

Modellen, mogelijkheden en valkuilen bij het opstellen van statuten aan de hand van het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Indien het Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt ingevoerd zullen nieuwe modelstatuten voor verenigingen en stichtingen moeten worden opgesteld. In dit artikel wordt behandeld welke onderdelen van het wetsvoorstel in statuten moeten worden opgenomen. Ook wordt ingegaan op vragen en problemen die zich voordoen bij het vertalen van het wetsvoorstel in statuten. Daarbij komen onduidelijkheden en problemen in het wetsvoorstel aan het licht en mogelijke oplossingen aan de orde.



Toen ik werd benaderd voor een bijdrage aan het symposium 'Bestuur en Toezicht Rechtspersonen' op 24 september 2015 met als verzoek specifiek een bijdrage te leveren over de statuten, het opstellen en modelleren daarvan met inachtneming van het Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: het Wetsvoorstel) was ik zeer vereerd. Toch maak ik mij enigszins zorgen. Een statuut is immers niet meer dan de vastlegging van de wensen van de cliënt met inachtneming van de mogelijkheden die de wet biedt. Ik kan mijn bijdrage dus beperken tot de vermelding dat geluisterd moet worden naar de wens van de cliënt en deze moet worden vastgelegd in de statuten en dat daarbij aandacht moet worden besteed aan de problemen en oplossingen die de voorgaande schrijvers in dit themanummer hebben opgemerkt en aangereikt.

Toch heb ik de uitdaging om iets over de vastlegging in statuten te vertellen opgepakt. Het is mij in het verleden regelmatig gebleken dat een wetsvoorstel dat er op het eerste gezicht aardig uitzag tot vragen leidde op het moment dat er een statutaire regeling werd verzocht. Oftewel, het daadwerkelijk uitwerken in een statuut en reglement levert vaak vragen op die in eerste instantie niet zo worden onderkend of die wetenschappelijk misschien minder interessant zijn maar toch voor de praktijk van belang zijn. Mijn bijdrage gaat dan ook in op een aantal aspecten van het Wetsvoorstel die leiden tot specifieke statutaire bepalingen en enige vragen omtrent regelingen. Dit leidt ook tot aanbevelingen ten aanzien van het Wetsvoorstel.

Allereerst komt het toezichthoudend orgaan aan de orde. De eerste vraag die zich dan voordoet is wanneer een orgaan als toezichthoudend orgaan kwalificeert. Vervolgens wordt gesproken over de benoeming en het ontslag van toezichthouders en daaropvolgend de wijze waarop specifieke governancetaken in de statuten en reglementen

kunnen worden verdeeld en de wijze waarop het toezichthoudend orgaan wordt geïnformeerd. Aangezien het voor de inrichting van statuten en reglementen van belang is wil ik kort een vermelding maken over de sectorale regelgeving en wil ik de wijze van besluitvorming van het toezichthoudend orgaan bespreken. Daarna sluit ik af met een bijdrage over tegenstrijdig belang. Het spreekt voor zich dat elk van deze onderwerpen zich leent voor een uitvoerige bijdrage. Gezien de toegemeten ruimte en de mij toebedeelde hoofdvraag: 'Wat betekent het wetsvoorstel concreet voor statuten en reglementen?', zal ik de onderwerpen niet al te diepgravend behandelen.

1. Wanneer is er sprake van een toezichthoudend orgaan?

Het Wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid tot het opnemen van een toezichthoudend orgaan voor verenigingen en stichtingen. Als er een toezichthoudend orgaan is, worden daar krachtens de wet taken aan toegekend. Bovendien kan een toezichthouder aansprakelijk zijn jegens de rechtspersoon. Een van de punten van het Wetsvoorstel is dat slechts een natuurlijk persoon lid kan zijn van een toezichthoudend orgaan. De eerste vraag die zich dan opdringt, is wanneer er sprake is van een toezichthoudend orgaan. De wet geeft geen duidelijk afgebakende omschrijving.¹ Daarbij zijn er een aantal varianten denkbaar in de praktijk. De meest eenvoudige twee zijn de volgende.

1. De statuten vermelden dat er een toezichthoudend orgaan is waarvan slechts natuurlijke personen lid kunnen worden en aan het toezichthoudend orgaan worden ook statutair die taken en bevoegdheden toegekend die de wet aan een toezichthoudend orgaan toekent.
2. De statuten vermelden niet dat er een toezichthoudend orgaan is of vermelden dat er geen toezichthou-

* Mr. A.H.G. Wilod Versprille is notaris bij OLENZ Notarissen.

1. Zie ook: consultatie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, onderdeel 2.1.

dend orgaan is en er wordt ook geen enkele taak of bevoegdheid toegekend aan een orgaan die krachtens de wet wordt toegekend aan een toezichthoudend orgaan.

