

Vergaderjaar 2018–2019

**34 491**

## **Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen)**

**Nr. 6**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 9 november 2018

#### **I ALGEMEEN**

##### **1. Inleiding**

Graag dank ik de leden van uw Kamer voor hun belangstelling voor dit wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen te verhogen. Daartoe worden enkele bepalingen omtrent bestuur en toezicht die reeds gelden voor NV's en BV's ook van toepassing op verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Het wetsvoorstel maakt duidelijk dat die rechtsvormen voortaan kunnen kiezen voor het instellen van een raad van commissarissen dan wel een monistisch bestuursmodel. Ook wordt duidelijk welke regels ten minste gelden inzake verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen van rechtspersonen. Daarnaast wordt de regeling voor ontslag van een stichtingsbestuurder aangepast, zodat ontslag door de rechter mogelijk wordt in geval van wanbeleid door de bestuurder (zonder beperking tot financieel wanbeleid). De ontslagregeling komt daarbij ook te gelden voor commissarissen van een stichting. Het wetsvoorstel zoals ingediend ging uit van een plaatsing in het algemene deel (titel 1) van Boek 2 BW van zoveel mogelijk algemene bepalingen omtrent bestuur en toezicht. Via de algemene bepalingen zouden deze regels van toepassing zijn op alle NV's, BV's, verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Daartegen is door uw Kamer ingebracht dat aldus teveel uniformering van de regelgeving plaatsvindt, gelet op de differentiatie tussen de verschillende rechtspersonen en de flexibiliteit die in dit opzicht is geboden. Voor mij staat voorop dat het wetsvoorstel recht moet doen aan de flexibiliteit die ons ondernemingsrecht biedt, naast het verhogen van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Dit resultaat kan ook worden bereikt met handhaving van de bestaande systematiek van Boek 2 BW. Dat wil zeggen door bepalingen die gelden voor een bepaalde rechts-

persoon uit te schrijven in de titel die de desbetreffende rechtspersoon reguleert, dan wel door gebruik te maken van schakelbepalingen. Daarmee is het technisch eenvoudiger om desgewenst verschillen tussen de rechtspersonen te handhaven. Ook in de literatuur is aangevoerd dat met name gezien het bijzondere karakter van de stichting ten opzichte van andere rechtspersonen, de toezichthoudende taak bij de stichting zijn uitwerking dient te vinden in de eigen stichtingentitel in Boek 2 BW en niet in de algemene titel van Boek 2 BW (vgl. M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting*, Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112 (dissertatie Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 507 en p. 513–514). De nota van wijziging die met deze nota naar aanleiding van het verslag wordt ingediend, plaatst de regels voor bestuur en toezicht – per rechtspersoon – in de respectievelijke bijzondere delen van Boek 2 BW. Deze aanpassing is voornamelijk wetstechnisch van aard. Zo wordt de flexibiliteit die het ondernemingsrecht biedt, gehandhaafd. Daarnaast lenen enkele normen voor kapitaalvennootschappen zich niet voor een rechtsvorm-neutrale toepassing. Het wetsvoorstel zoals ingediend stelde voor om de thans voor de NV en BV geldende regel dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen mag uitbrengen dan de andere bestuurders respectievelijk commissarissen tezamen (artikel 2:9 lid 4 BW) van toepassing te verklaren op alle in Boek 2 BW genoemde rechtspersonen. In de literatuur is opgemerkt dat de toepassing van deze bepaling op de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting ingrijpende gevolgen kan hebben voor bestaande bestuurs- en toezichtstructuren bij deze rechtspersonen (vgl. 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, p. 684). Bij deze rechtspersonen geldt, anders dan bij de NV en de BV, onder het huidige recht geen wettelijke beperking van het meervoudig stemrecht. Eerder bij de behandeling van dit wetsvoorstel gaf ik aan dat het wetsvoorstel geen wijziging beoogt te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren en dat het wetsvoorstel niet noodzaakt tot wijziging van de statuten van een rechtspersoon (vgl. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 8). Teneinde te voorkomen dat deze rechtspersonen te zeer worden beknelde in hun inrichtingsvrijheid en genoodzaakt worden hun bestaande bestuurs- en toezichtstructuren te veranderen, zal de bepaling dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen mag uitbrengen dan de andere bestuurders respectievelijk commissarissen tezamen, uitsluitend van toepassing blijven op de NV en BV. Hetzelfde geldt voor de ontstentenis- en beletregeling voor bestuurders en commissarissen. In het wetsvoorstel was eerder in het algemene deel van Boek 2 BW in de artikelen 2:9 lid 6 en 2:11 lid 7 BW bepaald dat de statuten voorschriften moeten bevatten over de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van bestuurders en commissarissen. Door de nota van wijziging wordt bewerkstelligd dat de verplichte ontstentenis- en beletregeling alleen van toepassing blijft op de NV en de BV, zodat de flexibiliteit voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting op dit punt gehandhaafd kan blijven.

Met de beantwoording van de door uw Kamer gestelde vragen is gewacht totdat de evaluatie van de Wet van 11 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels omtrent bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (Stb. 2011, 275, in werking getreden op 1 januari 2013, hierna: Wet bestuur en toezicht) was afgerond. De Rijksuniversiteit Groningen – in het bijzonder het Instituut voor Ondernemingsrecht Groningen/Rotterdam (IVO) en het Institute for Governance and Organizational Responsibility (iGOR) – heeft het evaluatieonderzoek naar «De werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet bestuur en toezicht» uitgevoerd. Het onderzoek-

steam werd gevormd door prof. mr. Hylde Boschma, prof. mr. Loes Lennarts, prof. mr. Hanny Schutte-Veenstra en dr. Kees van Veen. Het evaluatieonderzoek heeft zich met name toegespitst op: (I) het monistische bestuursmodel, inclusief de regelingen inzake bestuurdersaansprakelijkheid en tegenstrijdig belang; (II) limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders; (III) streefcijfer van 30% vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen. De evaluatie is afgerond per 31 oktober 2017. Uw Kamer heeft de uitkomsten ontvangen op 18 december 2017 (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2017/2018, 31 763, nr. 22). De resultaten van het eerste en tweede deel van de evaluatie zijn betrokken bij deze nota naar aanleiding van het verslag. Voor het monistische bestuursmodel verwijs ik naar paragraaf 2, 3 en 4. Op de limitering van het aantal toezichtfuncties wordt ingegaan in paragraaf 6. Over het derde deel van het evaluatieonderzoek (streefcijfer van 30% vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen) hebben de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en ik uw Kamer bericht bij brief van 6 maart 2018 (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2017/2018, 30 420, nr. 263).

De door uw Kamer gestelde vragen zijn zoveel mogelijk aan de hand van de volgorde van het verslag beantwoord. Tevens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om te reageren op suggesties in de literatuur die na het verslag van uw Kamer zijn verschenen.

## **2. Doel van het wetsvoorstel**

De leden van de PvdA-fractie vragen welke duidelijkheid het wetsvoorstel biedt ten aanzien van de inrichting, taken en bevoegdheden van het bestuur en toezicht van rechtspersonen.

De toegevoegde waarde van het wetsvoorstel betreft verschillende aspecten, die ik hierna graag nader toelicht. Voor wat betreft de inrichting van het bestuur en toezicht bevestigt en verduidelijkt het wetsvoorstel de mogelijkheid om het interne toezicht in te richten met toepassing van een monistisch bestuursmodel. Reeds ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wet bestuur en toezicht 2011 is verzocht om uitbreiding van die regeling naar coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Bij de internetconsultatie over het voorontwerp van dit wetsvoorstel is vervolgens door meerdere respondenten ook aangedrongen op een wettelijke regeling ten behoeve van verenigingen en stichtingen; in de praktijk kan bij alle rechtspersonen reeds worden gekozen voor een monistisch bestuursmodel, maar is alleen bij de NV en BV duidelijk wat bijvoorbeeld de gevolgen van een taakverdeling tussen de bestuurders zijn. Het evaluatierapport bevestigt dat het monistisch bestuursmodel bij de NV en de BV in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd en geen wezenlijke problemen oplevert. De onderzoekers concluderen dat de rechtszekerheid is vergroot door het bieden van een wettelijk kader voor de taakverdeling tussen uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders en de wettelijke vastlegging van verantwoordelijkheden en daarmee verbonden aansprakelijkheden van bestuurders die deel uitmaken van een monistisch bestuur (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 3.6, 6.2.1 en 6.2.3). Deze rechtszekerheid wil ik dan ook niet onthouden aan de andere rechtsvormen. Aan de genoemde verzoeken om uitbreiding van de wettelijke regeling van een monistisch bestuursmodel tot andere rechtspersonen is daarom gehoor gegeven. Voor alle rechtspersonen exclusief de vereniging en stichting is op grond van de bestaande wetgeving al duidelijk dat een raad van commissarissen kan worden ingesteld. In combinatie met een wettelijke taakomschrijving van commissarissen is duidelijk wat van een commissaris mag worden verwacht. Voor de vereniging en de stichting ontbreekt die duidelijkheid vooralsnog; er wordt in de praktijk wel vaak een raad van toezicht ingesteld, maar door het ontbreken van een wettelijke taakomschrijving is

discussie mogelijk over de vraag of een lid van de raad van toezicht bij een vereniging of stichting dezelfde taken en verantwoordelijkheden heeft als een commissaris bij een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV of BV. Het wetsvoorstel voorziet in een wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen bij verenigingen en stichtingen. Bij de internetconsultatie over het voorontwerp van dit wetsvoorstel is daarvoor steun uitgesproken, mits voor de formulering van de wettelijke regeling gebruik wordt gemaakt van de term «raad van commissarissen» of «raad van toezicht». Aan die voorwaarde is op grond van het voorgaande voldaan. Voor alle rechtspersonen wordt gebruik gemaakt van dezelfde wettelijke terminologie. Aangezien in de praktijk en in sectorale wetgeving ook wel de term «raad van toezicht» wordt gebruikt (zie bijvoorbeeld artikel 104, tweede lid, van de Pensioenwet), wordt bij nota van wijziging vermeld dat de raad van commissarissen van een vereniging of een stichting ook kan worden aangeduid als raad van toezicht (vgl. artikel 2:47 lid 1 en 2:292a lid 1 BW). Zo kan recht worden gedaan aan de behoefte (die in het verslag van uw Kamer en in de literatuur naar voren komt) aan flexibiliteit voor wat betreft het instellen van toezichthoudende organen vooral bij de kleinere stichtingen en verenigingen (vgl. C.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen, «Flexibiliteit in bestuur en toezicht», *WPNR* 2017/7176, p. 1023).

Uit de eerste twee leden van de artikelen 2:47, 2:140, 2:250 en 2:292a BW volgt dat de raad van commissarissen tot taak heeft 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. Ook staat de raad van commissarissen het bestuur met raad terzijde. De statuten kunnen bovendien aanvullende bepalingen bevatten over de taak en de bevoegdheden van de raad en zijn leden. Als een stichting of vereniging ervoor kiest om een raad van commissarissen in te stellen, dient dit bij de statuten te geschieden. Veel bestaande stichtingen en verenigingen hebben reeds een raad van advies. Als de taken in bestaande statuten zijn beperkt tot advies kan deze aanduiding in stand blijven. Het wetsvoorstel verplicht stichtingen en verenigingen niet tot het instellen van een raad van commissarissen; dat blijft een keuze van de rechtspersoon, tenzij sectorspecifieke regelgeving verplicht tot instelling van een raad van commissarissen (vgl. artikel 3:19 Wft) of een raad van toezicht (vgl. artikel 104 Pensioenwet). Wordt voor een raad van commissarissen gekozen, dan kan voor de interpretatie van de wettelijke regels in belangrijke mate kennis worden ontleend aan de uitleg van vergelijkbare regels voor de bestuurders en commissarissen van NV's en BV's. Zo kan onderlinge kruisbestuiving plaatsvinden. Zoals in het voorgaande is aangegeven, kan desgewenst ook voor een monistisch bestuursmodel worden gekozen.

Het wetsvoorstel verduidelijkt de taak van bestuurders en commissarissen van verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Die taak is gericht op het behartigen van het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Daarmee is duidelijk dat bestuurders en commissarissen de verscheidene belangen binnen de rechtspersoon tegen elkaar moeten afwegen en daarbij het overkoepelende belang van het goed functioneren van de rechtspersoon voorop moeten stellen. Dat betekent in elk geval dat het eigen belang van een bestuurder of commissaris niet mag prevaleren. Dit was voor deze rechtspersonen nog niet wettelijk geregeld. Nu de taak van bestuurders en commissarissen wettelijk wordt vastgelegd, wordt ook duidelijker wanneer de taakvervulling onbehoorlijk is en wanneer er een grondslag voor aansprakelijkheid kan zijn. Die duidelijkheid is in het belang van de rechtspersoon, de bestuurders en commissarissen zelf, maar ook voor derden die door het optreden van de rechtspersoon zijn geraakt.

Voor alle rechtspersonen exclusief de stichting bestaat op dit moment een wettelijke regeling voor het geval een bestuurder of commissaris een persoonlijk belang heeft bij de besluitvorming van de rechtspersoon dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon. Wel verschillen die regels onderling. Voor de stichting ontbreekt voorsnog een wettelijke regeling, terwijl ook daar een persoonlijk belang aanwezig kan zijn dat strijdig is met het belang van de stichting. Ik meen dat in alle gevallen de hoofdregel moet zijn dat de desbetreffende bestuurder of commissaris zich afzijdig houdt van de besluitvorming. Dat regelt dit wetsvoorstel. Om te voorkomen dat de wettelijke regeling bij de stichting te belastend wordt, bijvoorbeeld omdat een kleine stichting regelmatig een klein bestuur heeft en dan niemand de besluitvorming kan overnemen, is bepaald dat een stichting desgewenst kan kiezen voor een afwijkende statutaire regeling, zodat op een eigen manier kan worden omgegaan met een tegenstrijdig belang (vgl. artikel 2:291 lid 4 en artikel 2:292a lid 5 in de nota van wijziging). In zo'n geval is de winst van dit wetsvoorstel dat voortaan transparant wordt hoe zo'n stichting omgaat met gevallen van tegenstrijdig belang.

Met dit wetsvoorstel wordt tevens bereikt dat contractspartijen van verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen niet langer kunnen worden geconfronteerd met een beroep van de rechtspersoon op een tegenstrijdig belang van een bestuurder of commissaris, waarvan die contractspartij niet op de hoogte behoefde te zijn. Een dergelijk beroep is per 1 januari 2013 al onmogelijk geworden voor NV's en BV's en hetzelfde wordt nu geregeld voor de overige rechtspersonen. Ik verwijs voor een nadere uitleg over deze wijziging naar het antwoord op de vraag van de leden van de VVD-fractie in paragraaf 3 over het verschil tussen de zogenoemde besluitvormingsregeling en de vertegenwoordigingsregeling.

De leden van de PvdA-fractie vragen of het wenselijk is dat regels die nu met name voor BV's en NV's gelden, ook gaan gelden voor kleinere (niet-commerciële of informele) stichtingen en verenigingen. Zij vragen wat het voordeel is voor deze categorie rechtspersonen en welke concrete problemen aldus worden opgelost.

Ik begrijp de vraag van deze leden zo, dat zij willen weten of kleinere stichtingen of verenigingen onredelijk worden belast met dit wetsvoorstel. Dat is niet het geval. Allereerst faciliteert het wetsvoorstel de keuze van een vereniging of stichting voor een raad van commissarissen of een monistisch bestuursmodel. Kleinere stichtingen en verenigingen zullen veelal geen behoefte hebben aan het benoemen van interne toezicht-houders. In dat geval verplicht het wetsvoorstel hun daartoe niet. Het wetsvoorstel zoals gewijzigd bij nota van wijziging verduidelijkt in de stichtingen- en verenigingstitel hoe bestuurders (en commissarissen) van stichtingen en verenigingen moeten omgaan met een samenloop van verschillende belangen, bijvoorbeeld de belangen van leden, donateurs, schuldeisers, werknemers en vrijwilligers. Zij moeten die belangen afwegen en zich richten op het overkoepelende belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. In het verlengde daarvan voorziet het wetsvoorstel in een nieuwe regeling voor het geval sprake is van een tegenstrijdig belang van een bestuurder of commissaris van een vereniging of stichting (de artikelen 2:44 lid 4 en 2:47 lid 5 respectievelijk de artikelen 2:291 lid 4 en 2:292a lid 5 BW). Een eventueel tegenstrijdig belang heeft gevolgen voor de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon; als een bestuurder of commissaris heeft deelgenomen aan de besluitvorming terwijl hij een tegenstrijdig belang heeft met de rechtspersoon, dan kan hij aansprakelijk zijn wanneer hij aldus schade heeft berokkend. Maar een contract dat de rechtspersoon op basis van het genomen besluit is aangegaan met een derde, is in beginsel geldig ondanks het tegenstrijdige belang. Dit systeem beschermt derden die van het (interne) tegenstrijdige belang niet op de hoogte hoeven te

zijn. De artikelen 2:44 lid 4 en 2:47 lid 5 BW vervangen de bestaande regeling voor verenigingen. Voor stichtingen is er op dit moment nog geen regeling en vult de voorgestelde regeling een gat.

