

Toezichthoudende organen en de gevolgen van het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voor de inrichtingsvrijheid van verenigingen en stichtingen

Mr. P.H.N. Quist, datum 20-08-2017

Datum

20-08-2017

Auteur

Mr. P.H.N. Quist^[1]

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Ondernemingsrecht / Algemeen

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen behelst voor de NV en de BV een aantal veranderingen, maar heeft vooral voor de governance van verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen inhoudelijke wijzigingen tot gevolg. De auteur behandelt een aantal wijzigingen die uit het wetsvoorstel voortvloeien ten aanzien van toezichthoudende organen bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen. Achtereenvolgens komen aan bod: de huidige regeling van toezichthoudende organen bij deze rechtspersonen, de kenmerken van een toezichthoudend orgaan, de aard van toezicht, de gevolgen van het wetsvoorstel, de voor- en nadelen daarvan alsmede de noodzaak van een nieuwe wettelijke regeling zoals voorgesteld. Daarbij worden ook enkele punten uit het wetsvoorstel ten aanzien van het bestuur betrokken.

Het wetsvoorstel beperkt in enige mate de inrichtingsvrijheid van de statuten van verenigingen en stichtingen in die zin, dat indien er sprake is van een raad van commissarissen in de zin van de wet, hoe ook in de statuten aangeduid, een aantal wettelijke bepalingen dwingendrechtelijk van toepassing wordt.

Wie zich niet wil voegen naar de wettelijke kaders van de raad van commissarissen waarin het wetsvoorstel voorziet, heeft nog voldoende ruimte om de statuten van een stichting of vereniging zodanig in te richten dat het toezichthoudende orgaan niet onder de wettelijke definitie valt.

In ieder geval zou het wetsvoorstel dienen te voorzien in een overgangsregeling

1. Inleiding

Na een consultatie in 2014 is op 8 juni 2016 het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen bij de Tweede Kamer ingediend.^[2] Het wetsvoorstel behelst voor de NV en de BV een aantal veranderingen, maar heeft vooral voor de governance van verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen inhoudelijke wijzigingen tot gevolg. In dit artikel behandel ik een aantal wijzigingen die uit het wetsvoorstel voortvloeit ten aanzien van toezichthoudende organen bij verenigingen^[3] en stichtingen. Achtereenvolgens behandel ik de huidige regeling van toezichthoudende organen bij deze rechtspersonen, de kenmerken van een toezichthoudend orgaan, de aard van toezicht, de gevolgen van het wetsvoorstel, de voor- en nadelen daarvan alsmede de noodzaak van een nieuwe wettelijke regeling zoals voorgesteld. Daarbij betrek ik ook enkele punten uit het wetsvoorstel ten aanzien van het bestuur. Behandeling van de *one tier board* en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Enkele afrondende opmerkingen besluiten dit artikel.^[4]

2. Huidige wettelijke regeling

Op dit moment kent de wet een algemene regeling voor commissarissen van NV's (art. 2:140 BW), BV's (art. 2:250 BW) en van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (art. 2:57 BW). Voor verenigingen en stichtingen voorziet de wet daarin echter niet. Ook zonder een wettelijke grondslag komen nu bij verenigingen en stichtingen op grond van statutaire regelingen diverse organen onder diverse benamingen voor, die in meer of mindere mate een vorm van toezicht uitoefenen en/of een zekere klankbordfunctie voor het bestuur vervullen. Zo is er sprake van raden van advies, raden van wijze mannen, raden van oudsten, raden van toezicht, colleges van toezicht en curatoria. Ten aanzien van verenigingen bepaalt art. 2:48 lid 1 BW dat de balans en de staat van baten en lasten met toelichting tevens door commissarissen worden ondertekend. Ten aanzien van stichtingen die een onderneming in stand houden bepaalt art. 2:300 lid 2 BW dat zij die deel uitmaken van een toezichthoudend orgaan, evenals de bestuurders, de jaarrekening ondertekenen. Ingevolge art. 28 lid 1

sub a van het Handelsregisterbesluit 2008 worden van een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij de persoonlijke gegevens, de datum van toe- en uittreding en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van iedere bestuurder en commissaris opgenomen. Ingevolge art. 29 sub a van het Handelsregisterbesluit 2008 worden de persoonlijke gegevens, de datum van toe- en uittreding en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van iedere stichtingsbestuurder en ieder lid van een toezichthoudend orgaan opgenomen.