In het eerste geval is er overduidelijk sprake van een toezichthoudend orgaan en in het tweede geval is het er overduidelijk niet. De interessante vragen doen zich, zoals wel vaker, in de schemerzone voor.

In de wet is voorgeschreven dat slechts natuurlijke personen lid kunnen worden van een toezichthoudend orgaan. Kan dan in de statuten een orgaan worden gecreëerd dat dezelfde bevoegdheden heeft als de wet aan een toezichthoudend orgaan toekent maar waar slechts of ook rechtspersonen deel van uitmaken?² Een dergelijk orgaan heet dan misschien niet toezichthoudend orgaan maar heeft overigens alle wettelijke bevoegdheden en taken die aan een toezichthoudend orgaan toekomen. Eigenlijk zijn er twee opties mogelijk, het kan of het kan niet. Het Wetsvoorstel lijkt in eerste instantie een materiële definitie te geven van het toezichthoudend orgaan. Indien een orgaan de bevoegdheden van een toezichthoudend orgaan heeft dan is het dat ook, ongeacht de naam. Deze oplossing heeft voor- en nadelen, die ik wil toelichten vanuit beide opties beoordeeld voor de stichting.

Voor de stelling dat het niet kan zijn goede argumenten aan te voeren. De wetgever wil immers normatief optreden in de vorming van een toezichthoudend orgaan, zijn taken, bevoegdheden en samenstelling, en is blijkbaar van mening dat toezichthouders slechts natuurlijke personen kunnen zijn. Bovendien ontstaan er allerlei vragen over de aansprakelijkheid van leden van een aan het toezichthoudend orgaan vergelijkbaar orgaan met rechtspersonen als toezichthouders. Deze rechtspersonen zijn immers geen toezichthouders in de zin van de wet. Artikel 2:11 BW is niet van toepassing. Bovendien staat in de toelichting³ vermeld dat de term 'toezichthoudend orgaan' juist is gekozen om organen die niet zo heten maar wel de bevoegdheden hebben te laten vallen onder de werking van het Wetsvoorstel.

Er zijn ook goede argumenten om aan te nemen dat het wel kan. In het verleden is steeds aangenomen dat er een vergaande autonomie is in de statutaire inrichting van een stichting. De wet beperkt deze statutaire inrichting door het ledenverbod en het uitkeringsverbod en belast het bestuur met de bestuurstaak voor zover de statuten niet anders bepalen. Het Wetsvoorstel rept niet over een verdere inperking van de inrichtingsvrijheid,⁴ maar creëert

slechts een nieuw wettelijk toezichthoudend orgaan om verdere uniformering, met name in de semipublieke sector, te realiseren. Bovendien signaleer ik voor de bestaande rechtspraktijk een vrij serieus probleem. Vanwege de vrije bestuursvorm binnen de stichting is er in de afgelopen decennia regelmatig gesleuteld aan bevoegdheden die toekomen aan een of meer partijen als het gaat om toezicht op het bestuur en de bevoegdheid voor specifieke organen van de stichting om bepaalde taken uit te oefenen. Daarin is een grote verscheidenheid van regelingen ontstaan. Raden van toezicht, raden van commissarissen, toezichthouders op financiën, partijen die een rol hebben bij statutenwijzigingen en noem maar op. In een aantal gevallen is er sprake van een doelvermogen dat bijeengebracht wordt door stichtingen, kerkgenootschappen of andere entiteiten die een vorm van controle willen hebben op de besteding van dat doelvermogen. Dit kan zover gaan dat deze entiteiten bij of krachtens de statuten de taken van een toezichthoudend orgaan volgens het Wetsvoorstel zijn toebedeeld.⁵ Indien deze organen na invoering van de wet als toezichthoudend orgaan kwalificeren zal er, zonder deugdelijke overgangsregeling, een statutaire leemte ontstaan in een groot aantal rechtspersonen omdat de statuten dan ineens in strijd zijn met de wet omdat zij specifieke entiteiten lid laten zijn van een orgaan dat door de inwerkingtreding van het Wetsvoorstel als toezichthoudend orgaan kwalificeert.⁶

Een veel voorkomend voorbeeld uit de praktijk is een stichting die het bestuur benoemt en ontslaat bij een andere stichting en tevens controlemogelijkheden heeft op het bestuur en de financiële verantwoording. In veel gevallen zijn de taken van de 'moederstichting' vergelijkbaar met die van een toezichthoudend orgaan. Het zal toch niet zo zijn dat deze concernstructuur met stichtingen die in semipublieke instellingen veelvuldig voorkomt niet meer zou kunnen na invoering van het Wetsvoorstel?