De nieuwe regeling leidt bij zowel de vereniging als de stichting tot meer rechtszekerheid over de rechtsgevolgen van een tegenstrijdig belang. De regeling bevordert het rechtsverkeer omdat wederpartijen van een vereniging of stichting worden beschermd tegen een beroep op het bestaan van een tegenstrijdig belang van een bestuurder (of commissaris) waarvan de wederpartij onwetend mocht zijn. In de verhouding tot derden is er geen reden om een uitzondering te bepalen voor kleine verenigingen of stichtingen. Een uitzondering is wel op zijn plaats voor de interne verhoudingen in met name kleine stichtingen voor wat betreft de vraag wie tot de besluitvorming kan overgaan als er een tegenstrijdig belang is. Als er slechts één bestuurder is en deze een tegenstrijdig belang heeft met de rechtspersoon, dan moet voorkomen kunnen worden dat de besluitvorming geheel geblokkeerd wordt. De statuten kunnen bepalen hoe in zo'n geval tot een rechtsgeldig besluit kan worden gekomen. De stichting kan bijvoorbeeld kiezen voor het schriftelijk vastleggen van het besluit en de overwegingen om voorbij te gaan aan het tegenstrijdig belang. Er kan ook voor een andere statutaire regeling worden gekozen. De statuten behoeven overigens niet onmiddellijk te worden aangepast; de stichting kan daarmee wachten tot de eerstvolgende andere statutenwijziging.

Tegelijkertijd is het opnemen van een statutaire regeling voor gevallen van tegenstrijdig belang ook van belang voor de desbetreffende bestuurder van een kleine stichting, omdat zo'n regeling richtinggevend is voor een opvolgende bestuurder of vereffenaar, die eventueel vraagtekens zet bij besluiten die met een tegenstrijdig belang zijn genomen.

Onder het huidige recht geldt voor kortgezegd bestuurders van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen uitsluitend artikel 2:9 BW voor de bestuurdersaansprakelijkheid. Voor formele verenigingen en stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn, gelden via de schakelbepaling van artikel 2:50a en 2:300a BW ook de bestuurdersaansprakelijkheidsregels in geval van faillissement (artikel 2:138 BW) en aansprakelijkheidsregels in geval van een misleidende voorstelling door de jaarrekening, door het jaarverslag of door bekendmaking van tussentijdse cijfers (artikel 2:139 BW) voor bestuurders de regels voor aansprakelijkheid van commissarissen (artikel 2:149 en 2:150 BW). In het wetsvoorstel zoals ingediend werd artikel 138 van toepassing op alle verenigingen en stichtingen, waarbij een uitzondering werd gemaakt op het zogeheten «bewijsvermoeden» van artikel 2:138 lid 2 BW voor onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Het bewijsvermoeden betreft het bestaan van onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon. Dat bewijsvermoeden bestaat wanneer de rechtspersoon niet heeft voldaan aan – samengevat – de boekhoudplicht of de plicht om de jaarrekening tijdig te publiceren. De bestuurder is in dat geval aansprakelijk jegens de vennootschap, tenzij hij aantoont dat het faillissement niet te wijten is aan kennelijk onbehoorlijke taakvervulling.

Tegen dit voorstel is ingebracht dat de toepassing van het bewijsvermoeden op bezoldigde bestuurders van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen het in de praktijk lastig zal maken om mensen te vinden voor bestuursfuncties bij deze rechtspersonen. Het aansprakelijkheidsrisico (althans het risico dat niet wordt geslaagd in het bewijs om gesteld onbehoorlijk bestuur te ontcrachten) zou een negatieve prikkel zijn voor bestuurders en commissarissen om hun talenten in te zetten in een niet-commerciële omgeving. Ook is ingebracht dat het niet duidelijk zou zijn op welke wijze de curator het bewijsvermoeden in de praktijk moet hanteren in het geval een bestuur zowel een of meer bezoldigde als een of meer onbezoldigde bestuurders bestaat (vgl. onder meer: M.J.G.C. Raaijmakers, «Van ondernemings- naar



«instellingen»-recht en wiegendood van de flex-B.V.?», *TvOB 2017–3*, p. 74–86, p. 83; M. Blanco Fernández, «Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht», in: Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen*, Zutphen: Paris 2016, p. 31–57, p. 46–48; C.M. Harmsen, «Aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement van de rechtspersoon», *Ondernemingsrecht 2017/104*, p. 584–589, p. 586–589).

Ik heb deze bezwaren afgewogen tegen de vraag hoe vaak zich ernstige misstanden voordoen bij kleinere niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen en of daarmee de toepassing van een bewijsvermoeden kan worden gerechtvaardigd. Daarnaast is van belang dat de curator ook zonder het bewijsvermoeden de mogelijkheid heeft om bestuurders en commissarissen van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen aan te spreken op grond van artikel 2:138 lid 1 BW in samenhang met artikel 2:50a/2:300a BW; in dat geval rust de bewijslast voor onbehoorlijk bestuur op de curator. Alles afwegende, zie ik op basis van de ervaringen in de praktijk onvoldoende aanleiding voor toepassing van dit bewijsvermoeden op bestuurders en commissarissen van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen. Bij nota van wijziging komt het onderscheid tussen bezoldigde en onbezoldigde bestuurders te vervallen. Zowel bezoldigde als onbezoldigde bestuurders van niet-commerciële/informele verenigingen en stichtingen worden uitgezonderd van het bewijsvermoeden in het tweede lid van de bij nota van wijziging aangepaste artikelen 2:50a en 2:300a. Hetzelfde geldt voor commissarissen op grond van artikel 2:50a en 2:300a lid 3, onder a. Ik acht het bewijsvermoeden wel gerechtvaardigd voor bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen die een financiële verantwoording moeten opstellen die gelijk of gelijkwaardig is met de jaarrekening. Om te waarborgen dat de semipublieke verenigingen en stichtingen onder het bewijsvermoeden vallen, wordt in artikel 2:50a en 2:300a lid 2 geregeld dat het bewijsvermoeden ook geldt voor bestuurders van verenigingen en stichtingen die een financiële verantwoording opstellen die gelijk of gelijkwaardig is met de jaarrekening (zie hieronder ook het antwoord op de vraag van de leden van de PvdA-fractie). Ook de aansprakelijkheidsregels in geval van een misleidende voorstelling door de jaarrekening, door het jaarverslag of door bekendmaking van tussentijdse cijfers worden in artikel 2:50a en 2:300a lid 2 van toepassing verklaard op dergelijke bestuurders van verenigingen en stichtingen die een financiële verantwoording opstellen die gelijk of gelijkwaardig is met de jaarrekening. Voor zowel het bewijsvermoeden als de aansprakelijkheidsregels in geval van een misleidende voorstelling door de jaarrekening geldt hetzelfde voor commissarissen op grond van artikel 2:50a en 2:300a lid 3, onder a.

Tot slot worden de criteria voor ontslag door de rechter van wanpresterende bestuurders en commissarissen van stichtingen verruimd. Voor ontslag door de rechter is op grond van het huidige artikel 2:298 BW vereist dat een bestuurder heeft gehandeld in strijd met de wet of de statuten of zich schuldig maakt aan wanbeleid. Dat laatste wordt in de jurisprudentie uitgelegd als financieel wanbeleid. Om te zorgen dat een bestuurder van een stichting die zijn taak verwaarloost ook kan worden ontslagen, worden de criteria voor ontslag van een bestuurder van een stichting in artikel 2:298 BW aangepast. Daardoor kan ontslag ook plaatsvinden in geval van verwaarlozing van de taak van bestuurder, wegens andere gewichtige redenen, wegens een ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld of het niet behoorlijk opvolgen van een bevel van de voorzieningenrechter. De ontslaggronden

zijn ontleend aan de regeling voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de Ondernemingskamer (zie artikelen 2:161 lid 2 en 2:271 lid 2 BW). De bepaling komt ook te gelden voor commissarissen. Gelet op de achtergrond van deze bepaling, ligt het niet voor de hand om een uitzondering te bepalen voor kleine stichtingen.

Tevens vragen de leden van de PvdA-fractie of fraude alleen op deze manier kan worden tegengegaan.

Deze vraag zal zijn ingegeven door de opmerking in de memorie van toelichting (p. 7) dat ook bij niet-commerciële verenigingen en stichtingen fraude of ander ernstig taakverzuim van bestuurders en commissarissen kan voorkomen en dat in zo'n geval aansprakelijkheid voor het tekort van de boedel mogelijk moet zijn. Het wetsvoorstel regelt dat. Daarnaast kan fraude leiden tot een bestuursverbod (artikel 106a van de Faillissementswet en artikel 2:298 lid 3 BW bij de stichting) voor de desbetreffende fraudeur. Het doel van een bestuursverbod is te voorkomen dat een persoon die reeds in de fout is gegaan, dat op korte termijn opnieuw doet. Afgezien van deze mogelijkheden kan fraude ook leiden tot een vervolging vanwege een economisch delict of ander strafrechtelijk vergrijp. Het wetsvoorstel zoals ingediend voorziet nog niet in de mogelijkheid voor de rechter om in een uitzondering te voorzien op het bestuursverbod van rechtswege vijf jaar voor een bestuurder of commissaris wanneer de omstandigheden dat rechtvaardigen, bijvoorbeeld als deze bestuurder of commissaris geen verwijt kan worden gemaakt voor grove fouten van medebestuurders of commissarissen. In deze leemte wordt voorzien door bij nota van wijziging aan het derde lid van artikel 2:298 BW toe te voegen dat een uitzondering geldt op het bestuursverbod, bijvoorbeeld als de bestuurder onvoldoende kritisch is geweest over het handelen van medebestuurders maar zelf niets onoorbaars heeft gedaan.

Voornoemde leden verzoeken de regering om aan te geven waar het niet voldoende duidelijk zijn van het aansprakelijkheidsregime tot problemen leidt of heeft geleid.

In 2013 is de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector (hierna: de Commissie Behoorlijk Bestuur) ingesteld naar aanleiding van incidenten op het gebied van bestuur en toezicht in onder meer de sociale huursector (Vestia), de gezondheidszorg (Meavita) en het onderwijs (Amarantis). De Commissie Behoorlijk Bestuur heeft in haar advies «Een lastig gesprek» aangedrongen op een nauwkeurigere omschrijving van de taak en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren (Advies Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren, *Een lastig gesprek*, 2013, p. 24, aanbeveling vier). De Commissie stelt dat – terwijl de taken van de raad van commissarissen bij private ondernemingen expliciet in het Burgerlijk Wetboek zijn omschreven en verder worden uitgewerkt in de Nederlandse corporate governance code – een omschrijving van de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de interne toezichthouder bij stichtingen en verenigingen ontbreekt (Advies Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren, *Een lastig gesprek*, 2013, p. 15). Dit wetsvoorstel sluit hierbij aan door een wettelijk kader te scheppen voor het aansprakelijkheidsregime bij de stichting en vereniging waar de verschillende sectoren in de praktijk mee aan de slag kunnen. De Commissie Behoorlijk Bestuur pleit ook voor een aanscherping van het wettelijk civiele aansprakelijkheidskader voor bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector (Advies Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren, *Een lastig gesprek*, 2013, p. 24, aanbeveling vijf). De nota van wijziging knoopt in het tweede lid, onderdeel b, van de artikelen 2:50a en 2:300a voor de vereniging respectievelijk de stichting aan bij deze aanbeveling door onder meer te verduidelijken dat het niet tijdig opstellen van een financiële verantwoording die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarre-



kening als bedoeld in titel 9, leidt tot het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hiermee kan het bewijsvermoeden ook van toepassing zijn op semipublieke verenigingen en stichtingen.

Het rechtsverkeer wordt ermee gediend wanneer de gronden voor eventuele aansprakelijkheid helder zijn; wanneer tussen partijen duidelijkheid bestaat over de taken van een bestuurder of commissaris en de omstandigheden waaronder aansprakelijkheid bestaat omdat de taakvervulling onbehoorlijk is geweest, dan kunnen partijen ook buiten de rechter om tot een vergelijk komen. Er kunnen verschillende redenen zijn om uiteindelijk niet over te gaan tot een juridische procedure tegen een bestuurder of commissaris, bijvoorbeeld omdat een minnelijke regeling is getroffen, omdat hij geen verhaal zal bieden of omdat onaangename publiciteit wordt vermeden (zie hierover bijvoorbeeld het WODC-rapport «Het aansprakelijk stellen van bestuurders – Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders», *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011/2012, 31 386, nr. 19). Daar is in beginsel niets op tegen. Integendeel, wanneer beide partijen tot een vergelijk komen, wordt de uitkomst waarschijnlijk goed gedragen en is een wellicht langdurige procedure bij de rechter niet nodig. Ik acht het derhalve van belang dat het civiele recht zoveel mogelijk heldere normen bevat, waardoor zij die aan het rechtsverkeer deelnemen, zoveel mogelijk zelf tot een eensgezind oordeel over hun juridische positie kunnen komen.

De behoefte om de rechtspositie van bestuurders te verduidelijken was een reden voor de aanpassing van artikel 2:9 BW in de Wet bestuur en toezicht 2011 (vgl. memorie van antwoord, *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2010/11, 31 763, C, p. 27). In artikel 2:9 lid 1 BW is destijds bepaald dat tot de taken van de bestuurder alle bestuurstaken behoren die niet krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. Een taakverdeling laat onverlet dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de «algemene gang van zaken» (artikel 2:9 lid 2 BW). De bestuurder is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur. Een individuele bestuurder dient voor een geslaagd disculpatieberoep aan te tonen dat hem – mede gelet op de taakverdeling – (i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt én (ii) hij daarnaast niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Uit het eerdergenoemde evaluatieonderzoek blijkt dat in de rechtspraak een betrekkelijk geruisloze overgang van het oude artikel 2:9 BW naar het nieuwe artikel 2:9 BW heeft plaatsgevonden (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 6.3). Dit sluit aan bij het beoogde doel van deze wetwijziging om de aansprakelijkheidspositie van bestuurders te verduidelijken maar verder niet inhoudelijk te wijzigen. De onderzoekers stellen in het evaluatierapport Wet bestuur en toezicht verder vast dat de materiële toepassing door de rechter van dit nieuwe artikel 2:9 BW niet lijkt te verschillen van die van het oude artikel 2:9 BW. In de vier uitspraken waarin een vordering op de voet van artikel 2:9 (nieuw) BW werd toegewezen tijdens de evaluatieperiode, waren gedragingen van bestuurders in het geding die ook onder het oude recht ernstig verwijtbaar onbehoorlijk bestuur opleverden (paragraaf 6.3, p. 140).

Daarnaast merken de onderzoekers over artikel 2:9 lid 2 BW op dat het voor bestuurders van belang is te weten wat onder «de algemene gang van zaken» valt. De onderzoekers realiseren zich dat het lastig en onwenselijk is om in de wet in een vastomlijnde invulling van het begrip «de algemene gang van zaken» te voorzien. Wel verdient het volgens hen aanbeveling dat enige toelichting wordt gegeven over dit begrip bij de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel door aan te geven dat onder dit begrip ten minste dienen te worden begrepen het strategische beleid, het financiële beleid en het risicobeleid (vgl. Evaluatie Wet bestuur

en toezicht, paragraaf 4.5, p. 113). Het is inderdaad zo bedoeld dat onder het bij Wet bestuur en toezicht 2011 in artikel 2:9 geïntroduceerde begrip «de algemene gang van zaken» ten minste het strategische beleid, het financiële beleid en het risicobeleid dienen te worden begrepen. Hiervoor is geen wetswijziging nodig.

### **3. Inhoud van het wetsvoorstel**

#### *a. Tegenstrijdigbelangregeling*

De leden van de VVD-fractie vragen met betrekking tot de uniformering van de tegenstrijdigbelangregeling in feite of thans de zogenoemde besluitvormingsregeling geldt voor de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, of deze regeling komt te vervallen en wat het verschil is tussen de besluitvormingsregeling en de voorgestelde regeling voor alle rechtspersonen.