3. Toezichthouders worden commissarissen

Het wetsvoorstel voorziet in de invoering van een nieuw art. 2:11 BW (het huidige art. 2:11 BW verhuist naar het nieuwe art. 2:9b lid 2 BW). Deze voorgestelde bepaling bevat een regeling ten aanzien van de instelling en samenstelling van een raad van commissarissen, bepaalt de taak van commissarissen en benoemt de normen die zij bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen. De nieuwe regeling is van toepassing op alle toezichthoudende organen, hoe ook genaamd. Het voorontwerp gebruikte voor het toezichthoudende orgaan bij verenigingen en stichtingen nog de term 'toezichthoudend orgaan'^[9]. De bedoeling daarvan was zo aan te sluiten bij de benaming die in de praktijk voor verenigingen en stichtingen in veel gevallen wordt gehanteerd. Bij de consultatie bleek echter, aldus de wetgever, dat deze terminologie tot onduidelijkheden leidde. Nu het wetssystematisch niet voor de hand leek te liggen binnen Boek 2 BW verschillende benamingen te hanteren voor organen die in feite dezelfde functie vervullen, wordt het toezichthoudende orgaan in de wet daarom voor alle rechtspersonen aangeduid als 'raad van commissarissen'.^[6] Ongeacht dus de benaming van een toezichthoudend orgaan in de statuten van een vereniging of stichting, is de voorziene regeling omtrent de raad van commissarissen daarop van toepassing.

De hoofdregel voor alle rechtspersonen wordt dat bij de statuten kan worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn, tenzij gekozen is voor een one tier board in de zin van art. 2:9a BW van het wetsvoorstel (art. 2:11 lid 1 BW). Voor de NV, de BV, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij blijft daarnaast de structuurregeling in de betreffende titels bestaan, op grond waarvan deze rechtspersonen bij het bereiken van een bepaalde omvang en de melding daarvan aan het handelsregister verplicht een raad van commissarissen hebben, waaraan een aantal aanvullende wettelijke taken toekomt. Daarnaast blijft nog de nodige sectorspecifieke wetgeving die verplicht voorziet in toezichthoudende organen van stichtingen, verenigingen en andere rechtspersonen.^[7]

4. Wanneer is sprake van een toezichthoudend orgaan?

Nu de bepalingen in het wetsvoorstel omtrent de instelling, samenstelling en taak van de raad van commissarissen komen te zien op alle toezichthoudende organen van rechtspersonen, ongeacht hoe deze bij de statuten worden aangeduid,^[8] kan de vraag rijzen of een bij de statuten ingesteld orgaan nu wel of niet als raad van commissarissen in de zin van de wet heeft te gelden. De minister geeft als criterium dat als er in de statuten van een rechtspersoon een orgaan wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om *toezicht* te houden op het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, dit een raad van commissarissen is in de zin van de wet.^[9] Wanneer de statuten voorzien in meerdere toezichthoudende organen die elk toezicht houden op een specifiek onderdeel van het beleid, zoals het financiële beleid, of dat slechts tot taak heeft het bestuur te adviseren, is hier volgens de minister geen sprake van een raad van commissarissen in de zin van de wet.^[10] Overigens onderkent de minister dat de statuten ook aan een andere *rechtspersoon* (naar ik aanneem geldt hetzelfde indien een zodanig orgaan uit meer dan één rechtspersoon, of uit zowel natuurlijke als rechtspersonen bestaat) toezicht op het bestuur kunnen opdragen. Deze organen vallen buiten de wettelijke regeling van toezicht op het bestuur door een raad van commissarissen.^[11] De reden is dat de wettelijke regeling nu eenmaal voorschrijft dat leden van toezichthoudende organen slechts natuurlijke personen kunnen zijn. Een opmerkelijke redenering. De vraag rijst hoe die, niet louter uit natuurlijke personen bestaande toezichthoudende organen dan dienen te worden gezien. Er lijkt geen goede reden om ten aanzien van toezichthoudende organen die niet, of niet geheel, uit natuurlijke personen bestaan een andere maatstaf aan te leggen van wat toezicht dient te zijn en op welk belang zo'n toezichthoudend orgaan zich dient te richten.^[12]

5. Wat is toezicht?

Nu het voor de toepasselijkheid van de voorgestelde regeling van belang is te bepalen of een in de statuten van een vereniging of stichting voorzien orgaan heeft te gelden als een toezichthoudend orgaan in de zin van het wetsvoorstel, is het zinnig om enige aspecten van toezicht te benoemen.

De voorgestelde wettekst stelt in art. 2:11 lid 2 BW 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'. Het woord 'organisatie' is toegevoegd omdat verenigingen en stichtingen geen onderneming behoeven te