Een volgende vraag in de schemerzone heeft betrekking op een statutair orgaan dat bij of krachtens de statuten bijna maar niet alle rechten en bevoegdheden heeft die ook bij de wet aan een toezichthoudend orgaan worden toegekend. Als, zoals hiervoor al gemeld, het niet de bedoeling is de statutaire inrichtingsvrijheid te beperken is dat dus mogelijk. Ook daar speelt de vraag of er dan sprake is van een toezichthoudend orgaan zodat alle bevoegdheden die de wet toekent aan een toezichthoudend

2. Zie ook: consultatie Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), p. 1.

3. P. 15 toelichting: 'Voor de term "toezichthoudend orgaan" is mede op advies van de Commissie vennootschapsrecht gekozen. Het gebruik van een andere term, bijvoorbeeld raad van commissarissen of raad van toezicht, zou tot onduidelijkheden kunnen leiden en de vraag kunnen oproepen of statutenwijziging is vereist. Zulks is niet het geval. De term "toezichthoudend orgaan" is neutraal. Zij omvat alle organen die toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie en het bestuur met raad ter zijde staan.'

4. Toelichting p. 3: 'Het wetsvoorstel beoogt geen wijziging te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren.' Hieruit maak ik op dat de diversiteit in bevoegdheden over allerlei organen mogelijk blijft.

5. Zie ook consultatie Loyens Loeff, punt 4.1.

6. Zie ook consultatie VNO-NCW, p. 6. 'Daarmee komen ook de tot op heden verschillende regelingen voor commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen te vervallen.', alsmede p. 7 waarin VNO-NCW aangeeft geen reden te zien in inperking van de verschillende soorten organen die thans zijn ontstaan.

orgaan toekomen aan dit orgaan.⁷ Een wat cru voorbeeld is een orgaan dat alle rechten en bevoegdheden heeft van een toezichthoudend orgaan maar waarvan bij de statuten nadrukkelijk is bepaald dat de toezichthouders de jaarstukken van de rechtspersoon als bedoeld in artikel 2:393 BW niet mee hoeven te ondertekenen. Aangezien dit een wettelijke plicht is van een toezichthoudend orgaan, zou er bij een nadrukkelijke statutaire uitsluiting van deze plicht geen sprake zijn van een toezichthoudend orgaan. Of moet geconstateerd worden dat dit niet mogelijk is? De wet geeft hieromtrent geen duidelijkheid.

Voor de aansprakelijkheid is het van belang om te weten of er sprake is van een toezichthouder. Een toezichthouder is immers aansprakelijk jegens de rechtspersoon krachtens artikel 2:9a Wetsvoorstel. Of een persoon als toezichthouder kwalificeert is ook van belang voor de vraag of deze zich mag laten leiden door zijn eigen belang in plaats van het belang van de rechtspersoon. Een toezichthouder is krachtens artikel 2:9a Wetsvoorstel verplicht zich naar dit belang te richten.

Zoals het nu is geformuleerd, lijkt het alsof de overgang van een toezichthoudend orgaan naar een ander orgaan in één keer geschiedt. Aan of uit, zwart of wit zonder grijstinten. Dit is niet in overeenstemming met de praktijk waarbij veel meer nuances en kleurschakeringen gewenst zijn en ook nu al voorkomen.

Naar mijn mening zou het veel logischer zijn om de taken en bevoegdheden van een toezichthouder minder star te regelen en ook rechtspersonen toe te laten. Eenieder die alsdan een statutaire taak toebedeeld heeft gekregen, is dan verantwoordelijk en aansprakelijk voor een behoorlijke uitoefening van zijn taak. Daarbij zou het uitgangspunt moeten zijn dat gehandeld moet worden in het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie waarbij de statuten regelingen kunnen treffen dat het eigen belang van de betreffende partij of een ander belang dat statutair is geduid kan prevaleren. Daarbij is vanzelfsprekend elk besluit van elk orgaan onderworpen aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daarmee wordt ook voorkomen dat de toezichthoudende taken over zoveel organen verdeeld kunnen worden, dat er geen toezichthoudend orgaan meer aan te wijzen is.

Bij de vereniging speelt er overigens nog een andere problematiek. Toezichthouders worden krachtens artikel 47a Wetsvoorstel benoemd overeenkomstig de benoeming van bestuurders. De vraag kan gesteld worden of het mogelijk is om een orgaan te introduceren met dezelfde rechten als een toezichthoudend orgaan waarbij meer dan de helft van de leden van dit orgaan worden benoemd door anderen dan de algemene vergadering. Ook hier speelt het dwingende recht dat in het Wetsvoorstel van toepassing wordt verklaard voor het toezichthoudend orgaan, een rol.