De huidige artikelen 2:47 en 2:53a BW bevatten de zogenoemde vertegenwoordigingsregeling, die geldt wanneer een bestuurder of commissaris een tegenstrijdig belang heeft met de vereniging, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij. Dat betekent dat in alle gevallen dat een of meer bestuurders of commissarissen een tegenstrijdig belang hebben, de algemene vergadering iemand kan aanwijzen om de rechtspersoon te vertegenwoordigen. In het verleden gold dit systeem ook voor NV's en BV's. Dat vertegenwoordigingsstelsel leidde echter tot allerlei vragen in de rechtspraak. Zo rees ten aanzien van NV's en BV's de vraag of een aandeelhoudersbesluit tot aanwijzing van een vertegenwoordiger uitdrukkelijk moest worden genomen en of de bevoegdheid van de aandeelhouders ook dwingendrechtelijk was indien er geen raad van commissarissen was. De positie van derden die een contract sloten met de rechtspersoon terwijl deze werd vertegenwoordigd door een bestuurder met een tegenstrijdig belang, was in het verleden onzeker. De NV of BV kon zich achteraf jegens derden op de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur beroepen indien de derde van het tegenstrijdig belang op de hoogte was of had moeten zijn. Daarnaast leidde het tegenstrijdig belang van één bestuurder tot onbevoegdheid van het gehele bestuur en overgang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid op de raad van commissarissen. De rechtsonzekerheid voor contractspartijen en andere derden en de andere genoemde problemen hebben geleid tot de zogenoemde besluitvormingsregeling in de Wet bestuur en toezicht 2011. Sinds de inwerkingtreding van deze wet op 1 januari 2013 geldt voor NV's en BV's dat een bestuurder met een tegenstrijdig belang niet mag meewerken aan de totstandkoming van het besluit van het bestuur. Dit betreft zowel de beraadslaging als de besluitvorming. De besluitvorming kan vervolgens binnen de vennootschap op de gebruikelijke wijze worden bereikt. Handelt de bestuurder in strijd met deze besluitvormingsregels dan is sprake van een besluit dat niet goed tot stand is gekomen (artikel 2:15 BW); het besluit is daarmee vernietigbaar. De rechtspersoon kan de vernietiging van het besluit laten volgen door een actie tegen de betreffende bestuurder tot vergoeding van de schade die aan de vennootschap is toegebracht (artikel 2:9 BW juncto 6:162 BW). Derden hebben van deze gang van zaken geen last meer; contracten zijn niet aantastbaar om de reden dat een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft. Oftewel, de verschuiving van gevolgen voor de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid naar gevolgen voor de interne besluitvorming betekent dat de sanctie verschuift van nietigheid van de overeenkomst met gevolgen voor bepaalde derden, naar intern op te vangen gevolgen die derden niet raken. De besluitvormingsregeling gaat met dit wetsvoorstel ook gelden voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting.

De leden van de PvdA-fractie vragen door wie wordt vastgesteld of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Zowel bestuurders als commissarissen van een rechtspersoon kunnen een tegenstrijdig belang hebben ten aanzien van een besluit van de rechtspersoon. Dat is het geval wanneer een bestuurder of commissaris een direct of indirect persoonlijk belang heeft bij het besluit en dat belang tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie (zie de artikelen 2:44 lid 4, 2:47 lid 5 en 2:53a lid 1 BW voor de tegenstrijdigbelangregeling voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, zie de artikelen 2:129/239 lid 6 en 2:140/250 lid 5 BW voor de tegenstrijdigbelangregeling voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de NV/BV en zie de artikelen 2:291 lid 4 en 2:292a lid 5 BW voor de tegenstrijdigbelangregeling voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de stichting). Het is primair aan de bestuurder of commissaris zelf om zich te realiseren dat hij een (potentieel) tegenstrijdig belang heeft. Wanneer de rechtspersoon een contract aangaat met een familielid of bevriende relatie van de bestuurder of commissaris, weet deze immers zelf het beste dat die familieband of relatie bestaat. Op dat moment moet hij zich onthouden van bemoeienis met de beraadslaging en besluitvorming. Hij moet die besluitvorming dan overlaten aan de bestuurders of commissarissen die geen tegenstrijdig belang hebben. Een bestuurder of commissaris doet er goed aan om een mogelijk tegenstrijdig belang te melden in de bestuursvergadering of vergadering van de raad van commissarissen, voordat het desbetreffende agendapunt inhoudelijk wordt besproken. Wanneer hij twijfelt over de wenselijkheid van zijn betrokkenheid bij de besluitvorming, bijvoorbeeld omdat de schijn van een tegenstrijdig belang kan worden gewekt, kunnen de overige bestuurders of commissarissen hem helpen te beslissen of onthouding van deelname aan de beraadslaging of besluitvorming wenselijk is. Voor de volledigheid merk ik op dat de tegenstrijdigbelangregeling voorziet in een oplossing wanneer deze onthouding van een of meerdere personen zou leiden tot de situatie dat geen besluitvorming meer mogelijk is; besluitvorming gaat dan over op een ander orgaan, dan wel in het geval van een stichting moet het besluit schriftelijk worden vastgelegd, dan wel geldt een statutaire regeling, afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In het geval dat een bestuurder of commissaris zich niet onthoudt van deelname aan de beraadslaging of besluitvorming terwijl hij een tegenstrijdig belang heeft, kan dat uiteindelijk leiden tot een procedure waarin de rechtspersoon hem aansprakelijk stelt voor de schade die hij aldus aan de rechtspersoon heeft toegebracht. In dat geval moet de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang door de rechter worden vastgesteld.

In het eerdergenoemde evaluatierapport is onderzoek gedaan naar de toepassing van de (sinds 1 januari 2013 voor de NV en BV ingevoerde) tegenstrijdigbelangregeling in de rechtspraak. In de periode van 1 januari 2013 tot 31 december 2016 heeft één rechtbank uitspraak gedaan in een zaak waarin beroep werd gedaan op de nietigheid/vernietiging van bestuursbesluiten vanwege niet-naleving van de wettelijke tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:239 lid 6 BW (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 5.1.3, p. 116). De meest voor de hand liggende verklaring voor deze schaarse toepassing is volgens de onderzoekers dat artikel 2:129/2:239 lid 6 BW – anders dan de vertegenwoordigingsregeling van artikel 2:146/2:256 (oud) BW – een interne besluitvormingsregeling is die de door het bestuur/bestuurder(s) verrichte vertegenwoordigingshandeling intact laat. De vennootschap blijft in beginsel gebonden aan de rechtshandeling. De onderzoekers concluderen dat de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:129/2:239 lid 6 BW de door de wetgever beoogde rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 6.4.1). Ik wil daarom de voordelen van een

besluitvormingssysteem niet onthouden aan de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting.

De onderzoekers stellen dat de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:129/2:239 lid 6 BW nog niet alle onzekerheid wegneemt. Om die reden bevelen de onderzoekers aan dat de verhouding van de tegenstrijdigbelangregeling tot (1) een statutaire beletregeling, (2) de wettelijke goedkeuringregeling van artikel 2:216 lid 2 BW en (3) de wettelijke delegatiemogelijkheid van artikel 2:129a/2:239a lid 3 BW wordt verduidelijkt (vgl. Evaluatierapport, paragraaf 5.2 en 6.4.3). Op deze drie punten ga ik hieronder in.

Ten aanzien van het eerste punt signaleren de onderzoekers dat in de literatuur discussie bestaat over de vraag of een statutaire regeling inzake belet of ontstentenis van bestuurders mag inhouden dat bij tegenstrijdig belang van alle bestuurders c.q. de enig bestuurder vervanging plaatsheeft door één of meer tijdelijke bestuurders, terwijl er ook een raad van commissarissen is (paragraaf 5.2, p. 124). Naar mijn idee kan het aan de NV of BV worden overgelaten hoe zij hun beletregeling willen vormgeven. Indien de rechtspersoon de beletregeling zo inricht dat er vervanging plaatsvindt door tijdelijke bestuurders in geval van een tegenstrijdig belang, zijn deze tijdelijke bestuurders ook gehouden te handelen in het belang van de rechtspersoon. Indien er een raad van commissarissen is, oefent deze toezicht uit op deze tijdelijke bestuurders.

Ten aanzien van het tweede punt constateren de onderzoekers verdeeldheid in de literatuur over de vraag hoe de tegenstrijdigbelangregeling zich verhoudt met de goedkeuringsbevoegdheid van het bestuur bij uitkeringen aan aandeelhouders (artikel 2:216 lid 2), indien bestuurders zelf aandelen houden (paragraaf 5.2, p. 125). Vooropgesteld zij dat de enkele omstandigheid dat een bestuurder een persoonlijk (financieel) belang heeft, niet behoeft te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Er is pas sprake van een tegenstrijdig belang wanneer de belangen van de bestuurder niet (meer) parallel lopen met die van de vennootschap. Of er sprake is van tegenstrijdig belang, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval (*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2012/2013, 32 512, nr. C, p. 8). Op grond van artikel 2:216 lid 2 weigert het bestuur de goedkeuring aan het besluit van de algemene vergadering tot uitkering van de winst indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Deze goedkeuringsbevoegdheid voor het bestuur beperkt de bevoegdheid van de algemene vergadering om de winst te bestemmen, teneinde het belang van de vennootschap te bewaken dat zij haar schulden kan blijven voldoen (vgl. *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011/2012, 31 058, nr. C, p. 11 e.v.). Met deze goedkeuringsbevoegdheid is de toepasselijkheid van de tegenstrijdigbelangregeling niet goed verenigbaar. Bij een besluit tot goedkeuring van een uitkering heeft het bestuur juist niet de mogelijkheid om (eventueel tegenstrijdige) belangen af te wegen. Het bestuur mag een voorgenomen uitkering slechts toetsen aan het wettelijk omliggende criterium van artikel 2:216 lid 2. De tegenstrijdigbelangregeling is derhalve niet van toepassing bij artikel 2:216 lid 2.

Ten aanzien van het derde punt vragen de onderzoekers naar de verhouding tussen de wettelijke delegatiemogelijkheid van artikel 2:129a/2:239a lid 3 BW en de tegenstrijdigbelangregeling. Overeenkomstig artikel 2:129/2:239a lid 3 BW kan aan een individuele bestuurder de bevoegdheid worden toegekend om besluiten te nemen voor zaken die tot de taak van de bestuurder behoren. De onderzoekers menen dat de bevoegdheid om te besluiten over deze zaken terug zou moeten vallen naar het gehele bestuur wanneer de desbetreffende bestuurder een tegenstrijdig belang blijkt te hebben, om te voorkomen dat de besluitvorming stil komt te liggen voor zaken die aan hen gedelegeerd zijn (Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 5.2, p. 127–128). Uit het

wettelijk systeem vloeit naar mijn idee reeds voort dat een tegenstrijdig belang van een bestuurder aan wie een bevoegdheid is toegekend om zelfstandig besluiten te nemen, ertoe leidt dat deze bestuurder geen besluiten kan nemen voor zover hij daarbij een persoonlijk tegenstrijdig belang heeft. Het ligt op de weg van de vennootschap om in de statuten in een dergelijk geval te bepalen hoe tot een rechtsgeldig besluit kan worden gekomen. Met de onderzoekers ben ik het eens dat het voor de hand ligt om in dat geval in de statuten te bepalen dat de bevoegdheid om te besluiten terugvalt naar het gehele bestuur, waarbij de geconflieeerde bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming. Daarnaast wijzen de onderzoekers op het bijzondere – bij de toepassing van het monistisch bestuursstelsel voorkomende – geval waar het gaat om het vaststellen van de bezoldiging van een uitvoerende bestuurder, terwijl de enig niet-uitvoerende bestuurder hierbij een persoonlijk tegenstrijdig belang heeft bijvoorbeeld omdat deze gehuwd is met de uitvoerende bestuurder. Omdat uitvoerende bestuurders ingevolge artikel 2:129a/2:239a lid 2 BW niet mogen deelnemen aan de besluitvorming over hun eigen bezoldiging, kan in een dergelijk geval het bezoldigingsbesluit niet worden genomen door het bestuur. In dat geval kan het besluit genomen worden of door de algemene vergadering of door degenen die daartoe in de statuten zijn aangewezen (vgl. J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, «Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV en de invloed van een tegenstrijdig belang daarop», *WPNR 2016/7112*, p. 520–532, p. 523). Ik kom tot de conclusie dat de verhouding van de tegenstrijdigbelangregeling tot (1) een statutaire beletregeling, (2) de wettelijke goedkeuringsregeling van artikel 2:216 lid 2 BW en (3) de wettelijke delegatiemogelijkheid van artikel 2:129a/2:239a lid 3 BW geen aanleiding geeft tot wetwijziging. Voor het eerste en het derde punt is een regeling in de statuten aanbevelingswaardig.

#### *b. Monistisch bestuursmodel*

De leden van de SP-fractie vragen op welke wijze het ontbreken van een monistisch bestuursstelsel in de praktijk als een gemis wordt ervaren. Reeds naar aanleiding van de behandeling van de Wet bestuur en toezicht 2011 is door belangenbehartigers van coöperaties aangegeven dat zij graag een wettelijke regeling van het monistische bestuursstelsel tegemoet zien, omdat daarmee meer duidelijkheid ontstaat over de taken van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders in een monistisch model. Toen over een (separaat) voorontwerp van een wettelijke regeling is geconsulteerd, werd de introductie van een monistisch bestuursmodel door belangenorganisaties gesteund (zie: [https://www.internetconsultatie.nl/monistisch\\_bestuursmodel\\_cooperatie\\_onderlinge\\_waarborgmaatschappij/details](https://www.internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_cooperatie_onderlinge_waarborgmaatschappij/details)).

In het voorontwerp van het onderhavige wetsvoorstel was niet voorzien in een regeling van het monistische stelsel voor verenigingen en stichtingen. In de consultatie is dat als een gemiste kans aangemerkt omdat daardoor een algemene regeling zou ontbreken terwijl in diverse sectorale wetgeving wel in een monistisch stelsel wordt voorzien. Ook door de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie is aangevoerd dat in de praktijk bij verenigingen en stichtingen behoefte bestaat aan een wettelijk uitgewerkte keuzemogelijkheid tussen een monistisch en een dualistisch bestuursmodel. In het wetsvoorstel is het monistisch bestuursstelsel voor de vereniging respectievelijk de stichting geregeld in artikel 2:44a en artikel 2:291a. Voorts vragen de leden van de SP-fractie of het vestigingsklimaat is verbeterd door de introductie van het monistisch bestuursstelsel bij NV's en BV's en of het wetsvoorstel tot doel heeft het vestigingsklimaat



voor verenigingen en stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen ook te verbeteren.

De omschrijving «verbetering van het vestigingsklimaat» wordt normaliter gebruikt in relatie tot partijen die overwegen om zich te vestigen in Nederland (en daarbij onder meer afwegen of het Nederlandse rechtssysteem aantrekkelijk is) of reeds in Nederland gevestigd zijn en zich afvragen of verplaatsing naar het buitenland voordelen heeft. In de regel wordt gedacht aan ondernemingen, die in de omstandigheid verkeren dat zij hun activiteiten desgewenst ook vanuit een andere plek kunnen aanbieden. Het vestigingsklimaat is dan een van de factoren die voor hun keuze ten aanzien van de vestigingsplaats relevant is.

Op dit punt zijn ook de conclusies van het evaluatierapport Wet bestuur en toezicht 2011 over de invloed van het monistische bestuursstelsel op de bruikbaarheid van de rechtsvorm van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen relevant. Uit het evaluatierapport blijkt dat het monistische bestuursmodel de bruikbaarheid van de NV en de BV in nationale en internationale ondernemingsverhoudingen heeft vergroot (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 6.2.1, p. 134). Uit data van de Kamer van Koophandel van maart 2017 is afgeleid dat het monistische bestuursmodel bij 443 uiteenlopende vennootschappen (onderverdeeld in 58 NV's en 385 BV's) in een behoefte voorziet. Ruim de helft van deze vennootschappen (56,7%) bestond al voor het moment van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht, terwijl de overige vennootschappen (43,3%) na 1 januari 2013 zijn opgericht. Onder de vennootschappen met een monistisch bestuursmodel bevinden zich grote, middelgrote, kleine en microvennootschappen. Ook een viertal structuurvennootschappen heeft geopteerd voor een one-tier board. De data van de KvK vermelden bij 328 vennootschappen een concernrelatie. Voorts worden de aandelen van 144 monistische vennootschappen gehouden door één aandeelhouder. Uit de data die aan de onderzoekers is verstrekt door Eumedion blijkt dat in juli 2017 44 Nederlandse beursvennootschappen – dat is ongeveer 26% van het totale aantal beursvennootschappen – een monistisch bestuursmodel hadden (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 6.2.1, p. 134).

Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de keuze voor een wettelijk geregeld monistisch bestuursmodel mogelijk wordt voor meer rechtsvormen. Wanneer degenen die betrokken zijn bij bijvoorbeeld een coöperatie graag gebruik willen maken van dat monistische bestuursmodel omdat zij daarmee meer vertrouwd zijn dan met een dualistisch bestuursmodel, dan wil ik hun die keuze niet onthouden. In zoverre kan het wetsvoorstel bijdragen aan het vestigingsklimaat.

Voor veel verenigingen en stichtingen geldt dat zij relatief plaatsgebonden zijn, zoals een plaatselijke sportvereniging. Gelet op hun activiteiten ligt niet voor de hand dat zij overwegen zich buiten Nederland te vestigen of gebruik te maken van een buitenlandse rechtsvorm. Voor dergelijke gevallen is het naar mijn mening desalniettemin van belang dat het Nederlandse rechtspersonenrecht hun activiteiten faciliteert met een goed bruikbare rechtsvorm. Dat wil zeggen een rechtsvorm die zij voldoende naar eigen wens kunnen inrichten (met al dan niet interne toezichthouders), waar de taken van het bestuur en wijze van verantwoording aan bijvoorbeeld de leden of andere belanghebbenden helder zijn, en waar helder is wanneer en in welke mate bestuurders en/of toezichthouders aansprakelijk kunnen zijn indien zij hun taken onbehoorlijk vervullen. Kortom, een rechtsvorm met voldoende flexibiliteit, maar ook met voldoende rechtszekerheid. Ik meen dat dit wetsvoorstel daarin voorziet. Daarbij merk ik op dat in sectorspecifieke regelgeving kan worden afgeweken van regeling in Boek 2 BW betreffende het instellen van een monistisch bestuursstelsel. De artikelen 2:44a en 2:292a sluiten dan ook niet uit dat in bijzondere wetgeving voor bepaalde instellingen de verplichting wordt opgenomen om een dualistisch bestuursmodel te

hanteren. Een dergelijke verplichting is bijvoorbeeld te vinden in de Woningwet. Uit artikel 30 lid 1 van de Woningwet blijkt dat een toegelaten instelling in de zin van deze wet een dualistisch bestuursstelsel dient te hebben; de keuze voor een monistisch bestuursstelsel is voor toegelaten instellingen derhalve uitgesloten.

Uit het evaluatierapport blijkt dat het monistische bestuursmodel in de praktijk grotendeels werkt zoals beoogd volgens de wetstheorie: (i) het monistische bestuursmodel voorziet in de praktijk in een behoefte en vergroot de bruikbaarheid van de NV en de BV; (ii) het monistische bestuursmodel voorziet in een – zij het kleine – behoefte bij structuurvennootschappen; (iii) vennootschappen hebben het dualistische bestuursmodel niet integraal vervangen door een monistisch bestuursmodel; (iv) in de praktijk speelt bij de keuze voor het monistische bestuursmodel het aantrekken van buitenlandse aandeelhouders een rol; (v) de besluitvormingsfaciliteit van artikel 2:129a/2:239a lid 3 BW voorziet in een behoefte van de praktijk; (vi) bij de geïnterviewde vennootschappen kwam van de in de wetstheorie vermelde mogelijke voordelen van het monistische bestuursmodel met name de geïnformeerde en betrokken positie van de niet-uitvoerende bestuurders naar voren en ook – zij het in mindere mate – het slagvaardig(er) kunnen optreden van het monistische bestuur; (vii) bij het uitvoeren van het evaluatieonderzoek is de onderzoekers niet gebleken van aanwijzingen dat er in monistische vennootschappen geen evenwichtige belangenafweging zou plaatsvinden (paragraaf 6.2.3, p.136–139).

De onderzoekers komen daarnaast tot een aanbeveling over (v) de besluitvormingsfaciliteit van artikel 2:129a/2:239a lid 1 BW (vgl. paragraaf 3.5.3.3, p. 87–89). Op grond van deze – door de wetgever in 2013 ingevoerde – bepaling kan binnen een monistisch bestuursmodel de rol van voorzitter uitsluitend aan een niet-uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Het verdient volgens de onderzoekers aanbeveling dat de wetgever in artikel 2:129a/2:239a lid 1 BW verduidelijkt dat het bestuursorgaan uit zijn midden een niet-uitvoerende voorzitter kiest. De onderzoekers stellen dat de huidige formulering van de wetsbepaling ruimte geeft voor de onjuiste uitleg dat het voorzitterschap van het bestuur ook opgedragen kan worden aan een derde/niet-bestuurder. Ik meen dat uit de huidige tekst blijkt dat het voorzitterschap van het bestuur in een monistisch bestuursstelsel niet opgedragen kan worden aan een derde/niet-bestuurder. Zo wordt in de nota naar aanleiding van het verslag bij de Wet bestuur en toezicht 2011 opgemerkt dat: «De taak van het voorzitterschap van het bestuur is voorbehouden aan een niet uitvoerende bestuurder; hier is sprake van exclusiviteit» (vgl. Nota naar aanleiding van het verslag, *Kamerstukken II, vergaderjaar 2008/09*, 31 763, nr. 6, p. 26). Ik bevestig daarom hierbij dat er geen ruimte is voor het aanwijzen van een voorzitter die niet tevens niet-uitvoerende bestuurder is. Daarnaast merken de onderzoekers op dat de keuze voor een monistisch bestuursmodel in beginsel niet openstaat voor banken en verzekeraars (paragraaf 3.5.2.4, pagina 85). Ingevolge artikel 3:19 lid 1 van de Wet of het financieel toezicht (Wft) moeten banken en verzekeraars een raad van commissarissen hebben, tenzij DNB hiervan ontheffing verleent (artikel 3:19 lid 3 Wft). De onderzoekers menen dat er geen redenen zijn om de keuze voor het monistische bestuursmodel aan banken en verzekeraars te onthouden. Deze eis van artikel 3:19 lid 1 dateert nog van vóór de invoering van het monistische bestuursmodel in het Burgerlijk Wetboek en kent zijn oorsprong in de voorlopers van de Wet op het financieel toezicht (de Wet toezicht kredietwezen en de Wet toezicht schadeverzekeringsbedrijf). Door de Minister van Financiën zal nader worden bezien of deze eis dat banken en verzekeraars een raad van commissarissen hebben (tenzij DNB hiervan ontheffing verleent) in het licht van de huidige regeling van het monistische bestuursmodel

aanpassing behoeft; daartoe zal met de Nederlandsche Bank in overleg worden getreden.

De leden van de SP-fractie vragen of in andere landen het monistisch bestuursstelsel wordt toegepast bij verenigingen, stichtingen en onderlinge waarborgmaatschappijen. Zij vragen naar de ervaringen in het buitenland.

In de ons omringende landen (Frankrijk en Duitsland) is de keuze voor een monistisch bestuursstelsel voor de vereniging, stichting en de onderlinge waarborgmaatschappij in principe mogelijk. In Frankrijk kan men bij de onderlinge waarborgmaatschappij (*société d'assurance mutuelle*), de stichting (*fondation*) en de vereniging (*association*) kiezen voor zowel een monistisch als dualistisch bestuursstelsel. In Duitsland staat voor de vereniging (*Verein*) en de stichting (*Stiftung*) de keuze voor een monistisch of dualistisch bestuursstelsel vrij. Bij de onderlinge waarborgmaatschappij (*Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit*) is de keuze voor een monistisch bestuursstelsel alleen mogelijk bij een onderlinge waarborgmaatschappij van geringe omvang (vgl. artikel 184 en 210 van het *Versicherungsaufsichtsgesetz*).

Uit onderzoek van de Duitse professor Klaus Hopt naar bestuur en toezicht bij non-profit organisaties in Europa blijkt dat een monistisch bestuursstelsel bij non-profit organisaties vaker voorkomt dan een dualistisch bestuursstelsel. Ook concludeert hij dat in het algemeen geen van beide bestuursstelsels – monistisch en dualistisch – inherent beter is voor het houden van effectief toezicht (zie K.J. Hopt, «The Board of Nonprofit Organizations: Some Corporate Governance Thoughts from Europe» in: K.J. Hopt, & T. von Hippel (eds.), *Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, pp. 531–563, p. 538).

Ook vragen de leden van de SP-fractie of de kans op belangenverstrengeling toeneemt als in deze rechtsvormen wordt gekozen voor een monistisch bestuursmodel.

Tegenstrijdig belang houdt in dat een bestuurder een persoonlijk belang laat meewegen dat strijdig is met – samengevat – het belang van de rechtspersoon. Van belangenverstrengeling kan ook sprake zijn als een bestuurder in concurrentie zou treden met de rechtspersoon of in geval een bestuurder effecten in andere rechtspersonen houdt (vgl. Principe 2.7 en *best practice* bepalingen 2.7.1 en 2.7.2 van de Nederlandse corporate governance code 2016). Het voorkomen van belangenverstrengeling vereist met name dat een individuele bestuurder alert is op een eventueel belangenconflict. En dat hij bij eventuele twijfel bespreekt met zijn collega's of van een belangenconflict sprake is en zo ja, dat hij zich van deelname aan de besluitvorming onthoudt. Ik begrijp de vraag van de leden van de SP-fractie aldus, dat zij de kans op belangenverstrengeling groter achten bij een monistisch bestuursmodel, waar niet-uitvoerende bestuurders dichter op de uitvoerende bestuurders zitten dan commissarissen in een dualistisch bestuursmodel. Ik heb geen aanleiding te veronderstellen dat het ene bestuursmodel gevoeliger is voor het optreden van belangenverstrengeling dan het andere. In het evaluatieonderzoek concluderen de onderzoekers dat de vraag of in de praktijk een goede balans tussen bestuur en toezicht bestaat, vooral afhankelijk is van de wijze waarop de vennootschap in concreto het monistische bestuursmodel vorm geeft, van de personen die de functie van uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders bekleden en de wijze waarop zij hun functie vervullen (paragraaf 3.5.3.6, p. 89).

De leden van de SP-fractie vragen in hoeverre de mogelijkheid tot instelling van een raad van commissarissen een aanvulling is op (of vervanging is van) het bestaande model van een algemeen en een dagelijks bestuur. Daarbij vragen deze leden naar de verschillen in taken en bevoegdheden tussen de raad van commissarissen en het algemeen bestuur bij verenigingen en stichtingen. Zij informeren naar de conse-

quenties van een keuze voor een raad van commissarissen voor de dagelijkse gang van zaken in dergelijke organisaties.

Het wettelijke systeem heeft als uitgangspunt dat de rechtspersoon zelf bepaalt of een raad van commissarissen wordt ingesteld. Is dat het geval, dan heeft die raad van commissarissen de wettelijke taak 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 en de taak het bestuur met raad terzijde te staan (ik verwijs hierbij naar het eerdere antwoord op de eerste vraag van de PvdA-fractie in paragraaf 2).

Als in de statuten is gekozen voor de aanduiding «dagelijks bestuur» en «algemeen bestuur», dan is voor de juridische duiding doorslaggevend welke taken in de praktijk aan deze organen zijn toegekend. Van een bestuur in de zin van artikel 2:9 BW is sprake wanneer het orgaan het dagelijkse beleid en de strategie van de rechtspersoon bepaalt en het zijn taak in beginsel autonoom vervult. In de praktijk doen zich verschillende varianten voor, 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. 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.

De onduidelijkheid die tot nu toe bij verenigingen en stichtingen bestaat over de taken en verantwoordelijkheid van zogenoemde dagelijkse of algemene bestuurders, zal in de loop van de tijd afnemen, omdat te verwachten is dat nieuwe rechtspersonen zullen aansluiten bij de terminologie van de wet en bestaande rechtspersonen ter gelegenheid van een toch al voorgenomen statutenwijziging van de gelegenheid gebruik kunnen maken om de positie van de bij de rechtspersoon betrokkenen, te verduidelijken. Dat is in elk geval ook in het belang van die betrokkenen, omdat zij zich daardoor beter bewust worden van hun verantwoordelijkheden. Nu kan zich de situatie nog voordoen dat een betrokkene zich pas ten tijde van een juridische procedure realiseert dat een rechter door een etiket «algemeen» of «dagelijks» bestuurder heen kijkt en vooral afgaat op hetgeen de desbetreffende persoon op grond van de statuten had moeten doen; het etiket is dan niet doorslaggevend.

Nu de kwalificatie van een dagelijks en een algemeen bestuur van geval tot geval anders kan uitpakken, afhankelijk van de taken die in de praktijk worden verricht, kan niet in algemene zin worden gezegd dat «het model» van een dagelijks en een algemeen bestuur wordt vervangen of aangevuld. Zoals uit het voorgaande blijkt, wordt in een aantal gevallen wel het wettelijke etiket veranderd in «commissaris» of «niet-uitvoerend bestuurder».

### *c. Overig*

De leden van de SP-fractie vragen of omvangrijke en essentiële semipublieke instellingen, zoals woningcorporaties en zorginstellingen, kunnen worden gekwalificeerd als niet-commerciële verenigingen en stichtingen met onbezoldigde bestuurders en commissarissen. Tevens vragen de leden van de SP-fractie of aansprakelijkstelling van onbezoldigde bestuurders bij faillissement van niet-commerciële verenigingen en

stichtingen volledig is uitgesloten en daardoor de leden of cliënten van dergelijke niet-commerciële verenigingen en stichtingen worden belast met de schade die door dergelijke bestuurders is veroorzaakt. Zoals eerder vermeld in het antwoord op de vraag van de leden van de PvdA-fractie, wordt bij nota van wijziging het onderscheid tussen onbezoldigde en bezoldigde bestuurders opgeheven. Enerzijds blijft het criterium voor toepassing van het eerdergenoemde bewijsvermoeden bij bestuurdersaansprakelijkheid, zoals in de huidige wetgeving, of een stichting of vereniging aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. De heffing van vennootschapsbelasting hangt samen met het oordeel van de fiscus dat de rechtspersoon een onderneming in de zin van de vennootschapsbelasting in stand houdt. Van een onderneming zal in de praktijk steeds sprake zijn bij een woningcorporatie; de activiteiten van een woningcorporatie zijn zodanig dat zij als een onderneming in de zin van de Wet op de vennootschapsbelasting worden aangemerkt. Anderzijds om te waarborgen dat naast de woningcorporaties ook de andere semipublieke verenigingen en stichtingen onder het bewijsvermoeden vallen, wordt bij nota van wijziging tevens expliciet gemaakt dat het bewijsvermoeden geldt voor alle rechtspersonen die een financiële verantwoording opstellen die gelijk of gelijkwaardig is met de jaarrekening. Gelijkwaardigheid impliceert hier dat de verschafte informatie als geheel en qua niveau en aard aansluit bij de eisen van titel 9 van Boek 2 BW. Aan de eis van openbaarmaking is ook voldaan, indien de stukken ter beschikking van iedere belanghebbende moeten worden gehouden; deponering bij het handelsregister is daarvoor niet nodig (zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 1994/95, 24 255, 3, p. 4–5, zie ook *Asser/Rensen 2-III* 2017/167). Deze verwijzing naar stichtingen en verenigingen die op grond van bijzondere wetgeving een jaarrekeningplicht hebben, moet voorkomen dat semipublieke verenigingen en stichtingen buiten de regeling vallen. Naast zorginstellingen (Regeling verslaggeving WTZi) en onderwijsinstellingen (Regeling jaarverslaggeving onderwijs) geldt zo'n bijzondere regeling voor pensioenfondsen. Pensioenfondsen moeten een gelijkwaardige jaarrekening opstellen op grond van artikel 146 Pensioenwet. Ook zijn woningcorporaties verplicht een jaarrekening op te stellen (vgl. artikel 35 lid 1 van de Woningwet). In deze bijzondere regelgeving wordt steeds verwezen naar titel 9 van Boek 2 BW. Voor het overige zijn mij geen bedrijfstakken bekend die onder een bijzondere regeling vallen (zie *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011/12, 32 873, 2, p. 2/3 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011/12, 32 873, 5, p. 12).