drijven.^[13] Hoewel dit begrip niet verder wordt uitgewerkt begrijp ik dit zo dat wat voor de NV, de BV en de coöperatie ten aanzien van de 'onderneming' (een op het behalen van winst gerichte organisatie) geldt, evenzeer heeft te gelden voor de vereniging en stichting ten aanzien van hun niet op winst gerichte organisatie. Toezicht houden omvat enerzijds het bewaken dat, in dit geval, het bestuur zich gedraagt overeenkomstig een bepaalde norm, aldus Glasz.^[14] Deze norm wordt dan bepaald door de wet alsmede de statuten en reglementen van de rechtspersoon. Blanco Fernandez trekt dit begrip breder en meent dat het toezichthoudende orgaan ervoor moet zorgen dat het eigenlijke doel van de rechtspersoon wordt verwezenlijkt binnen het statutaire doel. De taak van de toezichthouder op het bestuur is niet de verwezenlijking door de rechtspersoon van haar doel, maar het controleren of het orgaan dat bevoegd is tot de verwezenlijking van dat doel, het bestuur, zijn bevoegdheden zodanig uitoefent dat hetgeen waarvoor de rechtspersoon is opgericht gerealiseerd wordt.^[15] Naast de rechtmatigheid controleert het toezichthoudend orgaan dus ook de doelmatigheid van het door het bestuur gevoerde beheer en beleid.^[16] Daarbij dient het toezichthoudend orgaan zich te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie.^[17]

Ten aanzien van de toezicht op het bestuur door een toezichthoudend orgaan onderscheid ik een aantal elementen. Allereerst veronderstelt toezicht op het bestuur een heldere normering van het belang dat het toezicht dient. Voorts impliceert toezicht een afbakening van taken en bevoegdheden: het bestuur bestuurt en het toezichthoudend orgaan houdt toezicht op het bestuur en bestuurt zelf niet. Daarnaast is voor toezicht op het bestuur onafhankelijkheid vereist van de leden van het toezichthoudend orgaan ten opzichte van het bestuur. Het bestuur kan geen doorslaggevende invloed hebben op de samenstelling, werkwijze en oordeelsvorming van het toezichthoudende orgaan. Ook vereist toezicht dat het toezichthoudende orgaan over de voor de uitoefening van zijn rol benodigde informatie kan beschikken. Ten slotte veronderstelt toezicht de mogelijkheid tot het treffen van maatregelen ten aanzien van bestuursleden indien het toezichthoudend orgaan dit nodig acht.

Een aantal van deze elementen is in het wetsvoorstel terug te vinden. Zo geeft art. 2:11 lid 2 BW van het wetsvoorstel als norm 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. De raad van commissarissen staat het bestuur met raad terzijde. De statuten kunnen, zo besluit dit lid, aanvullende (dus geen afwijkende) bepalingen bevatten omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad van commissarissen en van zijn leden. Art. 2:11 lid 4 BW van het wetsvoorstel vult in naar welk belang de leden van het toezichthoudende orgaan zich dienen te richten: zij richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. De vraag komt op wat als het belang van een stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie heeft te gelden. De stichting streeft in beginsel de verwezenlijking van een doel na dat buiten haar zelf ligt. Het belang van een stichting zie ik als het belang dat zij krachtens haar doelomschrijving door efficiënte aanwending van haar vermogen tracht te bereiken.

Art. 2:11 lid 3 BW zoals voorzien bepaalt dat tot de taak van een commissaris alle taken van de raad van commissarissen behoren die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere commissarissen zijn toebedeeld. Elke commissaris draagt verantwoordelijkheid voor het algemene toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. De wet voorziet dus in een mogelijke taakverdeling op onderdelen tussen commissarissen, zij het dat iedere commissaris gehouden is tot het algemene toezicht. Voorts bepaalt het voorziene art. 2:11a lid 1 BW dat het bestuur de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft. Lid 2 van dit artikel bepaalt dat het bestuur ten minste een keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de gebruikte beheers- en controlesystemen. Hier wordt dus de informatievoorzieningsplicht van het bestuur jegens de raad van commissarissen vastgelegd en wordt de taakverdeling tussen bestuur en toezichthoudend orgaan ingevuld: het is het bestuur dat het strategische beleid bepaalt en in eerste instantie de risico's inventariseert en wordt geacht te beheersen en controleren, waarbij overigens 'beheersen' naar ik meen zou hebben volstaan.

Het wetsvoorstel voorziet ook in maatregelen die het toezichthoudend orgaan kan treffen. Art. 2:11 lid 8 BW bepaalt dat tenzij de statuten anders bepalen, het toezichthoudend orgaan bevoegd is iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De schorsing kan, aldus de tweede zin van dit lid, te allen tijde worden opgeheven door het orgaan dat,^[18] of de persoon die bevoegd is tot benoeming. De vraag is of ook de bepaling omtrent het opheffen van een schorsing van regeland recht is, en dus of daar bij de statuten van zou kunnen worden afgeweken. De voorziene wettekst lijkt weinig ruimte te bieden voor een afwijkende statutaire regeling. Toch lijkt mij dat afwijking mogelijk zou moeten zijn. Bij een stichting met een raad van toezicht waarvan de bestuurders door coöptatie worden benoemd, lijkt mij dat bepaald moet kunnen worden dat het bestuur niet tot opheffing van een schorsing kan besluiten. Effectief zou het bestuur zich daarmee aan een maatregel van toezicht kunnen onttrekken.

