84 HR 6 januari 2012, *NJ 2012/336*, m.nt. PvS (*Imeko*); HR 13 juli 2018, *JOR 2018/268*, m.nt. E.C.H.J. Lokin (*Imeko II*).

85 Zie art. 2:47 lid 1 en art. 2:292a lid 1 BW. Aangenomen wordt overigens dat uit ons rechtspersonenrechtelijke systeem voortvloeit dat ook voor 1 juli 2021 een commissaris een natuurlijk persoon moet zijn.

86 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 21.* Dit is uiteraard relevant voor de Staat die, eventueel via een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon, een bepaalde vorm van toezicht wil uitoefenen.

87 P.J. Dortmund, ‘Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht’, *Ondernemingsrecht 2016/82*, p. 3.

88 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 21; Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 6, p. 17.*

89 Dortmund merkt hierover op dat, nu de minister ervan lijkt uit te gaan dat het bepalen van het dagelijks beleid voldoende is om aangemerkt te worden als bestuur in de zin van de wet, er kennelijk een ander orgaan kan zijn dat bevoegd is tot het algemeen beleid. P.J. Dortmund, ‘Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht’, *Ondernemingsrecht 2016/82*, p. 3.

90 Vlg. B. Bier, ‘Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht’, *Ondernemingsrecht 2017/105*, p. 6.

het zijn dat een dagelijks bestuur en een algemeen bestuur samen kwalificeren als het bestuur in de zin van de wet. Het statutair aangebrachte onderscheid tussen beide is in dat geval aan te merken als een statutaire taakverdeling, zoals expliciet is toegestaan op grond van art. 2:9 BW. Verder kan het voorkomen dat, in het geval dat zowel de dagelijkse als de algemeen bestuurders bestuurder in de zin van de wet zijn, de wijze waarop het algemeen en het dagelijks bestuur fungeren dusdanig sterk lijkt op het onderscheid tussen niet uitvoerende en uitvoerende bestuurders, dat er juridisch gezien sprake is van een *one tier board*.⁹¹ De minister onderkent dit door te stellen dat in de praktijk zich verschillende varianten voordoen, waarbij de gekozen aanduiding in de statuten niet altijd duidelijk maakt of degene die deel uitmaakt van een gremium kwalificeert als uitvoerend bestuurder, niet uitvoerend bestuurder of toezichthouder (of als gewoon werknemer). Als het dagelijks bestuur van een rechtspersoon op grond van de statuten het dagelijks beleid en de strategie bepalen, zal een rechter – ook reeds voor 1 juli 2021 – 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 dat 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 RvC of een monistisch bestuursmodel waarbij degenen die zitting hebben in het algemene bestuur fungeren als niet uitvoerende bestuurders, aldus de minister.⁹² In dit laatste geval kan voor de kwalificatie als niet uitvoerende bestuurders of als leden van een RvC uiteraard de omstandigheid van belang zijn of er op grond van de statuten sprake is van één orgaan of van twee organen. Is op grond van de statuten sprake van twee organen, maar komt aan het algemeen bestuur, naast het houden van toezicht en het geven van raad, mede de bevoegdheid toe te besluiten over zaken die onder de algemene bestuurstaak vallen (en niet in de vorm van een goedkeuringsrecht), dan kunnen mijns inziens alsnog het algemeen en het dagelijks bestuur kwalificeren als een *one tier board*. Is slechts sprake van het houden van toezicht en het met raad bijstaan van het dagelijks bestuur, en is het dagelijks bestuur in ieder geval aan te merken als bestuur in de zin van de wet, dan zal het algemeen bestuur in de regel kwalificeren als een RvC.

Zoals reeds uiteengezet gelden er allerlei beperkingen in het geval dat er sprake is van een monistisch bestuursmodel. Een onjuiste kwalificatie van het orgaan waar iemand deel van uitmaakt, brengt dus diverse risico's met zich doordat achteraf kan blijken dat bepaalde rechtsbetrek-

kingen onbevoegd tot stand zijn gekomen en kan zodoende aanzienlijke gevolgen hebben voor de rechtspositie van bestuurders en commissarissen.⁹³ Hier lijkt nog onvoldoende over te zijn nagedacht. Wellicht dat de minister het uitstellen van de inwerkingtreding van de bepalingen die zien op het monistisch bestuursmodel kan aangrijpen om deze mogelijk ingrijpende gevolgen te mitigeren.⁹⁴

7. Conclusie

Concluderend kan gezegd worden dat de invoering van de Wbtr nog veel vragen oproept wat de rechtspositie van de bestuurder en commissaris betreft. Hoewel de invoering van de verschillende regels meer dan te billijken is, reikt de invloed ervan verder dan vermoedelijk is voorzien. De rechtsonzekerheid die deze regels meebrengen, kan voor een belangrijk deel worden weggenomen door de wetgever door bij de modernisering van het NV-recht aandacht aan de diverse nog openstaande vragen te besteden. Een aanzienlijk aantal van deze vragen is immers niet beperkt tot de overige rechtspersonen maar heeft eveneens betrekking op de NV en de BV. Ook biedt het uitstellen van de inwerkingtreding van de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het monistisch bestuursmodel wellicht nog een mogelijkheid.⁹⁵ Daarnaast is er een duidelijke taak weggelegd voor de praktijk, onder meer om ervoor te zorgen dat misverstanden over de kwalificatie van een orgaan voorkomen worden. Resumerend blijkt het overnemen van enkele standaardbepalingen over bestuur en toezicht voor de overige rechtspersonen spannender uit te werken dan de wetgever vermoedelijk voor mogelijk hield.

91 P.J. Dortmond, 'Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2016/82, p. 3; P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162, p. 629-630; G.J.C. Rensen & P.H.N. Quist, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in de praktijk (I)', *WPNR* 2021/7327, p. 429.

92 *Kamerstukken II* 2018/19, 34491, nr. 6, p. 17.

93 Denk bijvoorbeeld ook aan een verplichting om uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders als zodanig in te schrijven in het handelsregister (zie voor de NV en de BV art. 22 lid 4 Handelsregisterbesluit 2008). *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 16.

94 Zie voor dat uitstel *Stb.* 2021, 284.

95 *Stb.* 2021, 284. Die kans lijkt overigens beperkt omdat uit de toelichting blijkt dat de inwerkingtreding voornamelijk is uitgesteld omdat het technisch nog niet mogelijk zou zijn om in het handelsregister aan te geven of een bestuurder uitvoerend of niet uitvoerend is.