Wanneer een niet-commerciële stichting of niet-commerciële of informele vereniging (die niet een financiële verantwoording moet opstellen die vergelijkbaar is met de jaarrekening) failliet gaat en het bestuur van deze stichting of vereniging niet voldaan heeft aan de boekhoudplicht of publicatieplicht, dan heeft dat bestuur zijn taken weliswaar kennelijk onbehoorlijk vervuld, maar ontbreekt het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dat betekent dat de curator op een andere manier zal moeten aantonen dat er een verband is tussen kennelijk onbehoorlijk bestuur en het faillissement. Wanneer het bestuur bijvoorbeeld een zeer ondoordachte en desastreus uitvallende uitgave heeft gedaan, kan sprake zijn van onbehoorlijk bestuur dat tevens een belangrijke oorzaak is van het faillissement. In dat geval zijn alle bestuurders aansprakelijk voor het tekort van de boedel (2:138/248 lid 1); daardoor worden schuldeisers van de rechtspersoon alsnog gecompenseerd. Een individuele bestuurder kan zich disculperen door aan te tonen dat het onbehoorlijke bestuur niet aan hem persoonlijk te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden (2:138/248 lid 3). Daartoe kan hij bijvoorbeeld aantonen dat hij getracht heeft om zijn medebestuurders te overtuigen van de noodzaak om nader onderzoek te doen voorafgaand aan de in het voorbeeld genoemde uitgave. Kortom: ook van bestuurders van niet-commerciële



stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen mag een zekere mate van zorgvuldigheid worden verlangd. De leden van de D66-fractie vragen waaruit blijkt dat de behoeften aan verschillende kaders en veelvormigheid ten aanzien van verschillende rechtsvormen zodanig zijn gewijzigd dat alle rechtspersonen aan dezelfde wettelijke kaders gebonden kunnen worden. Deze leden vragen voorts in hoeverre flexibiliteit behouden blijft voor verenigingen en stichtingen. Zoals in de inleiding vermeld, wordt in de nota van wijziging de huidige systematiek van Boek 2 BW gehandhaafd. De regels voor het bestuur en toezicht worden per rechtspersoon in de afzonderlijke delen van dat wetboek vastgesteld, waardoor eenvoudiger onderscheid tussen de rechtspersonen kan worden gemaakt als dat nodig is. Het wetsvoorstel houdt rekening met de verschillende verschijningsvormen van rechtspersonen, bijvoorbeeld als het gaat om de hoofdregels in geval van tegenstrijdig belang. Via een afwijkende statutaire regeling kan hierbij worden ingespeeld op de behoeften van de specifieke rechtspersoon (artikel 2:44 lid 4, artikel 2:47 lid 5, artikel 2:291 lid 4 en artikel 2:292a lid 5).

Wel faciliteert het wetsvoorstel dat alle rechtspersonen kunnen kiezen voor een monistisch bestuursmodel. Ik zie geen aanleiding om die mogelijkheid aan een bepaalde rechtsvorm te onthouden. In zoverre is inderdaad sprake van een uniformering van bestuur en toezicht tussen de verschillende rechtspersonen. Uniformering is er ook waar het gaat om de meest basale omschrijving van de bestuursstaak of taak van een toezichthouder van een rechtspersoon. Een ieder die niet als privépersoon optreedt in het rechtsverkeer, maar als bestuurder of commissaris, moet ervoor zorgen dat hij zijn taken behoorlijk vervult. Voldoet hij niet aan die eis, dan mag hem eventuele schade van de rechtspersoon of derden worden tegengeworpen. Deze uniformering acht ik gerechtvaardigd. In aanvulling op de regels in Boek 2 BW kunnen nadere eisen worden gesteld aan bestuurders en commissarissen die hun werk verrichten in een specifieke sector, bijvoorbeeld bij woningcorporaties, zorginstellingen, onderwijsinstellingen of pensioenfondsen. Het betreft dan sectorspecifieke afwijkingen van Boek 2 BW. Op die wijze kan rekening worden gehouden met relevante verschillen in het werkkterrein van een rechtspersoon. Het wetsvoorstel regelt dergelijke aanvullende sectorspecifieke normen niet.

De leden van de D66-fractie vragen voorts of de praktijk voldoende gelegenheid heeft gehad om zich de regels eigen te maken die sinds 2013 van kracht zijn, nu deze regels met dit wetsvoorstel worden aangepast. Deze leden geven aan dat de praktijk erop moet kunnen vertrouwen dat nieuwe wetgeving een redelijke houdbaarheidsdatum heeft. Ik ben het met deze leden eens dat altijd rekening moet worden gehouden met het absorptievermogen van de praktijk wanneer nieuwe regels worden ingevoerd. Ik meen dat de inhoudelijke wijzigingen die met dit wetsvoorstel worden aangebracht in de regels die sinds 1 januari 2013 gelden voor NV's en BV's beperkt van aard zijn en aansluiten bij de uitkomsten van de evaluatie. Voor stichtingen en verenigingen zijn de regels wel nieuw, maar speelt het door deze leden genoemde aandachtspunt niet, omdat geen recente wetswijziging heeft plaatsgevonden ten aanzien van die rechtsvormen.

Tevens vragen deze leden waarom de regering er niet voor heeft gekozen om de Wet bestuur en toezicht uit 2013 eerst te evalueren alvorens dit wetsvoorstel in te dienen.

De Wet bestuur en toezicht uit 2013 bevat voor de NV en BV regels voor het monistische bestuursmodel en een wijziging van de regels in verband met een tegenstrijdig belang van bestuurders of commissarissen. Belangenbehartigers van coöperaties vroegen al geruime tijd om een wettelijke regeling ten behoeve van de toepassing van het monistische bestuursmodel op de rechtsvorm coöperatie. Het vorige kabinet wilde aan die wens tegemoet komen. Daarnaast wenste dat kabinet de professionali-

sering van het bestuur en toezicht in andere rechtsvormen te ondersteunen door de bestaande regels – waar nodig aangepast – ook toe te passen op verenigingen en stichtingen. Ook door bijvoorbeeld de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap is aangegeven dat sectoroverstijgende onderwerpen, zoals de taak en de aansprakelijkheid van interne toezichthouders kunnen worden opgenomen in algemene wetgeving zoals het BW, terwijl via sectorspecifieke wetgeving kan worden voorzien in aanscherpingen die op een bepaalde sector zijn gericht. Destijds werd op basis van de geluiden uit de praktijk ingeschat dat de toepassing van deze voor NV's en BV's reeds ingevoerde regels zonder wezenlijke problemen konden worden uitgebreid tot andere rechtsvormen.

Inmiddels is de eerdergenoemde evaluatie afgerond. De evaluatie bevestigt dat de toepassing van het monistische bestuursmodel bij NV's en BV's geen aanleiding geeft tot problemen. Met betrekking tot de bestuurdersaansprakelijkheid concluderen de onderzoekers op basis van rechtspraakonderzoek dat er sprake is van een betrekkelijk geruisloze overgang van de oude regeling naar de nieuwe regeling. Ik verwijs ook naar antwoorden op de vragen van de leden van de fractie van de PvdA in paragraaf 2. Ten aanzien van de regels in verband met een tegenstrijdig belang stellen de onderzoekers dat de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:129/2:239 lid 6 BW de door de wetgever beoogde rechtszekerheid in het handelsverkeer bevordert. Ik verwijs hierbij naar de antwoorden op de vraag van de fractie van de VVD in deze paragraaf. In paragraaf 6 zal ik ingaan op de conclusies van de onderzoekers voor wat betreft de limitering van het aantal toezichtfuncties voor bestuurders en commissarissen/toezichthouders.

De leden van de D66-fractie vragen waarom intern toezicht niet verplicht is gesteld.

Het wetsvoorstel verduidelijkt dat intern toezicht bij verenigingen en stichtingen vorm kan krijgen door het instellen van een raad van commissarissen dan wel de keuze voor een monistisch bestuursmodel. Er is niet gekozen voor een algemene verplichting voor verenigingen en stichtingen om intern toezicht te organiseren omdat er in de praktijk vele kleine verenigingen en stichtingen zijn waarvoor een dergelijke verplichting te belastend zou zijn en overigens ook niet nodig is. Wanneer een rechtspersoon klein is, is de afstand tussen degene die de rechtspersoon bestuurt en degenen die daarbij belang hebben zoals de leden van een vereniging zodanig klein, dat het (verplicht) organiseren van formeel intern toezicht geen toegevoegde waarde heeft. Deze leden kunnen dan zelf voldoende toezicht houden; de omvang van de rechtspersoon staat daar niet aan in de weg. Ook voor NV's en BV's geldt dat zij pas verplicht zijn om intern toezicht te organiseren wanneer zij een bepaalde omvang hebben; dit geldt wanneer deze rechtspersonen voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van het structuurregime (vgl. artikel 2:158 BW voor de NV alsmede artikel 2:268 voor de BV). Hetzelfde geldt voor grote coöperaties en grote onderlinge waarborgmaatschappijen (vgl. artikel 2:63a-k BW). Een en ander laat onverlet dat desgewenst in sectorspecifieke wetgeving kan worden bepaald dat bepaalde stichtingen of verenigingen verplicht zijn om intern toezicht te organiseren wanneer zij werkzaam zijn in een bepaalde branche. Dat staat buiten dit wetsvoorstel.

Deze leden vragen of het wetsvoorstel een monistisch bestuursmodel voor verenigingen en stichtingen mogelijk maakt.

Het ambtelijk voorontwerp, waarover via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl) is geconsulteerd bevatte een dergelijke regeling niet. Naar aanleiding van de reacties in de consultatie is het voorstel aangepast. Het wetsvoorstel biedt voor alle rechtspersonen een wettelijke regeling van een monistisch bestuursmodel, inclusief voor verenigingen (artikel 2:44a), stichtingen (artikel 2:291a) en coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen

(artikel 2:44a juncto artikel 2:53a lid 1). Ik verwijs ook naar het eerdere antwoord op de vraag van de leden van de SP-fractie.

De leden van de D66-fractie vragen hoe de regering aankijkt tegen het voorstel om duidelijker te bepalen welke informatie door een organisatie (online) openbaar moet worden gemaakt, bijvoorbeeld door aan te sluiten bij artikel 1a lid 1 sub j juncto lid 7 van de Uitvoeringsregeling van de Algemene wet inzake rijksbelastingen 1994.

De informatieplicht waar deze leden naar verwijzen raakt algemeen nut beogende instellingen (ANBI's). Een verplichting voor rechtspersonen om zelf informatie openbaar te maken is er indien zij willen worden aangemerkt als ANBI, waardoor gebruik kan worden gemaakt van bepaalde belastingvoordelen. Zij dienen dan de informatie genoemd in de Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen via internet beschikbaar te maken. Het gaat onder andere om de naam van de instelling, hoofdlijnen van het beleidsplan, bestuurssamenstelling en het beloningsbeleid en de balans en de staat van baten en lasten. De verplichting voor ANBI's om informatie te publiceren hangt samen met het specifieke belang dat belastingbetalers, donateurs en begunstigen hebben bij inzicht in het functioneren van de filantropische sector (vgl. Wijziging van de Uitvoeringsregeling Algemene wet inzake rijksbelastingen, Stcrt. 2013, 20451). Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat in het regeerakkoord staat dat geldstromen naar politieke, maatschappelijke en religieuze organisaties meer transparant gemaakt worden. Momenteel wordt bezien hoe uitvoering kan worden gegeven aan dit onderdeel van het regeerakkoord. Uw Kamer heeft hierover een brief ontvangen in het eerste kwartaal van 2018 (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2017/2018, 29 614, nr. 71)

De leden van de D66-fractie gaan in op de aansprakelijkheid van bezoldigde bestuurders wegens wanbeleid. Zij menen dat aansprakelijkstelling wordt bemoeilijkt door ontslag van de bestuurder. Deze leden wensen te regelen dat een opvolgend bestuur van een rechtspersoon, met name wanneer daar middels verstrekte subsidies overheidsgeld bij betrokken is, stappen kan zetten tegen oud-bestuurders zonder dat eerst de langdurige en kostbare weg van de enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer gestart moet worden om het ontslagbesluit te laten vernietigen. Zij vragen waarom het wetsvoorstel op dit punt geen verbetering doorvoert. Ik begrijp de vraag van de leden van de D66-fractie aldus, dat deze ziet op het besluit tot ontslag van aansprakelijkheid van bestuurders (décharge of kwijting). Door décharge te verlenen doet de vennootschap afstand van het recht om bestuurders aan te spreken wegens onbehoorlijke taakvervulling. Dit besluit wordt genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders en wordt normaliter gekoppeld aan de informatie die via de jaarstukken is vrij gegeven aan de algemene vergadering. Het verlenen van décharge heeft tot doel bestuurders – tot op zekere hoogte – zekerheid te geven over hun mogelijke aansprakelijkheid. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad strekt de décharge zich niet uit tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit andere hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde. Décharge strekt zich evenmin uit tot frauduleuze onttrekkingen die door manipulatie van de boeken niet uit de jaarrekening en de verslaglegging kenbaar zijn (Hoge Raad 10 januari 1997, NJ 1997, 360 LCN: ZC2243 (Staleman/Van der Ven) en Hoge Raad 25 juni 2010, NJ 2010, 373 ECLI:NL:HR:2010:BM2332). In die gevallen kan de vennootschap haar bestuurders nog steeds aansprakelijk stellen, ook nadat décharge is verleend. Ik meen dat het hierboven geschetste stelsel voldoende afgewogen is om enerzijds het belang van de rechtspersoon te dienen en anderzijds het belang van bestuurders en commissarissen om een

bepaalde mate van zekerheid te hebben over het gevolg van de afgelegde verantwoording.

Deze leden verzoeken voorts om een oordeel over het voorstel om wettelijk de rechtsgevolgen aan een ontslagbesluit van een bestuurder te kunnen onthouden zolang de overheid als subsidieverstrekker daar niet expliciet mee heeft ingestemd.

Voor het voorstel dat de leden van de D66-fractie hier doen, hoeft Boek 2 BW – dat ziet op alle privaatrechtelijke rechtspersonen – niet te worden gewijzigd. Wel kan gekeken worden of het wenselijk is om in sectorspecifieke regelgeving voor de desbetreffende (semipublieke) sector vast te leggen dat dechargebesluiten genomen door stichtingen waarvan het vermogen voor een belangrijk deel wordt gevormd door overheidsgeld de goedkeuring behoeven van een overheidsinstantie of overheidsorgaan (vgl. M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting*, Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112 (dissertatie Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 492).

De leden van de SGP-fractie vragen of de verantwoordelijkheid voor het definiëren van tegenstrijdig belang bij de individuele bestuurder ligt of bij het bestuur als geheel.

Of sprake is van een tegenstrijdig belang, wordt primair bepaald door de bestuurder zelf. Wanneer hij twijfelt over de aanwezigheid van (de schijn van) een tegenstrijdig belang, doet hij er goed aan om dit te melden en zijn mening te toetsen aan het gevoelen van de andere bestuurders. Deze kunnen hem dan adviseren over hun oordeel ten aanzien van de aanwezigheid van (de schijn van) een tegenstrijdig belang. Uiteindelijk oordeelt de rechter of van een tegenstrijdig belang sprake is geweest. Voor een uitgebreider antwoord verwijs ik naar mijn antwoord op een vergelijkbare vraag van de leden van de PvdA-fractie.

Deze leden vragen voorts waarom geen onderscheid wordt gemaakt tussen kleinere stichtingen en verenigingen en andere rechtspersonen bij de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9b BW. Acht de regering het gewenst om de drempels niet onnodig laag te maken, zo vragen deze leden.

Zoals hierboven op vergelijkbare vragen van andere fracties is geantwoord, is het wettelijk bewijsvermoeden als gevolg van de nota van wijziging niet langer van toepassing op kortgezegd informele en niet-commerciële verenigingen en stichtingen (tenzij de stichting of vereniging een financiële verantwoording moet opstellen die vergelijkbaar is met de jaarrekening). Ik verwijs voor de volledigheid ook naar het antwoord op de vragen van deze leden over artikel 2:9c BW in het artikelsgewijze deel van deze nota naar aanleiding van het verslag. De leden van de SGP-fractie verzoeken te verduidelijken hoe ver de aansprakelijkheid bij kleinere of informele verenigingen en stichtingen precies reikt en wat de verschillen zijn met vergelijkbaar gedrag bij andere rechtspersonen, ook in geval van aansprakelijkheid bij faillissement en in overige gevallen.