Het wetsvoorstel geeft geen richtlijn voor verenigingen en stichtingen ten aanzien van de onafhankelijkheid van toezichthouders jegens het bestuur in de hierboven omschreven zin. Ik veronderstel dat dit geacht werd voor de hand te liggen. Ten aanzien van de NV en de BV bepaalt de wet dat commissarissen in beginsel door de algemene vergadering worden benoemd en ontslagen, hetgeen de onafhankelijkheid van commissarissen ten opzichte van het bestuur voor wat

betreft hun positie met zich meebrengt. Voor de vereniging zou dit evenzeer hebben te gelden. Voor de stichting kan dit vanzelfsprekend niet gelden. Nu een principieel uitgangspunt van toezicht is dat het toezichthoudende orgaan voor wat betreft zijn samenstelling, werkwijze en besluitvorming onafhankelijk opereert van het orgaan waarop hij toeziet, meen ik dat een wettelijke vastlegging van de onafhankelijke positie van de leden van een toezichthoudend orgaan wenselijk is.

6. Gevolgen toepasselijkheid voorgestelde wettelijke regeling op besluitvorming

In de voorgestelde regeling voor de raad van commissarissen (art. 2:11 BW) staat naast de taakomschrijving en het belang waarnaar de leden van het toezichthoudend orgaan zich dienen te richten, ook een aantal bepalingen die zien op de besluitvorming van het toezichthoudende orgaan. Achtereenvolgens sta ik stil bij de nieuwe regeling voor tegenstrijdig belang en het meervoudig stemrecht. Omdat de rol van bestuur en raad van commissarissen elkaar in de regeling van tegenstrijdig belang raken, behandel ik de voorgestelde wettelijke regeling van tegenstrijdig belang voor beide organen.

6.1 Interne besluitvormingsregeling bij tegenstrijdig belang

Het wetsvoorstel voorziet in de plaatsing van de regeling inzake tegenstrijdig belang in Titel 1 (art. 2:9 leden 3 en 5 BW en art. 2:11 leden 4 en 6 BW) welke daarmee tevens voor verenigingen en stichtingen komt te gelden. Ten opzichte van de regeling zoals deze thans geldt voor de NV en de BV (art. 2:129/2:239 leden 5 en 6 BW) is geen wijziging beoogd.^[19] De regeling wordt daarmee ook voor de vereniging en de stichting dat bestuurders en commissarissen die ten aanzien van een bepaald onderwerp een, direct of indirect, persoonlijk tegenstrijdig belang hebben, zich van de beraadslaging en de besluitvorming dienen te onthouden.

Wanneer sprake is van tegenstrijdig belang blijft bepaald door het 'Bruil criterium'.^[20] De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft indien hij door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de rechtspersoon integer en onbevooroordeeld te bewaken. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval. Dit criterium geldt voor zowel bestuurders als commissarissen.^[21]

Het wetsvoorstel biedt met de voorgestelde regeling uitkomst voor de vereniging en de stichting. De vereniging is nog altijd behept met een extern werkende tegenstrijdig belangregeling. Een regeling dus die niet ziet op besluitvorming, maar op vertegenwoordiging. Deze regeling wordt nog beheerst door de regels zoals die tot 1 januari 2013 voor de NV en de BV golden.^[22] als er ten aanzien van één van de bestuurders een tegenstrijdig belang bestaat, bestaat dat daarmee ten aanzien van alle bestuurders. De algemene vergadering heeft dan de bevoegdheid een of meer personen aan te wijzen om de vereniging te vertegenwoordigen. Deze bepaling is dwingendrechtelijk van aard, hetgeen betekent dat bij de statuten deze aanwijzingsbevoegdheid niet aan de algemene vergadering kan worden ontnomen. Is die aanwijzing door de algemene vergadering geschied, dan zijn uitsluitend deze aangewezen personen tot vertegenwoordiging bevoegd.^[23] Dit stelt de praktijk voor de nodige problemen bij het verifiëren van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het is toe te juichen dat de wetgever ook voor de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij het nu al voor de NV/BV geldende systeem doortrekt. De tegenstrijdig belangregeling wordt daarmee ook voor de vereniging en haar bijzondere verschijningsvormen een interne besluitvormingsregeling die de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in beginsel niet raakt.^[24] Overigens ontbreekt in het wetsvoorstel een overgangsbepaling op dit punt, terwijl dit in 2013 ten aanzien van de tegenstrijdig belangregeling voor de NV/BV wel was voorzien in art. IV van de Wet bestuur en toezicht.^[25] Het is wenselijk dat een soortgelijke overgangsregeling in het wetsvoorstel wordt opgenomen.^[26]

De voorgestelde regeling ten aanzien van commissarissen is overeenkomstig aan die van bestuurders: ook een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een belang heeft dat tegenstrijdig is aan dat van de rechtspersoon of daaraan verbonden onderneming of organisatie.