Over deze materie is nog veel meer te zeggen. Het lijkt mij echter evident dat bij het opstellen van statuten duidelijk moet zijn wat de status is van een bepaald orgaan. Het is derhalve zeer aan te bevelen om in de statuten te bepalen of er wel of geen statutair toezichthoudend orgaan is als bedoeld in het Wetsvoorstel. Dit voorkomt misverstanden over de taken en bevoegdheden van het orgaan. Overigens is dit ook nu al het geval. Het toezichthoudend orgaan wordt al op meerdere plaatsen in de wet genoemd, ook voor de stichting, bijvoorbeeld voor het maximaantal commissariaten en in artikel 2:300 BW. Of een orgaan dat thans als toezichthoudend orgaan kwalificeert dat ook na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel doet of dat het de bedoeling is dat het dat alsdan doet, is een vraag waarin de statuten kunnen voorzien.

Op dit moment is er nog slechts sprake van een ambtelijk voorontwerp en is het waarschijnlijk dat er nog fors gesleuteld wordt aan het Wetsvoorstel. Zolang daar geen duidelijkheid over bestaat, zou ik niet aanraden nu al in de statuten een bepaling op te nemen over het al dan niet zijn van een toezichthoudend orgaan na invoering van het Wetsvoorstel. Ik kan mij wel goed voorstellen dat indien het Wetsvoorstel is ingediend het aan te bevelen is al vooruitlopend op de inwerkingtreding daarvan in statuten te bepalen wat de status van het betreffende orgaan is na inwerkingtreding van het Wetsvoorstel.

2. Benoeming en ontslag toezichthouders

Zoals thans al verplicht voor benoeming en ontslag van bestuurders wordt het na invoering van de wet ook verplicht een regeling voor benoeming voor toezichthouders op te nemen. Een goede notaris zal altijd in de statuten een deugdelijke regeling omtrent benoeming en ontslag van leden van een orgaan van de vennootschap opnemen. Daarbij wil ik nog twee specifieke aandachtspunten benoemen die onder het huidige recht nogal eens tot problemen leiden.

Het eerste punt ziet op de benoeming van een bestuurder. Indien een bestuurder wordt benoemd door een andere rechtspersoon en deze andere rechtspersoon wordt ontbonden of als verdwijnende rechtspersoon in een fusie betrokken is, dan vervalt het benoemingsrecht door die rechtspersoon. Als geen alternatieve regeling is opgenomen dan voorzien de statuten niet in de wijze van benoeming van een bestuurder, terwijl dit krachtens de wet wel verplicht is. Dit behoort elke notaris te voorkomen. De statuten moeten dus ook een regeling bevatten bij het wegvallen of ophouden te bestaan van een benoemingsbevoegde entiteit.

Het tweede punt ziet op de benoeming van een toezichthouder bij een stichting. In veel statuten staat vermeld dat de raad van toezicht zelf besluit tot benoeming van nieuwe toezichthouders. Indien echter alle toezichthouders aftreden is er geen raad van toezicht meer. De rechter heeft wettelijk geen bevoegdheid om alsdan een toezicht-

7. De consultatie van ZIFO suggereert dat het mogelijk moet zijn een toezichthoudend orgaan te creëren waaraan bij de statuten niet alle rechten maar slechts een gedeelte van de rechten wordt toegekend. Ook in deze consultatie wordt de vraag gesteld wanneer er sprake is van een toezichthoudend orgaan. P. 5.

houder te benoemen. Artikel 2:299 BW ziet slechts op benoeming van bestuurders door de rechtbank en niet op toezichthouders. Er zal dus een statutenwijziging moeten komen waarin geregeld is hoe toezichthouders worden benoemd en ontslagen als er geen toezichthouders in functie zijn. Indien voor de statutenwijziging goedkeuring van de raad van toezicht is vereist, kan deze bij het ontbreken van toezichthouders niet worden verleend. In dat geval moet het bestuur allereerst een wijziging van de statuten voorleggen aan de rechtbank die tot wijziging kan besluiten (artikel 2:294 BW). Het is aan te raden om in statuten ook thans al te voorzien hoe toezichthouders worden benoemd indien alle toezichthouders zijn afgetreden. Het is wel wat merkwaardig als deze bevoegdheid aan het bestuur zou worden toegekend. Indien alle toezichthouders het bestuur en beleid van het zittende bestuur dusdanig vinden dat zij gezamenlijk opstappen, dan zou er ook wat mis kunnen zijn met het zittende bestuur. Kiest het bestuur in een voorkomend geval nieuwe toezichthouders, dan is dit toch wat merkwaardig. Het lijkt logischer om artikel 2:299 BW in het Wetsvoorstel uit te breiden naar toezichthouders. Het huidige Wetsvoorstel voorziet daar niet in. Overigens is onlangs deze problematiek aan de orde geweest in een uitspraak van de Rechtbank Gelderland.⁸ In ieder geval is, ook nu al, een statutaire regeling voor dergelijke gevallen zeer aan te bevelen.