Op alle rechtspersonen is de regel van toepassing dat de bestuurder jegens de rechtspersoon aansprakelijk is voor onbehoorlijk bestuur, tenzij hem vanwege de taakverdeling met zijn collega's geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest om maatregelen te treffen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden (artikel 2:9 BW). De rechter zal de omstandigheden van het geval meewegen bij de toepassing van deze norm. Zo is relevant of de desbetreffende rechtspersoon is onderworpen aan nadere sectorspecifieke regelgeving. Het bestuur van een bank moet er bijvoorbeeld voor zorgen dat de rechtspersoon voldoet aan de wettelijke eisen betreffende de omvang van het kapitaal en moet ook acht slaan op de corporate governance code voor banken waarin aandacht voor het belang van spaarders is neergelegd. De taken van het bestuur van een ziekenhuis kunnen via sectorspecifieke voorschriften (wettelijk of via een code) ook nader zijn ingevuld, bijvoor-

beeld ten aanzien van de financiële verslaglegging of ten aanzien van de bescherming van persoonsgegevens van patiënten die via het elektronisch patiëntendossier beschikbaar zijn gekomen. Het bestuur van een rechtspersoon die als algemeen nut beogende instelling wil kwalificeren, moet op de desbetreffende regels acht slaan. Hiervoor is aangegeven dat het wettelijke bewijsvermoeden dat er een verband is tussen bepaalde vormen van onbehoorlijk bestuur en het faillissement van de rechtspersoon niet van toepassing is op bestuurders van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen die niet onderworpen zijn aan de heffing van de vennootschapsbelasting (tenzij deze stichting of vereniging een financiële verantwoording moet opstellen die gelijk of gelijkwaardig is met de jaarrekening). Dit volgt uit artikel 2:50a voor de vereniging en 2:300a voor de stichting, zoals aangepast bij nota van wijziging.

Afgezien van de naleving van sectorspecifieke regels waarvoor de bestuurders verantwoordelijk zijn, kan uit de jurisprudentie ten aanzien van NV's en BV's worden afgeleid dat het risico voor aansprakelijkheid van bestuurders vooral bestaat wanneer zij zichzelf hebben beoordeeld, eventueel met verzwijging van een tegenstrijdig belang, of omdat bestuurders een contract zijn aangegaan terwijl zij onvoldoende hebben nagedacht over de risico's die met dat contract samenhangen voor de rechtspersoon. Een contract met grote financiële gevolgen vergt immers meer voorbereiding dan een contract met kleine gevolgen; onder omstandigheden mag van een bestuurder worden gevergd dat extern advies wordt ingewonnen om bepaalde risico's goed in te kunnen schatten. Van geval tot geval zal het antwoord op de vraag of een contract grote gevolgen heeft, echter anders kunnen uitpakken. Voor een grote en rijke stichting kan een mislukte investering van enkele duizenden euro wellicht zijn te verwaarlozen, terwijl zo'n uitgave voor een kleine stichting tot ernstige problemen aanleiding kan geven. De bestuurders moeten de mogelijke gevolgen derhalve afwegen; is de uitgave voor de desbetreffende rechtspersoon van wezenlijk belang, dan vraagt dat meer voorbereiding dan wanneer de uitgave niet van wezenlijk belang is. Iets vergelijkbaars geldt tegenover derden. De rechtspersoon moet geen contract aangaan terwijl de bestuurders van meet af aan wisten dat de rechtspersoon dat contract niet zou kunnen nakomen. Doet de rechtspersoon dat wel, dan kan dat onder omstandigheden leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders. Zoals uit het voorgaande reeds naar voren komt, volgt aansprakelijkheid op onbehoorlijk bestuur, anders gezegd op onbehoorlijke deelname aan het rechtsverkeer waardoor de rechtspersoon of derden zijn geschaad. Aansprakelijkheid is onder die omstandigheden logisch, omdat de bestuurder onbehoorlijk is omgegaan met zijn verantwoordelijkheden.

#### **4. Consultatie**

De leden van de D66-fractie vragen om een reactie op alle punten uit de brief en bijlage van VNO-NCW en MKB-Nederland van 31 augustus 2016. Meer specifiek vragen zij naar aanleiding van die brief waarom is gekozen voor een algemene basisregeling als uitgangspunt in plaats van zelfregulerende codes voor de semipublieke sector en instellingen over benoemingen, belangenverstrengeling en tegenstrijdig belang. Ook vragen zij waarom is gekozen voor een algemene regeling in Boek 2 BW voordat sectorale wetgeving en gedragscodes tot stand zijn gekomen waarin taken en verantwoordelijkheden voor de semipublieke sector zijn uitgewerkt. Daarnaast vragen zij of de voorgestelde harmonisering van de aansprakelijkheidsregels voor verenigingen en stichtingen met die voor NV's en BV's prematuur is en willen zij voorts vernemen hoe wordt voorkomen dat bestuurders op grond van de nieuwe regelgeving eerder aansprakelijk gesteld worden uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling, terwijl



onduidelijk is wanneer daarvan sprake is, zodat strijd met het legaliteitsbeginsel zou kunnen ontstaan.

De voorgaande specifieke vragen worden – ter voorkoming van herhaling – hierna betrokken bij de reactie op alle onderdelen van de brief van VNO-NCW en MKB. Bij de vragen van VNO-NCW over specifieke artikelen uit het wetsvoorstel wordt tussen haakjes steeds weergegeven waar de bepalingen in het wetsvoorstel te vinden zijn als gevolg van de nota van wijziging.

VNO-NCW en MKB-Nederland onderschrijven in hun brief het belang van goed bestuur en toezicht en van een duidelijk wettelijk kader voor de verschillende rechtspersonen. Daar waar rechtspersonen materieel in hun bedrijfsvoering vergelijkbaar zijn met ondernemingen in de vorm van NV's en BV's dienen ook bestuur en toezicht op een vergelijkbaar niveau te zijn en voor zover nodig te worden geprofessionaliseerd, zoals die professionaliseringsslag ook bij NV's en BV's heeft plaatsgevonden. Zij stellen dat de praktijk gebaat is bij de voorgestelde wettelijke vastlegging van de mogelijkheid bij verenigingen en stichtingen om een raad van toezicht in te stellen. Voorts steunen VNO-NCW en MKB-Nederland de diverse wijzigingen die zijn aangebracht ten opzichte van het voorontwerp. In het bijzonder noemen zij de regeling voor de faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders, die niet onderdeel wordt van de Faillissementswet, maar onderdeel van het BW blijft.

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn geen voorstander van algehele uniformering van de regels voor alle rechtsvormen. Zij maken onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële rechtsvormen. Deze laatste groep vraagt naar hun mening om flexibiliteit vanwege de diverse samenstelling.

Ik deel het standpunt van VNO-NCW en MKB-Nederland dat een algemene uniformering te ver zou gaan. De praktijk heeft behoefte aan verschillende rechtsvormen en een daarmee samenhangend verschillend regime. De nota van wijziging voorziet in de handhaving van de flexibiliteit van het ondernemingsrecht.

Ik ben bereid om aan de wensen van de praktijk tegemoet te komen en het onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen zoals dat momenteel geldt voor wat betreft het bewijsvermoeden van onbehoorlijk bestuur in geval van faillissement te handhaven. Het bewijsvermoeden geldt wel voor semipublieke instellingen die een financiële verantwoording moeten opstellen die vergelijkbaar is met een jaarrekening.

VNO-NCW en MKB-Nederland vragen samengevat om pas met nieuwe regels te komen nadat de toegezegde evaluatie van de Wet bestuur en toezicht 2011 bij NV's en BV's is afgerond, mede gelet op het absorptievermogen van – naar ik aanneem – NV's en BV's. Zij menen dat die evaluatie moet worden afgewacht.

Zoals hiervoor is aangegeven, is die evaluatie van de regels voor NV's en BV's inmiddels afgerond. De evaluatie van die wet wijst niet op een wezenlijke belemmering voor de aanvaarding van het wetsvoorstel ten aanzien van stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen en leidt evenmin tot wezenlijke aanpassing van de regels voor NV's en BV's.

VNO-NCW en MKB-Nederland bepleiten ten aanzien van de semipublieke sector dat eerst de fundamenten van semipublieke sectoren worden verankerd door middel van sectorale wetgeving en gedragscodes waarin taken en verantwoordelijkheden duidelijk worden vastgelegd. Pas daarna zou algemene regelgeving op zijn plaats zijn, waarbij dan de verschillen tussen private en niet private organisaties in het oog moeten worden gehouden.

Het wetsvoorstel bepaalt een aantal sectoroverstijgende normen waaraan elke rechtspersoon moet kunnen voldoen. Zij zijn niet zodanig zwaar dat

daarvoor een uitzondering op zijn plaats is voor een bepaalde sector. Ik ben het met VNO-NCW en MKB-Nederland eens dat sectorspecifieke regelgeving het meest geschikt is wanneer specifieke – aanvullende – eisen worden gesteld aan bestuurders of toezichthouders in de semipublieke sector. Daarmee kan worden ingespeeld op verschillen tussen die sectoren. Bijvoorbeeld zou voor dergelijke sectoren intern toezicht voor bepaalde instellingen binnen een sector verplicht kunnen worden gesteld of extra verantwoording over de besteding van bepaalde fondsen, ook zou verslaglegging over het bereiken van «zachte» doelen kunnen worden verlangd. Het gaat dit wetsvoorstel te buiten om daarvoor regels te treffen. Dit wetsvoorstel voorkomt dat het nodig is om voor elke specifieke sector waarvoor wetgeving wordt overwogen, een aantal basisregels te formuleren die in dit wetsvoorstel reeds zijn verwoord. Dat voorkomt het risico dat ten aanzien van de basisregels onnodige verschillen ontstaan. Een en ander laat onverlet dat mijn ambtgenoten ten aanzien van de semipublieke sector waarvoor zij verantwoordelijk zijn, desgewenst bij wet kunnen divergeren van de basisregeling in Boek 2 BW. In een dergelijk geval kan worden toegelicht waarom en in hoeverre een verschil bestaat met de BW-basisregeling ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Zoals eerder is opgemerkt, heb ik geen aanleiding te veronderstellen dat voor een semipublieke sector zal worden gekozen voor een lichter regime dan het regime dat thans wordt voorgesteld; eerder liggen aanvullende eisen voor de hand. Het is primair aan mijn ambtgenoten om te bepalen of kan worden volstaan met zelfregulerende codes waarin die nadere voorschriften zijn opgenomen, dan wel dat een nadere wettelijke regeling nodig is. Op grond van het voorgaande meen ik dat met dit wetsvoorstel niet het risico bestaat dat een te zwaar regime zou ontstaan in afwachting van sectorspecifieke wetgeving.

VNO-NCW en MKB-Nederland geven ten aanzien van artikel 2:9 lid 3 en artikel 2:11 lid 4 aan dat deze artikelleden bepalen dat elke bestuurder/commissaris tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en dat bestuurders/commissarissen zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Zij menen dat de toepassing van deze regel op de semipublieke sector te snel kan leiden tot aansprakelijkheid en daarom beter eerst sectorale wetgeving en gedragscodes kunnen worden vastgesteld met specifieke taken en verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders in de desbetreffende semipublieke sector.

Naar huidig recht geldt reeds voor alle rechtspersonen dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW). Bij nota van wijziging wordt bewerkstelligd dat het huidige artikel 2:9 BW voor alle rechtspersonen gehandhaafd blijft. Het richtsnoer voor de invulling van de taak regelt de nota van wijziging in de afzonderlijke titels (artikel 2:44 lid 3 en artikel 2:291 lid 3 BW). Zoals ook hiervoor naar voren is gebracht, betreft dit wetsvoorstel enkele basiseisen die aan elke bestuurder en toezichthouder van elke rechtspersoon kunnen worden gesteld; zij zijn sectoroverstijgend van aard. De rechter kan daarbij de omstandigheden van het geval meewegen. Bijzondere regels voor de semipublieke sector zullen in de praktijk neerkomen op aanvullende regels, met een nadere inkleuring van de algemene normen. Die inkleuring leidt in de praktijk tot meer en andere eisen voor de bestuurders en toezichthouders in die semipublieke sector, mede gelet op het maatschappelijke belang en de financiering van die sector. Het voorbeeld dat ik hiervoor al noemde is dat de wenselijkheid kan worden overwogen om vast te leggen dat bestuurders in de semipublieke sector ook bepaalde «zachte» doelen moeten nastreven. Zolang dergelijke maatstaven niet algemeen zijn aanvaard of zijn vastgelegd in een gedragscode of wet, ligt niet voor de hand dat een rechter aansprakelijkheid aanneemt wanneer niet aan een dergelijke voorwaarde is voldaan.

Dit wetsvoorstel staat daar in elk geval buiten. Het legaliteitsbeginsel komt niet in het gedrang.

In verband met artikel 2:9 lid 5 vragen VNO-NCW en MKB-Nederland naar de samenloop van deze bepaling met bijzondere wetten waarin de opname van belanghebbenden in het bestuur van de rechtspersoon wordt voorgeschreven of aangemoedigd (in het bijzonder artikel 100 leden 2 en 3 Pensioenwet).

Artikel 2:9 lid 5 BW houdt een tegenstrijdigbelangregeling voor bestuurders in. Bestuurders die een persoonlijk belang hebben bij een besluit van de rechtspersoon, nemen niet deel aan de besluitvorming wanneer dat persoonlijke belang tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. De regeling onderscheidt daarmee tussen het belang van – samengevat – de rechtspersoon en het persoonlijke belang van de bestuurder. Met de nota van wijziging wordt de tegenstrijdigbelangregeling van artikel 2:9 lid 5 verplaatst naar artikel 2:44 lid 4 en 2:291 lid 4 BW.

In het geval in sectorale wetgeving de opname van belanghebbenden in het bestuur van de rechtspersoon wordt voorgeschreven of aangemoedigd, doet dit niet af aan de tegenstrijdigbelangregeling als geformuleerd in dit wetsvoorstel. Voor het specifieke geval van pensioenfondsen geldt op grond van artikel 105 van de Pensioenwet dat bestuurders zich moeten richten naar de belangen van alle risicodragers van het pensioenfonds en deze belangen evenwichtig moeten afwegen. Dit geldt ook indien een bestuurder als vertegenwoordiger op voordracht van werknemersverenigingen, (werkgevers)verenigingen of pensioengerechtigden in het bestuur benoemd is overeenkomstig de Pensioenwet. Dit betekent dat als het belang van de achterban niet parallel loopt met het evenwichtig belang van het pensioenfonds, niet per definitie sprake is van een tegenstrijdig belang als bedoeld in Boek 2 BW. Alleen indien een bestuurder een *persoonlijk* tegenstrijdig belang heeft met het evenwichtig belang van alle risicodragers, moet de bestuurder zich onthouden van betrokkenheid bij de besluitvorming. Van een persoonlijk tegenstrijdig belang kan bijvoorbeeld sprake zijn, indien een pensioenfonds overweegt te beleggen in een onderneming waarin een lid van het bestuur een belang heeft, of indien een lid van het bestuur een persoonlijk belang heeft bij het nemen van een besluit, bijvoorbeeld omdat deze of diens naaste pensioen- of aanspraakgerechtigde is bij het fonds. Wanneer er sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang moet de bestuurder zich onthouden van betrokkenheid bij de besluitvorming.

VNO-NCW en MKB-Nederland geven ten aanzien van de ontstentenis en beletregel van artikel 2:9 lid 6 aan dat de statuten voorschriften moeten bevatten over de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders. Zij vragen of ter vermijding van mogelijke misverstanden niet beter gesproken kan worden van «alle bestuurders».

Ik begrijp uit de reactie van VNO-NCW en MKB, maar ook uit het advies van 31 augustus 2016 van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van NOvA en KNB, dat de praktijk twijfelt over de toepassing van de bestaande wettelijke regeling indien onzeker is of alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en er een raad van commissarissen is. In de praktijk vraagt men zich naar verluidt in een dergelijk geval af, welk orgaan dan het besluit moet nemen. Ik begrijp dat in de praktijk dan soms wordt gekozen voor dubbele besluitvorming (van bestuur en RvC) om aantastbare besluitvorming te voorkomen. Vanzelfsprekend acht ik het onwenselijk dat voor dubbele besluitvorming wordt gekozen omdat de wet niet duidelijk zou zijn. In de nota van wijziging is aan de wensen uit de praktijk tegemoet gekomen door te expliciteren dat de statuten een regeling dienen te hebben in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders respectievelijk commissarissen (vgl. de artikelen 2:134 lid 4

en 2:244 lid 5 BW voor de bestuurders bij de NV en de BV en artikelen 2:142 lid 4 en 2:252 lid 4 BW voor commissarissen bij de NV en de BV). Voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting bewerkstelligt de nota van wijziging dat de verplichte ontstentenis- en beletregel komt te vervallen, zoals in de inleiding van deze nota reeds vermeld.