De stichting kent op dit moment geen regeling voor tegenstrijdig belang. Dat betekent niet dat er geen tegenstrijdig belang zou kunnen bestaan tussen een bestuurder en de stichting. Naar analogie van het oude NV/BV-recht op dit punt en de regeling omtrent vertegenwoordiging bij volmacht is wel betoogd dat de regels omtrent tegenstrijdig belang dienovereenkomstig van toepassing zouden zijn op de stichting, maar dit lijkt mij te ver doorgeredeneerd.^[27] Van toepassing verklaring van de regeling voor de NV en de BV onder het oude recht leidt bij de stichting overigens tot onoverkomelijke moeilijkheden. De stichting heeft maar één wettelijk voorgeschreven orgaan, het bestuur. Zoals reeds vermeld, betekende volgens de tegenstrijdig belangregeling van de NV/BV tot 1 januari 2013 een tegenstrijdig belang van één van de bestuurders een tegenstrijdig belang van het gehele bestuur. Het aangaan van, bijvoorbeeld, een arbeidsovereenkomst tussen de stichting en een van de bestuurders zou daarmee onmogelijk zijn, hetgeen een moeilijk aanvaardbare uitkomst is.^[28] Voor de stichting leidt een tegenstrijdig belang onder huidig recht dan ook niet tot een beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Statutaire regelingen zoals die nu wel voorkomen welke inhouden dat bij tegenstrijdig belang van bestuurders de stichting alleen kan worden vertegenwoordigd door een of meer leden van haar raad van

toezicht zijn naar ik meen ongeldig. Het bestuur vertegenwoordigt immers de stichting, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit (art. 2:292 lid 1 BW), hetgeen ten aanzien van tegenstrijdig belang niet het geval is.

De getrapte regeling zoals de wet deze voor de NV en de BV nu al kent is gehandhaafd en doorgetrokken naar de vereniging (en daarmee naar de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij) en de stichting: indien ten aanzien van alle bestuurders een tegenstrijdig belang bestaat, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bestaat ook ten aanzien van alle commissarissen een tegenstrijdig belang, of kent de rechtspersoon geen raad van commissarissen, dan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. De statuten kunnen dus alleen ten aanzien van die laatste stap naar de algemene vergadering anders bepalen. Voor de stichting, die geen algemene vergadering kent en in veel gevallen ook geen raad van commissarissen, voorziet het wetsvoorstel in een bijzondere regeling (art. 2:9 lid 5 BW en art. 2:11 lid 6 BW): als ten aanzien van alle bestuurders een tegenstrijdig belang bestaat en de stichting geen raad van commissarissen kent wordt het besluit genomen door het bestuur onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen. Kent de stichting een raad van commissarissen en bestaat ten aanzien van alle bestuurders een tegenstrijdig belang, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen (art. 2:9 lid 5 BW). Bestaat ten aanzien van alle commissarissen eveneens een tegenstrijdig belang dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen. De tekst van het wetsvoorstel doet vermoeden dat de statuten ook zouden kunnen bepalen dat in die gevallen de overwegingen niet schriftelijk behoeven te worden vastgelegd.^[29] In de toelichting schrijft de minister nog dat indien in weerwil van de wettelijke verplichting de overwegingen niet schriftelijk worden vastgelegd, dit de geldigheid van het besluit niet zou aantasten.^[30] De vraag is of dit juist is, gelet op art. 2:15 lid 1 sub a BW. Het wettelijke vereiste tot schriftelijke vastlegging lijkt meer te zijn dan alleen een vormvereiste.^[31]

Het is een goede zaak dat het wetsvoorstel voorziet in een tegenstrijdig belangregeling die voor alle rechtspersonen in beginsel gelijk is. Het had wellicht voor de hand gelegen als in het wetsvoorstel tevens zou zijn opgenomen dat een bestuurder of commissaris die meent dat er sprake zou kunnen zijn van een tegenstrijdig belang, dit aan de overige bestuurders of commissarissen, of in ieder geval aan de voorzitter van het betreffende orgaan zou dienen te melden. Volgens de thans voorliggende tekst, die zoals vermeld overeenkomt met de huidige regeling voor de NV en de BV, zou een bestuurder of commissaris ook door alleen maar weg te blijven van de vergadering waarin het betreffende onderwerp aan de orde komt aan de letter van de wet voldoen. Hij neemt dan immers niet deel aan de beraadslaging en de besluitvorming. Dit is echter niet de opzet van de regeling.^[32] Het is belangrijk dat de andere bestuurders of commissarissen tijdig weten dat er sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang. Ook wat voorafging aan het betreffende punt van besluitvorming kan immers door dit belang zijn beïnvloed. Zo kan het bijvoorbeeld zijn dat een voorliggend transactieaanbod onderwerp van besluitvorming werd door een voortraject waar de bestuurder of commissaris met het tegenstrijdig belang bij was betrokken.^[33]