3. Taakverdeling toezichthouders

Het is gebruikelijk dat statuten de mogelijkheid bieden aan bestuurders en toezichthouders voor het nader verdelven van de bestuurstaken respectievelijk de toezichthoudende taken. Dit neemt niet weg dat een bestuurder zich nooit geheel kan onttrekken aan het toezicht houden op de belangrijke aangelegenheden, maar een taakverdeling kan wel degelijk een rol spelen bij de beoordeling of een bestuurder jegens een rechtspersoon aansprakelijk is. Dit is bij de recente invoering van de Wet bestuur en toezicht (one-tier board) nog eens aangescherpt vastgelegd in artikel 2:9 BW. Een taakverdeling kan bij of krachtens de statuten geschieden.

Omdat een taakverdeling veelal feitelijke invullingen betreft wordt in het algemeen de taakverdeling krachtens de statuten geregeld en niet bij de statuten. De statuten bevatten hooguit richtlijnen in algemene zin. Artikel 292a lid 3 Wetsvoorstel geeft aan dat de statuten aanvullende bepalingen omtrent de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden kunnen bevatten. Indien een taakverdeling bij het toezichthoudend orgaan niet mogelijk zou zijn, dan zou de toevoeging: 'en zijn leden' in het Wetsvoorstel volstrekt zinloos zijn. Ik concludeer hieruit dat een taakverdeling tussen de verschillende toezichthouders mogelijk is. Helaas spreekt het

Wetsvoorstel niet over bij of krachtens de statuten maar slechts over *de* statuten. Aangezien de huidige praktijk een taakverdeling ook voor toezichthoudende organen meestal krachtens de statuten regelt en de toelichting hier geen uitzondering op lijkt te willen maken, ga ik ervan uit dat dit ook in het Wetsvoorstel mogelijk moet zijn.⁹ Ik wil de wetgever wel aanbevelen om dit aan te passen. De statuten kunnen en moeten hier overigens verdere duidelijkheid over verschaffen. Neem in de statuten de mogelijkheid op om een verdere taakverdeling krachtens de statuten vast te leggen.¹⁰

In artikel 9a Wetsvoorstel wordt geen verwijzing gemaakt naar een taakverdeling. Daaruit concludeer ik dat een taakverdeling voor toezichthouders geen disculpatiegrond is voor aansprakelijkheid. Dit lijkt mij zeer onwenselijk maar is vooralsnog wel een punt om rekening mee te houden.¹¹

4. Gegevensverschaffing

Om zijn taken goed te kunnen uitoefenen heeft het toezichthoudend orgaan natuurlijk de nodige informatie nodig. Het Wetsvoorstel bepaalt in artikel 47 lid 7 en artikel 292 a lid 7 dat het bestuur het toezichthoudend orgaan de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft. Een letterlijke lezing van dit artikel lijkt erop te duiden dat het bestuur beslist welke informatie de raad van toezicht krijgt en dat de raad van toezicht alleen informatie van het bestuur kan verkrijgen. Dit is een onwenselijke situatie. Voor een goed functioneren moet de raad van toezicht ook direct contact kunnen hebben met de accountant, werknemers en overige betrokkenen. De tekst is echter niet anders dan de tekst voor de commissarissen bij de N.V. en B.V. waarbij algemeen wordt aangenomen dat de commissarissen de bevoegdheid hebben om ook zelfstandig informatie op te vragen bij het bestuur en bij derden. Het lijkt mij verdedigbaar om dan dezelfde tekst voor de N.V. en B.V. te hanteren bij de stichting en vereniging, ook al lijkt de tekst van de wet een beperkter recht te geven dan de toezichthouders krijgen. Het is zeer aan te raden om bij of krachtens de statuten regelingen op te nemen over de wijze waarop het toezichthoudend orgaan informatie krijgt en van wie.

5. Sectorale regelgeving

Hoewel het de bedoeling is om met het Wetsvoorstel meer eenvormigheid te creëren in de regelgeving van het toezichthoudend orgaan zal de aanwezige sectorale wetgeving echt niet verdwijnen door de invoering van deze wet. De notaris die zich derhalve bezighoudt met het opstellen van statuten voor een semipublieke instelling doet er goed aan zich te vergewissen van de voor die entiteit geldende regelgeving en daar in de statuten ook re-

8. Rb. Gelderland 11 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6513, RN 2015/85.

9. Het Instituut voor Ondernemingsrecht gaat in punt 4.3 in op de mogelijkheid van taakverdeling en de opmerking in de toelichting op p. 17.