VNO-NCW en MKB-Nederland stellen dat in artikel 2:9c lid 3, tweede en derde volzin, een fout is geslopen. Zij bepleiten het verplaatsen van die volzinnen naar lid 2.

Bij nota van wijziging komt artikel 2:9c lid 3 BW te vervallen. Daarmee blijft de huidige regeling van artikel 2:138 BW op dit punt gehandhaafd. VNO-NCW en MKB-Nederland verzoeken te verduidelijken dat ook van een onbezoldigde functie sprake is indien de betreffende bestuurder of commissaris bij de aanvang van zijn functie afstand heeft gedaan van de voor de betreffende functie normaal geldende bezoldiging.

Zoals reeds vermeld, is de regeling omtrent het bewijsvermoeden aangepast. De term «onbezoldigd» komt daarin niet meer voor.

VNO-NCW en MKB-Nederland vragen in verband met de ingevoerde wettelijke aanduiding van «raad van commissarissen» aandacht voor kleine niet-commerciële verenigingen en stichtingen in het geval een toezichthoudende orgaan is ingesteld. Zij menen dat die aanduiding tot gevolg heeft dat dergelijke rechtspersonen moeten nagaan welke rechtsgevolgen deze wetswijziging heeft indien de rechtspersoon een andere benaming voor een toezichthoudend orgaan heeft gebruikt in de statuten. Zij menen ook dat de statuten moeten worden aangepast teneinde de benaming van het bedoelde orgaan te wijzigen in raad van commissarissen. Ik verwijs naar het eerdere antwoord op de vergelijkbare vraag van de leden van de PvdA-fractie, waarin ik heb aangegeven dat geen onmiddellijke statutenwijziging nodig is.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat het aanbeveling verdient om in het wetsvoorstel te bepalen dat bij wet kan worden afgeweken van de regel dat de bezoldiging van commissarissen wordt vastgesteld door de algemene vergadering.

Afwijking bij wet van een andere wettelijke regel is mogelijk. Het betreft dan een *lex specialis* ten opzichte van een *lex generalis*. Ik acht het niet nodig om de wet daarvoor aan te passen.

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben aangevoerd dat de toepassing van artikel 2:11a lid 2 beperkt moet worden tot commerciële verenigingen en stichtingen.

Het bedoelde artikel houdt in dat het bestuur verplicht is om de raad van commissarissen ten minste één keer per jaar schriftelijk te informeren over de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de eventueel gebruikte beheers- en controlesystemen. Het betreft derhalve een informatieplicht. Zonder informatie over de desbetreffende hoofdlijnen kan een raad van commissarissen zijn rol niet goed vervullen. Naar buiten toe zou de rechtspersoon de indruk kunnen wekken dat gekozen is voor een bestuursstelsel met intern toezicht, maar intern zou de raad van commissarissen machteloos kunnen zijn door een gebrek aan informatie. Wanneer een rechtspersoon wil uitstralen dat intern toezicht aanwezig is, dan moeten de toezichthouders ook in staat worden gesteld om dat waar te maken. Dat geldt ook voor niet-commerciële verenigingen en stichtingen die uit eigen beweging voor het instellen van een raad van commissarissen hebben gekozen. Voor de goede orde bevestig ik dat het voorstel niet verplicht tot het gebruik van enig of specifieke beheers- of controlesysteem. Bij nota van wijziging is de bepaling van artikel 2:11a lid 2 opgenomen in artikel 2:47 lid 9 BW voor de vereniging en in artikel 2:292a lid 9 BW voor de stichting.

Deze leden verzoeken in te gaan op de opmerkingen van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht (NOvA en KNB) ten aanzien van: de definitie van toezichthoudend orgaan, het ontbreken van een wettelijke

grondslag voor het monistisch bestuursmodel bij verenigingen en stichtingen, de inhoud en gevolgen van de tegenstrijdigbelangregeling, de consequenties van het nieuwe aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen en de aangepaste regeling voor ontslag van bestuurders en toezichthouders van stichtingen. De vragen van de leden van de D66 fractie betreffen de opmerkingen van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht uit het advies van 6 mei 2014 betreffende het voorontwerp van het onderhavige wetsvoorstel. Veel van de gemaakte opmerkingen uit dit advies hebben reeds geleid tot aanpassing, waardoor zowel het wetsvoorstel als de memorie van toelichting beter aansluiten bij het advies van de gecombineerde commissie.

De gecombineerde commissie vennootschapsrecht heeft gepleit om niet de term «toezichthoudend orgaan» te introduceren voor de rechtsvorm van de vereniging en de stichting, en te kiezen voor een reeds gangbare term zoals raad van toezicht of raad van commissarissen. Mede naar aanleiding van dit advies is de formulering aangepast. In het wetsvoorstel wordt de aanduiding raad van commissarissen gebruikt in plaats van toezichthoudend orgaan.

De gecombineerde commissie vennootschapsrecht heeft ten aanzien van het voorontwerp van dit wetsvoorstel bepleit om een wettelijke grondslag voor het monistische bestuursmodel voor verenigingen en stichtingen op te nemen. Het wetsvoorstel is in die zin aangevuld.

Volgens de gecombineerde commissie vennootschapsrecht zou de plicht tot openheid in geval van tegenstrijdig belang niet alleen in de toelichting, maar ook in de wettekst moeten worden verwoord. Ik meen dat het inherent is aan de wettelijke regeling dat een bestuurder een tegenstrijdig belang meldt. In het voornoemde evaluatierapport van de Wet bestuur en toezicht raden de onderzoekers aan om in de statuten van de rechtspersoon een meldingsregeling op te nemen zodat duidelijk is aan wie de bestuurder een mogelijk tegenstrijdig belang moet melden en door wie wordt vastgesteld of er in een concreet geval van een tegenstrijdig belang sprake is (vgl. Evaluatie Wet bestuur en toezicht, paragraaf 6.4.3, p. 144).

Voor zo'n statutaire regeling is geen wetswijziging nodig.

De gecombineerde commissie vennootschapsrecht vroeg ten aanzien van het voorontwerp of een aanscherping is beoogd van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van interne toezichthouders, omdat de mogelijkheid van een taakverdeling binnen de raad van commissarissen onmogelijk zou worden gemaakt. In dat verband kan ik bevestigen dat het wetsvoorstel geen wijziging brengt in de bestaande verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van commissarissen bij NV's en BV's. Van een dergelijke aanscherping is geen sprake.

De gecombineerde commissie vennootschapsrecht heeft verschillende opmerkingen gemaakt in verband met de verruiming van de regeling voor ontslag van bestuurders en toezichthouders van stichtingen. De gecombineerde commissie heeft in overweging gegeven om voor de regeling van het ontslag van bestuurders en toezichthouders meer aansluiting te zoeken bij de ontslagvoorziening voor toezichthouders van structuurcoöperaties en structuurvennootschappen. Dit advies is ter harte genomen. In het wetsvoorstel zijn de ontslaggronden inderdaad ontleend aan de regeling voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de Ondernemingskamer.

Daarnaast vraagt de gecombineerde commissie een toelichting op de uitbreiding van het bestaande bestuursverbod voor bestuurders (wanneer zij zijn ontslagen door de rechtbank; het verbod duurt vijf jaar na het ontslag) tot commissarissen. Deze uitbreiding hangt samen met de wettelijke grondslag in dit wetsvoorstel voor de benoeming van commissarissen. Nu de wet de benoeming van de commissaris regelt, ligt voor de hand dat ook wordt voorzien in een regeling om de commissaris te ontslaan wanneer hij zou disfunctioneren. Dat is bij de rechtsvorm van de



stichting nodig, omdat er geen ledenvergadering of aandeelhoudersvergadering is die een ontslag zou kunnen entameren en de ontslagbevoegdheid ook niet kan worden gegeven aan het bestuur (waarop de commissarissen juist toezicht moeten houden). Ik verwijs volledigheidshalve ook naar het antwoord op de eerdere vraag van de leden van de PvdA-fractie.

Overigens kan ik de leden van de D66-fractie meedelen dat van de gelegenheid gebruik is gemaakt om bij nota van wijziging nog enkele aanbevelingen van het advies van 31 augustus 2016 van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht op te nemen in het wetsvoorstel. In dit advies heeft de gecombineerde commissie vennootschapsrecht gewezen op het feit dat de ontstentenis- en beletregel voor commissarissen niet een (aan de ontstentenis- en beletregel voor bestuurders gelijklopende) bepaling bevat dat degene die tijdelijk de functie van commissaris vervult bij ontstentenis of belet van commissarissen, met een commissaris wordt gelijkgesteld. Dit wordt geregeld in de nota van wijziging in artikel 2:142 lid 4 voor de NV en artikel 2:252 lid 4 voor de BV. Tevens stelt de gecombineerde commissie dat in het voorgestelde artikel 2:63k BW een lid ontbreekt. In artikel 2:63k BW is opgenomen dat coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen die zijn onderworpen aan het structuurregime ook voor een monistisch bestuursstelsel kunnen kiezen. De gecombineerde commissie geeft terecht aan dat een regeling ontbreekt in artikel 2:63k BW die bepaalde ingrijpende besluiten (genoemd in artikel 2:63j) uitsluit van de door artikel 2:44a lid 2 geboden mogelijkheid tot delegatie aan een of meer bestuurders. Deze regeling bestaat wel bij de inhoudelijk met artikel 2:63k BW corresponderende bepalingen voor de NV (2:164a lid 3) en de BV (2:274a lid 3 BW). Ik heb deze omissie hersteld bij de nota van wijziging door een derde lid toe te voegen aan artikel 2:63k. In dit derde lid staat dat besluiten van het bestuur in de zin van artikel 2:63j van de toepassing van artikel 2:44a lid 2 zijn uitgesloten.

Artikel XV van het wetsvoorstel bevat de overgangsrechtelijke bepalingen. Door de gecombineerde commissie bepleit dat een overgangsrechtelijke bepaling ten aanzien van de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling aan het wetsvoorstel dient te worden toegevoegd. Ook in de literatuur is gewezen op het feit dat met de invoering van een nieuw systeem terzake tegenstrijdig belang, behoefte bestaat aan een overgangsregeling die rekening houdt met oude gevallen ten aanzien waarvan de algemene vergadering tot reparatie wil overgaan (vgl. P.H.N. Quist, G.J.C. Rensen, «De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen», *WPNR 2017/7162*, p. 628–639, p. 632). Ik zie geen reden om de mogelijkheid van reparatie van oude gevallen – overeenkomstig het oude recht – uit te sluiten. Een vergelijkbare overgangsregeling bestond destijds ook bij de invoering van de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling voor de NV en BV door de Wet bestuur en toezicht (vgl. Artikel IV, lid 1, Wet bestuur en toezicht 2011). Bij nota van wijziging wordt in Artikel XV, lid 2, in een dergelijke overgangsregeling voorzien die de algemene vergadering een mogelijkheid tot reparatie biedt voor transacties die voorafgaand aan de wetwijziging hebben plaatsgevonden. Daarnaast ben ik bereid om door middel van de nota van wijziging in Artikel XV, lid 3, te voorzien in een regeling om te voorkomen dat verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen worden gedwongen om hun statuten onmiddellijk bij de inwerkingtreding van de wet aan te passen aan de nieuwe opzet van de regeling betreffend tegenstrijdig belang. Ook op dit punt was in een vergelijkbare overgangsregeling voorzien voor de NV en de BV in de Wet bestuur en toezicht (vgl. Artikel IV, lid 2, Wet bestuur en toezicht 2011).

Aanvullend is in de literatuur aandacht besteed aan de vraag of het wetsvoorstel ook een nadere uitwerking zou moeten bevatten over de invloed van tegenstrijdig belang of een andere vorm van uitval van

bestuurders (zoals ziekte, schorsing of ontslag) op het meervoudig stemrecht (vgl. R.G.J. Nowak, «Meervoudig stemrecht en uitval van bestuurders», *Privaatrecht Actueel*, *WPNR* 2016/7132, p. 1069–1070 en R.J.C. van Helden, «Reactie op «Meervoudig stemrecht en uitval van bestuurders» van mr. R.G.J. Nowak in *WPNR* 2016/7132», *WPNR* 2017/7139, p. 191). Ik meen dat een nadere uitwerking in de wet niet noodzakelijk is, aangezien de statuten de aangewezen plek zijn voor regelingen omtrent meervoudig stemrecht en in het geval er sprake is van uitval van bestuurders. Hierbij dient bij de NV en de BV de voornoemde bepaling dat een bestuurder niet meer stemmen mag uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen in acht te worden genomen (vgl. artikel 129/239 lid 2 en artikel 140/250 lid 4 BW).

## 5. Overig

De leden van de VVD-fractie vragen naar de onderlinge samenhang van het voorliggende wetsvoorstel en de Wet controle op rechtspersonen. Sluiten deze op elkaar aan, zo vragen deze leden.

De onderlinge samenhang tussen het voorliggende wetsvoorstel en de Wet controle op rechtspersonen wordt niet gewijzigd. De Wet controle op rechtspersonen betreft het toezicht (van Dienst Justis van het Ministerie van Justitie en Veiligheid) *op* rechtspersonen; het wetsvoorstel uniformiert en versterkt het toezicht *binnen* de rechtspersoon.

## 6. De limiteringsregeling

Tot slot zal ik zoals toegezegd in de brief bij de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht van 18 december 2017 (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2017/2018, 31 763, nr. 22) ook de conclusies en aanbevelingen van Deelonderzoek II van het evaluatierapport behandelen. Deelonderzoek II heeft betrekking op de limiteringsregeling die geldt voor het uitoefenen van toezichthoudende functies door bestuurders, commissarissen en toezichthouders bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. De onderzoekers hebben hierbij gekeken naar de achtergrond, doeleinden, effectiviteit en eventuele neveneffecten van de voorgescreven limitering van het aantal door één persoon uit te oefenen toezichtfuncties (Evaluatierapport, paragraaf 1.1, p. 356).

De limiteringsregel geldt alleen voor benoemingen bij grote NV's, BV's en commerciële/semipublieke stichtingen. Voor de benoeming tot bestuurder houdt de limiteringsregeling kort gezegd in dat iemand met twee commissariaten bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot bestuurder van een andere grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting kan worden benoemd. Hierbij telt het voorzitterschap van een raad van commissarissen even zwaar als twee commissariaten. De limiteringsregel voor de benoeming tot commissaris houdt in dat iemand die vijf of meer commissariaten heeft bij een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting niet tot commissaris kan worden benoemd. Bij de beoordeling of het aantal commissariaten al dan niet gecombineerd met een bestuursfunctie de gestelde limieten overschrijdt, telt het voorzitterschap van de raad van commissarissen dubbel. Met een commissariaat wordt een niet-uitvoerende bestuursfunctie gelijk gesteld. Voor de bepaling van deze maximaantallen is aansluiting gezocht bij de overeenkomstige regeling van de Nederlandse corporate governance code 2008 (vgl. regeling III.3.4.). De sanctie op het niet naleven van de wettelijke limiteringsregels is de nietigheid van de benoeming.

De limiteringsregeling berust op een amendement van het toenmalige Kamerlid Irrgang. De limiteringsregeling beoogt «de kwaliteit van bestuur en toezicht bij een rechtspersoon te waarborgen, belangenverstrengeling te voorkomen en een bijdrage te leveren aan het doorbreken van het zogenaamde «old boys network»» (vgl. *Kamerstukken II*, vergaderjaar

2009/10, 31 763, nr. 20). De regeling is neergelegd in de artikelen 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW.

Voor het bepalen of een NV, BV of stichting groot is, is aansluiting gezocht bij de jaarrekeningcriteria zoals neergelegd in artikel 2:397 lid 1 en 2 BW. In de limiteringsregeling wordt verwezen naar de grootte-criteria voor middelgrote rechtspersonen. Indien een rechtspersoon niet voldoet aan ten minste twee van de volgende criteria, is deze niet middelgroot maar groot en zijn de limiteringsregels van toepassing:

1. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, bedraagt niet meer dan EUR 20.000.000;
2. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan EUR 40.000.000;
3. het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250.

De onderzoekers stellen naar aanleiding van evaluatieonderzoek vast dat bij de hantering van deze grootte-criteria niet van specifieke problemen is gebleken (vgl. paragrafen 4.4 en 4.5, p. 254 e.v.).