6.2 Meervoudig stemrecht

Over meervoudig stemrecht binnen het bestuur of de raad van commissarissen van een vereniging of stichting zwijgt de huidige wet, terwijl de wet (in art. 2:129/2:239 lid 2 BW) voor de NV/BV uitdrukkelijk voorziet in een regeling van meervoudig stemrecht en de begrenzing daarvan: een bestuurder of commissaris kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders respectievelijk commissarissen tezamen. Het wetsvoorstel voorziet erin dat die NV/BV-regeling wordt overgeheveld naar de algemene bepalingen (art. 2:9 lid 4 BW en art. 2:11 lid 5 BW). Schoonbrood & Meppelink constateerden al dat de voorgestelde regeling overgangsrechtelijke gevolgen kan hebben waar huidige statuten van verenigingen of stichtingen aan een bestuurder of lid van een toezichthoudend orgaan doorslaggevende stem toekennen.^[34] In het wetsvoorstel wordt aan dit punt ten onrechte geen aandacht besteed. Indien bestaande statuten in strijd zijn met de nieuwe regeling neem ik, in navolging van Waaijer, aan dat de statuten zo gelezen moeten worden dat de betreffende bestuurder dan wel commissaris evenveel stemmen kan uitbrengen als de overige bestuurders dan wel commissarissen tezamen.^[35]

Het wetsvoorstel refereert aan meervoudig stemrecht voor bestuurders en commissarissen, ervan uitgaande dat iedere bestuurder en commissaris ten minste één stem heeft. In de huidige wet is dat voor deze groepen functionarissen van een vereniging of stichting nergens vastgelegd, maar wordt toch algemeen aangenomen dat een lid van een collegiaal orgaan zoals een bestuur of raad van commissarissen, stemrecht moet kunnen uitoefenen.^[36] In de praktijk zijn echter wel voorbeelden bekend van stichtingen, met name in de pensioensector, waarin één van de bestuurders (vaak de onafhankelijk voorzitter) geen stemrecht toekwam.^[37] Ook voorzien stichtingsstatuten wel in regelingen waarbij aan een bestuurder meer stemmen worden toegekend dan aan de overige bestuurders tezamen. De vraag is of dit onder huidig recht mogelijk is. Enerzijds kan worden betoogd dat de collegialiteit van het bestuur van een vereniging of stichting niet anders is dan van het bestuur van een NV of BV en dat deze regeling voor de kapitaalvennootschappen analoog op de vereniging en stichting van toepassing zou zijn. Daartegen pleit echter dat deze bepalingen bij de vereniging en stichting destijds niet zijn ingevoerd. Daarbij zou nog kunnen worden aangevoerd dat de ruimte die de wet biedt voor de inrichting

van, in het bijzonder, stichtingen tot de conclusie zou moeten leiden dat de toekenning van meervoudig stemrecht aan een bestuurder voor de stichting niet begrensd is zoals bij de NV en de BV. Overigens meen ik dat de taakuitoefening van een toezichthoudend orgaan in zijn algemeenheid niet gediend is met een regeling omtrent meervoudig stemrecht van een van haar leden die tot gevolg heeft dat, ongeacht de stemuitkomst, de stem van de desbetreffende toezichthouder de doorslag geeft.