10. Over taakverdeling en aansprakelijkheid ook consultatie Houthoff Buruma, onder e en de consultatie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, p. 1 en punt 3.2.1.

11. Deze mening wordt breed gedeeld in menig consultatiedocument, zoals de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, Instituut voor Ondernemingsrecht, punt 4.3 en vele andere.

kening mee te houden. Kort gezegd wijzigt de huidige praktijk niet. De versnipperde wetgeving blijft bestaan. Het Wetsvoorstel voorziet slechts in een kapstok via een toezichthoudend orgaan in Boek 2 BW en een duidelijker regeling omtrent aansprakelijkheden. Het verdient aanbeveling om in de statuten te verwijzen naar de van toepassing zijnde sectorale wetgeving. Daarbij kan een bepaling worden opgenomen dat, indien de sectorale wetgeving wordt aangepast, de statuten respectievelijk het reglement dienovereenkomstig moeten worden gewijzigd ter voorkoming van misverstanden.

6. Besluitvorming bij het toezichthoudend orgaan

Het Wetsvoorstel voorziet niet in een expliciete regeling omtrent de besluitvorming door het toezichthoudend orgaan. In artikel 47 lid 4 respectievelijk artikel 292a lid 4 wordt slechts vermeld dat een lid van het toezichthoudend orgaan meer dan één stem mag uitbrengen maar nooit meer dan de andere leden tezamen. Deze regeling is analoog aan de regeling bij de N.V. en de B.V. voor het bestuur en de raad van commissarissen. Het is opvallend dat bij de vereniging en stichting deze regeling voor het bestuur ontbreekt, maar krachtens het Wetsvoorstel wel wettelijk wordt vastgelegd voor het toezichthoudend orgaan.¹²

Overigens staat nergens in de wet bepaald op welke wijze het bestuur of het toezichthoudend orgaan besluiten neemt. De hiervoor genoemde regeling impliceert dat dit geschiedt met een gewone meerderheid van stemmen. Dit is echter niet noodzakelijk. Bij de N.V. en B.V. is het mogelijk om bij of krachtens de statuten te bepalen dat voor alle of bepaalde besluiten van het bestuur of de raad van commissarissen gekwalificeerde meerderheden en quorumeisen gelden. Dit is voor het bestuur van de vereniging en stichting thans niet anders. Gezien de tekst van het wetsvoorstel die analoog is aan de tekst bij de N.V. en B.V. lijkt mij dit voor het toezichthoudend orgaan niet anders. Bij de one-tier board kan bij of krachtens de statuten het besluit omtrent zaken die tot de taak van een specifieke bestuurder behoren zelfs aan die bestuurder toekomen. Dit kan thans bij de stichting ook.

De conclusie is dat bij gebreke van een regeling van regerend recht de statuten thans al moeten voorzien in een regeling omtrent besluitvorming binnen het bestuur. Na invoering van het wetsvoorstel is dit ook van toepassing op de besluitvorming van het toezichthoudend orgaan. Daarbij geldt voor het toezichthoudend orgaan de beperking dat een lid nooit meer dan de helft van de stemmen mag uitbrengen. Deze regeling wordt niet opgenomen voor het bestuur. A contrario kan hieruit worden afgeleid dat bij het bestuur van de stichting en de vereniging deze wettelijke beperking niet van toepassing is. Ik vraag me af of dit voor de vereniging wel de bedoeling van de wetgever is. Bij de stichting vind ik dit een logische keuze en in overeenstemming met het huidige recht.

7. Tegenstrijdig belang

Het wetsvoorstel voorziet in een nieuwe tegenstrijdigbelangregeling voor alle rechtspersonen. Feitelijk is het een codificatie van de huidige tegenstrijdigbelangregeling voor de N.V. en de B.V. die ook op de vereniging en de stichting van toepassing wordt verklaard. Bij de vereniging is daar ook nog wel een logica in te ontdekken. De algemene ledenvergadering vertoont immers grote gelijkens met de algemene vergadering bij de N.V. en de B.V. Wat opvalt is de dwingende regeling. De regeling houdt, kort gezegd, het volgende in: hebben één of meer bestuurders een tegenstrijdig belang, dan besluiten de overige bestuurders. Hebben alle bestuurders een tegenstrijdig belang dan besluit het toezichthoudend orgaan. Hebben één of meer leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang dan besluiten de overige leden van het toezichthoudend orgaan. Slechts als er geen toezichthoudend orgaan is of als ook alle toezichthouders een tegenstrijdig belang hebben, kunnen de statuten bepalen wie de bevoegdheid tot besluitvorming heeft. Is er voor de N.V., de B.V. of de vereniging geen nadere statutaire regeling, dan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering. Bij de stichting is in dat geval artikel 291 lid 3 Wetsvoorstel van toepassing dat voorschrijft dat alsdan de overwegingen die aan de besluitvorming ten grondslag liggen schriftelijk worden vastgelegd, behoudens nadere statutaire bepalingen.