De onderzoekers wijzen erop dat voor het jaarrekeningenrecht een recent opgerichte rechtspersoon als groot kan kwalificeren, maar dat de limiteringsregeling gedurende de eerste twee jaar van zijn bestaan niet op deze rechtspersoon van toepassing is. Onder het huidige recht geldt een ingroei- (en een uitgroei-) periode van twee jaar voor een grote NV, BV of stichting (vgl. artikel 2:397 BW). De limiteringsregeling is pas op de eerste dag van het derde boekjaar op de desbetreffende rechtspersonen van toepassing. Ik meen dat deze regeling, met een ingroei- en een uitgroei-periode van twee jaar, leidt tot een zekere mate van stabiliteit; frequente wisselingen van een rechtspersoon tussen verschillende regimes worden zo beperkt. Daarom zie ik op dit moment geen noodzaak tot aanpassing van deze ingroei-periode.

De onderzoekers concluderen op basis van een kwantitatieve en de kwalitatieve analyse van de effecten van de limiteringsregeling dat de limiteringsregeling algemeen geaccepteerd lijkt te zijn (vgl. paragraaf 6.5, p. 303). De onderzoekers signaleren wel enige kritiek op de limiteringsregeling. Deze kritiek betreft de «vrij arbitraire grens van vijf toezichtfuncties», zonder dat rekening wordt gehouden met een verschil in zwaarte van toezichtfuncties en een verschil in belasting van een persoon gelet op zijn/haar ervaring. De onderzoekers komen tot de slotsom dat de praktijk over het algemeen laat zien dat de limiteringsregeling goed wordt nageleefd. Zij zien geen reden om de dwingende regeling te wijzigen in een «pas-toe-of-leg-uit» bepaling en menen dat de huidige wettelijke regeling in stand kan blijven. Wel geven de onderzoekers een tweetal aanbevelingen bij de limiteringsregeling.

Ten eerste concluderen de onderzoekers dat bij een klein deel van de markt, te weten de allergrootste entiteiten, de dubbeltelling van de voorzittersfunctie mogelijk voor enige, maar geen acute, rekruteringsproblemen zorgt (vgl. paragrafen 7.4.4 en 7.4.5, p. 337 en verder, en paragraaf 8.5.2.2, p. 370). Gelet op het feit dat er algemene overeenstemming bestaat over de aanzienlijke belasting en daarmee tijdsbesteding die inherent is aan het vervullen van een voorzittersfunctie, zien de onderzoekers in deze rekruteringsproblemen geen aanleiding voor een gelijkschakeling van de wegingsfactor van de functie van gewoon lid en die van voorzitter van een toezichthoudend orgaan.

Voor het bieden van enige ruimte tot oplossing van de geconstateerde rekruteringsproblemen stellen de onderzoekers dat kan worden gedacht aan een versoepeling van de regeling voor voorzitters. Het terugbrengen van de wegingsfactor van 2 naar 1,5, waardoor een combinatie van drie voorzitterschappen mogelijk wordt, achten de onderzoekers daarvoor een optie (vgl. paragraaf 8.5.2.2, p. 371). In specifieke situaties zou deze lagere wegingsfactor meer ruimte kunnen bieden bij de benoeming van een

voorzitter. De onderzoekers geven aan dat de versoepeling naar verwachting over het geheel gezien nauwelijks tot grote verschuivingen zal leiden, gelet op het feit dat als gevolg van de professionalisering van het toezicht de tijdsbesteding van toezichthouders bij zowel de rekrutering als de zelfevaluaties een belangrijke rol speelt.

Met het oog op de totstandkoming van de limiteringsregeling zie ik thans geen aanleiding om deze regeling aan te passen. Tijdens de behandeling van de Wet tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 2012, 440) hebben Tweede Kamerleden Van der Steur en Van Toorenburg een amendement ingediend om de dubbelstelling van het voorzitterschap van het toezichthoudend orgaan ongedaan te maken (vgl. *Kamerstukken II* vergaderjaar 2011/12, 32 873, nr. 15). Het amendement werd door de Tweede Kamer verworpen. In dat licht acht ik de bovenstaande bevinding van de onderzoekers – dat alleen bij een klein deel van de markt, te weten de allergrootste entiteiten, de dubbelstelling van de voorzittersfunctie mogelijk voor enige, maar geen acute, rekruteringsproblemen zorgt – onvoldoende aanleiding om de wegingsfactor van het voorzitterschap van 2 naar 1.5 terug te brengen.

Ten tweede merken de onderzoekers op dat gelet op de bewoordingen van artikel 2:132a/2:242a lid 1 onder b en artikel 2:297a lid 2 onder b BW een persoon die voorzitter is van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een grote NV, BV of stichting niet tot bestuurder van een grote NV, BV of stichting kan worden benoemd. Terwijl de omgekeerde situatie dat een bestuurder wordt benoemd tot voorzitter van een toezichthoudend orgaan, niet door de wettekst wordt geraakt (vgl. paragraaf 3.2, 6.5 en 7.4.5, p. 233, 304 en 351). De onderzoekers menen dat iets vergelijkbaars ook speelt bij een persoon die toezichthoudende functies vervult bij meer dan twee rechtspersonen en dit wenst te combineren met een bestuursfunctie. Gelet op de bewoordingen van artikel 2:142a/252a lid 1 en artikel 2:297b lid 2 is in voornoemde volgorde van benoemingen deze combinatie niet mogelijk, terwijl een bestuurder wel een derde, vierde of vijfde toezichtfunctie mag accepteren (zie par. 7.4.5). De onderzoekers zijn van mening dat in de wettekst tot uitdrukking moet komen dat de combinatie van het vervullen van een uitvoerende bestuursfunctie met die van het voorzitterschap van een toezichthoudend orgaan geoorloofd is (vgl. paragraaf 6.4.2, p. 295). In het licht van de conclusie van de onderzoekers dat de praktijk laat zien dat de limiteringsregeling over het algemeen goed wordt nageleefd (vgl. paragraaf 6.5, p. 303), zie ik geen aanleiding om de formulering van de bepalingen aan te passen en mogelijk te maken dat een voorzitter van een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een grote NV, BV of stichting tot bestuurder van een andere grote NV, BV of stichting kan worden benoemd. Ook is het de vraag of een dergelijke verruiming in de praktijk enig effect zou sorteren. Ik meen dat een rekruterende raad van bestuur van een grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting normaliter de tijdsbesteding van een beoogde bestuurder mee zal nemen in het selectiebesluit en daarom niet snel de behoefte zal bestaan een kandidaat te selecteren die gelijktijdig elders al een voorzittersfunctie bij een raad van commissarissen, een one-tier board of een toezichthoudend orgaan van een andere grote NV, BV of commerciële/semipublieke stichting vervult.

Tot slot gaan de onderzoekers in op de verhouding tussen de limiteringsregeling in Boek 2 BW en de CRD IV-limiteringsregeling (vgl. paragraaf 5.2.2, p. 261 e.v.). De limiteringsregeling voor significante banken en beleggingsondernemingen is afkomstig uit de verordening en de richtlijn kapitaalvereisten, ook wel aangeduid als CRD IV (*Capital Requirements Regulation and Capital Requirements Directive IV*). De CRD IV-limiteringsregeling bepaalt dat een persoon tegelijkertijd niet meer dan één van de volgende combinaties van bestuursfuncties mag vervullen:

één uitvoerende bestuursfunctie en twee niet-uitvoerende bestuursfuncties of vier niet-uitvoerende bestuursfuncties. Op grond van artikel 297a lid 3, onder a, wordt voor de toepassing van de limiteringsregeling de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten is ingesteld, gelijkgesteld met een commissaris. De onderzoekers signaleren dat onduidelijk is of dit bij de CRD IV-limiteringsregeling ook geldt. In artikel 3:8, derde lid, van de Wet op het financieel toezicht wordt rechtstreeks verwezen naar de eisen aan het bestuur van de onderneming in artikel 91 van de CRD-IV. Daarbij is in onderdeel c van artikel 3:8, derde lid, met betrekking tot de toepassing van de CRD IV-limiteringsregeling in artikel 91, derde lid, aangegeven dat de functie van commissaris als een niet-uitvoerende bestuurder in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt. Hoewel niet in de wet genoemd, vergt een richtlijnconforme interpretatie en toepassing dat dit eveneens geldt voor het lidmaatschap van een ander toezichthoudend orgaan dan een raad van commissarissen. Te gelegener tijd zal de redactie van artikel 3:8, derde lid, onderdeel c, van de Wet op het financieel toezicht hierop worden aangepast.

## **II ARTIKELSGEWIJS**

### **Artikel 2:9 lid 3 BW**

De leden van de SGP-fractie vragen of bij sommige rechtspersonen bepaalde personen specifiek benoemd kunnen zijn om deelbelangen te behartigen binnen de stichting, bijvoorbeeld door hun afkomst, achtergrond of specifieke deskundigheid. Hoe verhoudt een dergelijke samenstelling van het bestuur zich tot het verbod om rekening te houden met deelbelangen, zo vragen deze leden. Deze leden vragen of het rekening houden met deelbelangen in het belang van het functioneren van de rechtspersoon kan zijn.

Bestuurders van elke rechtspersoon moeten zich richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Wat dat belang is, hangt mede af van de statuten van de rechtspersoon. Zo kunnen de statuten van een stichting inhouden dat de stichting zich in het bijzonder de belangen van een bepaalde groep mensen (met een bepaalde afkomst of achtergrond) aantrekt. De bestuurders moeten zich dan daarop richten. In de praktijk zal het voorkomen dat bij de behartiging van dat belang van de rechtspersoon, verschillende deelbelangen moeten worden afgewogen. Wanneer een stichting bijvoorbeeld 10.000 euro te verdelen heeft en zich op grond van de statuten richt op de ondersteuning van gezinnen met weinig inkomsten, maar ook op de bevordering van de leesvaardigheid van kinderen en volwassenen, dan zal een keuze moeten worden gemaakt over de besteding van het geld. In het gegeven voorbeeld kan het zijn dat meerdere bestuursleden zijn aangezocht met een verschillende expertise, zodat de stichting de verschillende deelbelangen goed in het oog kan houden. Daar staat niets aan in de weg. Wanneer vervolgens over de uitgaven moet worden beslist, wordt van de gezamenlijke bestuurders verwacht dat zij de verschillende deelbelangen die de stichting behartigt meewegen in hun beslissing. Van een individuele bestuurder wordt verwacht dat hij zich niet louter en alleen een bepaald deelbelang aantrekt. In dit verband kan worden gewezen op het feit dat deze invulling van de taak van bestuurders – in zoverre – vergelijkbaar is met die van commissarissen die op grond van de structuurregeling worden benoemd op voordracht van de ondernemingsraad («werknemerscommissaris», vgl. artikel 2:158 lid 6 BW voor de NV en artikel 2:268 lid 6 BW voor de BV) bij de grote NV of BV. Ook zij moeten zich bij hun werkzaamheden richten naar het belang van de rechtspersoon.



Voor de volledigheid verwijs ik in dit verband tevens naar het antwoord op de eerdere vraag over tegenstrijdig belang bij pensioenfondsen, in paragraaf 4 (Consultatie).

### **Artikel 2:9c BW**

De leden van de SGP-fractie vragen waarnaar «Dit lid» in het derde lid van artikel 2:9c BW verwijst. Is bedoeld te verwijzen naar het hele artikel en wordt als gevolg van de nu gekozen bewoordingen niet juist het tegendeel bereikt van wat beoogd wordt, zo vragen deze leden.

Ik meen dat de vragen van deze leden betrekking hebben op lid 2 van artikel 2:9c BW. Artikel 9c is van toepassing wanneer een rechtspersoon failliet is gegaan en de curator moet bezien of aan dat faillissement kennelijk onbehoorlijk bestuur ten grondslag ligt. Bij nota van wijziging komt artikel 2:9c te vervallen. Daarmee blijven de huidige artikelen 2:138/248 BW op dit punt in stand.

In de artikelen 2:138/248 lid 2 is een bewijsvermoeden geregeld voor het bestaan van onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de rechtspersoon. Dat bewijsvermoeden bestaat wanneer de rechtspersoon niet heeft voldaan aan – samengevat – de boekhoudplicht of de plicht om de jaarrekening tijdig te publiceren. Wanneer het desbetreffende verzuim «onbelangrijk» is, dan treedt het bewijsvermoeden niet op (artikel 138/248 lid 2, derde zin). Het woord «verzuim» slaat terug op de verplichtingen die op grond van de eerste en tweede zin voortvloeien uit de artikelen 2:20, 2:394 en 3:15i BW (boekhoudplicht en publicatieplicht). Of een overschrijding van de publicatietermijn als een onbelangrijk verzuim kan gelden, hangt volgens jurisprudentie van de Hoge Raad af van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten (vgl. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189).

Het bewijsvermoeden geldt niet voor bestuurders van niet-commerciële stichtingen en informele en niet-commerciële verenigingen die niet onderworpen zijn aan de heffing van de vennootschapsbelasting (tenzij deze stichting of vereniging een financiële verantwoording moet opstellen die vergelijkbaar is met de jaarrekening). Zou een niet-commerciële stichting of vereniging failliet gaan en heeft het bestuur niet voldaan aan de boekhoudplicht of publicatieplicht, dan heeft dat bestuur zijn taken weliswaar kennelijk onbehoorlijk vervuld, maar ontbreekt het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ik verwijs hierbij naar het antwoord van de vraag van de SP-fractie in paragraaf 3 op pagina 19 van deze nota.

De leden vragen waarom de bestuurders van de informele verenigingen, niet-commerciële verenigingen en niet-commerciële stichtingen alleen zijn uitgezonderd van het bewijsvermoeden en niet van het gehele artikel aangaande de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement wegens onbehoorlijk bestuur.

Op grond van het bestaande recht geldt reeds dat de bestuurders van een rechtspersoon aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon, wanneer het bestuur zich schuldig maakt aan onbehoorlijk bestuur op grond van artikel 2:9 BW. Deze regeling geldt ook voor niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Voor alle rechtspersonen geldt vervolgens ook dat een individuele bestuurder niet aansprakelijk is wanneer hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt gelet op de taakverdeling tussen bestuurders en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Artikel 2:138/248 BW betreft een regeling die geldt wanneer een NV/BV failliet gaat. Voor toepassing van die regeling is vereist dat het bestuur zijn

taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Er moet dus een causaal verband zijn tussen het onbehoorlijke bestuur en het faillissement. Is dat het geval, dan is het bestuur aansprakelijk voor het tekort van de boedel. Individuele bestuurders kunnen zich disculperen, wanneer zij niet verantwoordelijk zijn voor de onbehoorlijke taakvervulling (lid 3). Lid 2 voorziet in een bewijsvermoeden terzake het causale verband wanneer de rechtspersoon niet heeft voldaan aan de boekhoudplicht of de publicatieplicht.

Op grond van het huidige recht geldt deze regeling reeds voor de NV's en BV's en via de schakelbepaling van artikel 2:50a/300a ook voor coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en commerciële verenigingen en stichtingen. De overeenkomstige toepassing van artikel 2:138/248 op informele en niet-commerciële verenigingen en niet-commerciële stichtingen is nieuw. De toegevoegde waarde zit met name in de duidelijkheid dat de aansprakelijkheid van het bestuur in geval van onbehoorlijk bestuur bij faillissement betrekking heeft op het tekort van de boedel, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van overige baten kunnen worden voldaan, en dat de rechter de hoogte ervan kan matigen (artikel 2:138/248 lid 4 BW). Daarnaast wordt rechtspraak van de Hoge Raad gecodificeerd dat een bestuurder zijn schuld jegens de rechtspersoon niet mag verrekenen met een vordering op de rechtspersoon (2:138/248 lid 6 BW).

Deze leden geven afsluitend aan dat zij veronderstellen dat niet beoogd is om de verplichting van artikel 2:394 BW voor elke stichting of vereniging te laten gelden en vragen in dat verband of artikel 2:360 BW voluit van kracht blijft.

Artikel 2:394 BW betreft de publicatieplicht van commerciële rechtspersonen. Hierbij bevestig ik dat die verplichting met dit wetsvoorstel niet wordt uitgebreid tot niet-commerciële rechtspersonen. Dit laat onverlet dat uw Kamer op 11 september 2018 de motie Omtzigt en Lodders heeft aangenomen, waarin de regering wordt verzocht binnen acht maanden een voorstel te doen voor een verplichting voor bepaalde stichtingen om een jaarrekening te deponeren en in ieder geval te kijken of de stichting een onderneming drijft en of de winst dan wel de omzet boven een te bepalen grens uitkomt (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2017/2018, 34 566, nr. 10). Ik zal deze motie betrekken bij het in het regeerakkoord aangekondigde wetsvoorstel transparantie geldstromen maatschappelijke organisaties.

De Minister voor Rechtsbescherming,  
S. Dekker