7. Afsluitende opmerkingen

Het wetsvoorstel beperkt in enige mate de inrichtingsvrijheid van de statuten van verenigingen en stichtingen in die zin, dat indien er sprake is van een raad van commissarissen in de zin van de wet, hoe ook in de statuten aangeduid, een aantal wettelijke bepalingen dwingendrechtelijk van toepassing wordt. Het omslagpunt wordt bepaald door de omschrijving 'toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie'. Wordt die grens niet geraakt doordat aan een orgaan geen algemeen toezicht wordt toegekend, of bestaat het toezichthoudende orgaan niet alleen uit natuurlijke personen maar ook uit rechtspersonen, dan is er geen sprake van een raad van commissarissen in de zin van de wet en bestaat er grotere vrijheid statutair de taak, de samenstelling en de besluitvorming van een toezichthoudend orgaan in te richten. Wie geneigd is de ruimte te zoeken kan de wettelijke regeling als voorgesteld wellicht missen. Wie daarentegen geneigd is houvast te zoeken bij normstellingen, inrichtings- en besluitvormingsvoorschriften, zal toejuichen dat het wetsvoorstel daar in ieder geval deels in voorziet. Diegenen zal het voorstel echter mogelijk niet ver genoeg gaan. Waarom, bijvoorbeeld, zou de raad van commissarissen bij de vereniging of stichting geen wettelijke rol hebben bij juridische fusie of splitsing, zoals dit wel is voorgeschreven voor de NV en de BV?^[38] En zou de raad van commissarissen bij een stichting geen wettelijke rol moeten hebben bij de wijziging van een doel of de bestemming van een liquidatiesaldo?^[39] Per saldo voegt het wetsvoorstel voor wat betreft de regeling van toezichthoudende organen bij verenigingen en stichtingen mijns inziens niet zo veel toe. De taken van een toezichthoudend orgaan bij de vereniging en stichting zijn, mede naar analogie met de raad van commissarissen bij de NV en de BV, naar ik meen redelijk helder en de statuten bieden als het om van algemeen toezicht afwijkende rollen gaat doorgaans voldoende houvast om een behoorlijke vervulling van die rollen te toetsen. De voorgestelde tegenstrijdig belangregeling lijkt mij echter vooral voor de vereniging een duidelijk winstpunt en voor wat betreft de besluitvorming van bestuurders en commissarissen van verenigingen en stichtingen als zodanig niet meer dan een codificatie van goede governance voor alle rechtspersonen. De begrenzing van meervoudig stemrecht bij leden van een toezichthoudend orgaan lijkt me niet onbegrijpelijk. Blijft over de begrenzing van het meervoudig stemrecht van bestuurders bij de vereniging en stichting. Ik meen dat we zonder zouden kunnen. Wie zich niet wil voegen naar de wettelijke kaders van de raad van commissarissen waarin het wetsvoorstel voorziet, heeft nog voldoende ruimte om de statuten van een stichting of vereniging zodanig in te richten dat het toezichthoudende orgaan niet onder de wettelijke definitie valt. Wie statuten van een vereniging of stichting redigeert, doet er goed aan te benoemen of een toezichthoudend of adviserend orgaan al dan niet als een raad van commissarissen in de zin van de wet dient te worden beschouwd. Vanzelfsprekend dienen de samenstelling, taken en bevoegdheden van het betreffende orgaan dienovereenkomstig vormgegeven te worden.^[40] Het wetsvoorstel kan overigens op punten nog wel iets worden verduidelijkt en aangescherpt.^[41] In ieder geval zou het dienen te voorzien in een overgangsregeling.

Voetnoten

[1]

Paul Quist is notaris te Amsterdam.

[2]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491](#), 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). Ik zal hierna spreken van 'het wetsvoorstel'.

[3]

Tenzij uit de tekst anders voortvloeit versta ik hierna onder verenigingen tevens coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

[4]

Zie voor een behandeling van de algemene bepalingen in het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ook P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162, waaraan op enkele onderdelen teksten zijn ontleend.

[5]

Het handelsregister lijkt op de term 'toezichthoudend orgaan' te anticiperen. Bij de inschrijving van een nieuwe functionaris moet een keuze worden gemaakt tussen twee typen functionarissen: 'commissaris' of 'lid van het toezichthoudend orgaan', wat in die zin opmerkelijk is omdat een commissaris

ook lid is van een toezichhoudend orgaan. Zie ook H.J. van Uchelen-Schipper, 'Toezicht op het bestuur', *TvOB* 2016, nr. 1, p. 5.

[6]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3](#), p. 20. Zie ook p. 21.

[7]

Zie bijvoorbeeld art. 103 Pensioenwet, art. 30 Woningwet en art. 3:19 lid 1 Wft (banken).

[8]

De voor de stichting in art. 2:286 lid 4 sub c BW voorgestelde bepaling dat de statuten de wijze van benoeming en ontslag van commissarissen moeten bevatten 'indien er een raad van commissarissen wordt ingesteld', zou de suggestie kunnen wekken dat het niet mogelijk is dat de statuten een facultatieve raad van commissarissen bevatten, dat wil zeggen een raad van commissarissen die al in de statuten is opgenomen maar ten aanzien waarvan is bepaald dat deze op een later moment daadwerkelijk kan worden ingesteld. Om onduidelijkheid hierover te voorkomen, zou de bewoording beter kunnen luiden 'indien de statuten in een raad van commissarissen voorzien'.

[9]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3](#), p. 20.

[10]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3](#), p. 20 en 21.

[11]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3](#), p. 21.

[12]

Zie hierover ook J. Müller, 'Wet bestuur en toezicht rechtspersonen – een overzicht', *Bb* 2016/67, Van Uchelen-Schipper (2016), p. 11, A.H.G. Willod Versprille, 'Modellen, mogelijkheden en valkuilen bij het opstellen van statuten aan de hand van het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *TvOB* 2016, nr. 1, p. 35-36 en K.H.M. de Roo, 'De rechtspersoon als commissaris. Een (her)waardering van art. 2:140/250 lid 1 BW', *TvOB* 2015, nr. 3, p. 106-111.

[13]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3](#), p. 5 en 11.