Zoals gezegd is deze regeling gekopieerd van de N.V. en de B.V. Voor deze rechtspersonen is de regeling ingegaan bij de invoering van de Wet bestuur en toezicht (one-tier board). Er is nogal wat commentaar op deze regeling omdat er praktische vragen zijn over de besluitvorming indien niet geheel duidelijk is of er wel of geen tegenstrijdig belang is. Indien onduidelijk is of een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, wordt in de praktijk vaak gekozen voor een dubbele oplossing. Allereerst worden de notulen opgesteld alsof er geen tegenstrijdig belang is. Genotuleerd wordt dat alle bestuurders bij de beraadslaging waren betrokken en voor het voorstel stemmen. Vervolgens wordt in dezelfde notulen vrolijk bepaald dat voor zover er wel een tegenstrijdig belang is de bestuurder met het tegenstrijdig belang niet heeft deelgenomen aan de beraadslaging en de besluitvorming. Iets dat in het licht van de eerdere conclusie dat alle bestuurders met het voorstel hebben ingestemd merkwaardig kan worden genoemd.¹³ Zulke notulen bevatten dus interne tegenstrijdigheden. Tevens staat ter discussie of op de algemene vergadering en daarmee de aandeelhouders een afgeleide vorm van bestuursaansprakelijkheid rust indien de algemene vergadering tot besluitvorming overgaat.

Zoals gemeld kan krachtens het wetsvoorstel pas een statutaire keuze worden gemaakt indien alle bestuurders en alle toezichthouders een tegenstrijdig belang hebben. Ik vind het verstandig om in de statuten wel een regeling voor deze gevallen op te nemen. Ik raad aan een statutaire regeling op te nemen dat in geval van tegenstrijdig belang

12. Zie over dit onderwerp consultatie ZIFO, p. 4 en de consultatie voor het Instituut voor Ondernemingsrecht, p. 3.

13. Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld over verschillende organen ook consultatie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, punt 3.1.5.

van alle bestuurders en, indien aanwezig, alle leden van het toezichthoudend orgaan, het bestuur bevoegd is alsnog te besluiten doch het (potentiële) tegenstrijdig belang van de bestuurders en toezichthouders moet melden aan de algemene vergadering, de overwegingen en de wijze van stemming bij het genomen besluit kenbaar moet maken aan de algemene vergadering en dat het besluit eerst in werking treedt na goedkeuring door de algemene vergadering.

In het voorgaande onderdeel ben ik er steeds van uitgegaan dat er een algemene vergadering is. Het spreekt voor zich dat deze bij een stichting ontbreekt. Vandaar dat voor de stichting een andere regeling is voorzien. Is er geen toezichthoudend orgaan, dan beslist het bestuur maar moet het bestuur schriftelijk de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, vastleggen. In dit geval kunnen de statuten een andere regeling bevatten.

Is er wel een toezichthoudend orgaan dan beslist deze. Als alle leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang hebben dan beslist het toezichthoudend orgaan maar moet deze schriftelijk de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen vastleggen. In dit geval kunnen de statuten ook een andere regeling bevatten.

Het verdient aanbeveling om goed na te denken of een andere statutaire regeling wenselijk is. In veel gevallen is dit afhankelijk van het doel van de stichting. Stichtingen worden veelal gebruikt voor specifieke doelvermogens. Daarbij kan bij voorbaat een tegenstrijdig belang voorzienbaar zijn.¹⁴ In een aantal gevallen zal een bestuurder juist vanwege zijn eigen belangen medebestuurder zijn.¹⁵ Denk bijvoorbeeld aan een stichting tot instandhouding van een landgoed waarbij één van de bestuurders de bewoner van het landgoed is. In hoeverre is er dan nog sprake van een tegenstrijdig belang indien deze bewoner meebeslist over de wijze van onderhoud en instandhouding van het landgoed? Deze persoon is toch juist vanwege die kwaliteit als medebestuurder of toezichthouder benoemd?¹⁶ Een soortgelijk probleem constateer ik bij veel stichtingen administratiekantoor die worden opgericht om beslissingsbevoegdheid juist te plaatsen bij een partij die zelf ook een tegenstrijdig belang heeft, bijvoorbeeld als medeandeelhouder. In dit soort gevallen kan slechts beperkt een statutaire tegenstrijdigbelangregeling worden opgenomen die uitkomst biedt gezien het dwingende wettelijke kader. Het lijkt alsof de *Bruil/Kombex*-norm uitkomst kan bieden maar ook deze norm levert in de praktijk nog de nodige vragen op.¹⁷ Situaties met een voorzienbaar tegenstrijdig belang komen bij de

stichting veel voor en ik acht een nadere codificatie op dit punt gewenst.