[14]

J.R. Glasz, *De commissaris. Aanbevolen gedragsregels*, Deventer: Kluwer 1992, p. 17.

[15]

J.M. Blanco Fernandez, *De raad van commissarissen bij NV en BV*, Deventer: Kluwer 1993, p. 2-4.

[16]

Aldus ook P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en Stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 256.

[17]

Aldus *Asser/Maeijer & Kroeze2-1** 2015/220. In vergelijkbare zin ten aanzien van stichtingen ook *Asser/Rensen2-III** 2012/345.

[18]

Het wetsvoorstel vermeldt geen komma, maar deze lijkt mij gewenst.

[19]

[Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3](#), p. 12.

[20]

HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bruil-Kombex*).

[21]

HR 14 september 2007, *NJ* 2007/612, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Versatel III*).

[22]

Weliswaar is de redactie van art. 2:47 BW iets anders dan die van de vervallen art. 2:146 en 2:156 BW, op grond van de parlementaire geschiedenis wordt aangenomen dat de regeling voor de vereniging dezelfde strekking heeft als de regeling voor de NV en de BV destijds, zie [Kamerstukken II 1987/88, 19775, 15](#). Zie ook *Asser/Rensen2-III** 2012/135.

[23]

Zo ook *Asser/Rensen2-III** 2012/135 en C.H.C. Overes, *GS Rechtspersonen*, art. 2:47 BW, aant. 2. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3859 (*Vereniging Huis en Erf*). Anders: Dijk & Van der Ploeg (2013), p. 242 e.v.

[24]

Het kan echter zijn dat een wederpartij die bekend is met het tegenstrijdig belang zich niet kan beroepen op nakoming door de rechtspersoon, zie HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Bibolini*).

[25]

[26]

De overgangsregeling voorzag onder meer in de mogelijkheid voor de vennootschap een wegens tegenstrijdig belang door het bestuur onbevoegde vertegenwoordigingshandeling te bekrachtigen.

[27]

Zie Dijk & Van der Ploeg (2013), p. 246-248.

[28]

Zo ook *Asser/Rensen2-III*2012/336* en Hof Leeuwarden 9 september 2008, *JOR* 2008/329, m.nt. P.H.N. Quist (*Schaapstil*).

[29]

Zo ook: J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdigbelangregels', in: L. Timmerman, J.N. Schutte-Veenstra, J.M. de Jongh e.a. (red.), *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 87-88. Statutaire uitsluiting van het vereiste van de vastlegging van de schriftelijke overwegingen stond met zoveel woorden ook vermeld in de toelichting bij het voorontwerp (p. 27), maar is in de toelichting bij het wetsvoorstel niet meer vermeld.

[30]

Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 6.

[31]

Zo ook B.C.M. Waaijer, 'De statutaire inrichting met betrekking tot bestuur en toezicht', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector*, (Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris bv 2016, p. 68.

[32]

De toelichting stelt dat de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft bij een kwestie die voorligt ter besluitvorming, dat tijdig aan zijn medebestuurders dient kenbaar te maken (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 12).

[33]

Bijvoorbeeld ook Wezeman (2016), p. 82 en R.G.J. Nowak en A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/92 (p. 502) wijzen op het belang van transparantie. Zie ook Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 1983, *NJ* 1984/481, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Linders/Hofstee*).

[34]

Zie 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. Zie over de uitleg van de wettelijke regeling R.G.J. Nowak, 'Meervoudig stemrecht en uitval van bestuurders', *WPNR* 2016/7132, met reactie van R.C.J. van Helden en naschrift van Nowak in *WPNR* 2017/7139.

[35]

Waaijer (2016), p. 61, die daarvoor aansluiting zoekt bij de conversieregel van art. 3:42 BW jo. art. 3:59 BW. Anders echter Schoonbrood & Meppelink (2016), par. 4, die menen dat in dat geval wordt teruggevallen op de wettelijke hoofdregel dat iedere bestuurder één stem heeft.

[36]

*Asser/Rensen2-III*2012/138* en 334.

[37]

Kamerstukken II 2012/13, 33182, 14, p. 5.

[38]

Art. 2:312 lid 4 BW bepaalt dat voor een fusie waarbij slechts verenigingen of stichtingen betrokken zijn het voorstel niet door de commissarissen mede behoeft te worden ondertekend.

[39]

Dit werd bepleit door Van Uchelen-Schipper (2016) naar aanleiding van het voorontwerp.

[40]

Zie uitgebreid over het redigeren van statuten in het kader van het wetsvoorstel Waaijer (2016), p. 59-70 en Willod Versprille (2016), p. 34-40.

[41]

Zie bijvoorbeeld ook P.J. Dortmund, 'Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2016/82 en S.M. Bartman, C. de Groot, J. Nijland & I.S. Wuisman, 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *MvO* 2016, nr. 10 & 11, p. 227-233.