Overigens verdient het ook thans al aanbeveling in de doelstelling van de stichting een goede omschrijving op te nemen wat onder het doel valt.¹⁸ De realisatie van het doel kleurt immers de vraag of er sprake is van bestuursaansprakelijkheid of een tegenstrijdig belang.¹⁹ Wordt in de doelstelling van een stichting administratiekantoor bepaald dat het doel is het wegnemen van het stemrecht van bepaalde aandeelhouders en het toekennen van volledige bevoegdheid aan een andere aandeelhouder die bestuurder wordt van de stichting, dan zal er mijns inziens niet snel sprake zijn van een tegenstrijdig belang of bestuursaansprakelijkheid bij het uitoefenen van die bevoegdheden. Ook kan in de statuten van de stichting worden bepaald dat het bestuur bevoegd is te besluiten tot vervreemding van de aandelen tegen uitkering van de opbrengst aan de certificaathouders en dat dit nu juist een doelstelling van de stichting is. Omdat op dit punt geen overgangswetgeving is voorzien in het wetsvoorstel, kan ik elke notaris aanraden om deze overwegingen ook thans al op te nemen in de statuten.

Het Wetsvoorstel schrijft voor dat een bestuurder van een stichting de belangen van de bij haar organisatie betrokken partijen mede in acht neemt. Wat omvat die term organisatie?²⁰ Bij een stichting administratiekantoor, omvat die organisatie dan ook de certificaathouder of met name de vennootschap?²¹ Een overweging in het doel vermeld in de statuten heeft invloed op de beoordeling van het gedrag van een bestuurder indien een betrokkene van mening is dat de bestuurder van de stichting het belang van deze betrokkene onvoldoende in acht heeft genomen.

Een praktische tip in het geval van een stichting administratiekantoor indien de certificaathouder zo min mogelijk rechten moet hebben is de certificering van stemrechtloze aandelen. Omdat het stichtingsbestuur geen stemrecht op deze aandelen kan uitbrengen komt de positie van de bestuurder van de stichting administratiekantoor op dat punt alvast niet in de knel en kan het bestuur niet worden verweten bij het uitoefenen van het stemrecht geen acht te hebben geslagen op de belangen van de organisatie (waaronder eventueel de certificaathouder).

Conclusie die uit het voorgaande getrokken kan worden is dat, indien een tegenstrijdig belang van het bestuur met de stichting voorzienbaar is en dit geen belemmering moet opleveren voor het recht tot besluitvorming van de

14. Zie ook consultatie VNO-NCW, p. 10.

15. Zie ook consultatie VNO-NCW, p. 7.

16. Een simpel doch treffend voorbeeld wordt in de consultatie verwoord door de VVE Parkzoom waarin de bewoners de bestuurders zijn en dus niet zouden mogen beraadslagen of stemmen over aangelegenheden betreffende de flat. Een bestuur zonder functie. Dit voorbeeld geeft in al zijn eenvoud aan dat tegenstrijdig belang in veel gevallen een gegeven is en moet worden ingekleurd door doel en strekking van de entiteit. Ook de consultatie van VVE loket gaat kort in op de positie van de VVE en artikel 9 en 9a.

17. Zie ook: consultatie Loyens Loeff, punt 3.7.

18. Zie ook Consultatie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, punt 2.6.

19. Zo ook De Lange in zijn consultatie die tevens de realisatie van het doel belangrijker vindt dan de organisatie als zodanig. Over dit punt ook de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht in punt 2.6.

20. Over een voorstel tot invulling van de term 'organisatie' zie de consultatie Simmons en Simmons, p. 6 en 7.

21. Zie ook consultatie Loyens Loeff, punt 3.6.

betreffende bestuurder, de statuten specifieke bepalingen moeten bevatten en de wet dit moet faciliteren. Het is aan te bevelen deze situaties bij het doel van de stichting te beschrijven in algemene zin en bij de tegenstrijdigbelangregeling verder uit te werken.

Alvorens mijn betoog over tegenstrijdig belang te beëindigen wil ik nog een alternatieve wettelijke tegenstrijdigbelangregeling bepleiten. Een goede tegenstrijdigbelangregeling gaat mijns inziens niet over het volgen van regels maar om het creëren van transparantie²² en controle²³. Het lijkt mij logischer dat in geval van een tegenstrijdig belang van een bestuurder alle bestuurders gewoon besluiten doch verplicht zijn het toezichthoudend orgaan te informeren over het potentiële tegenstrijdig belang en de wijze waarop het bestuur tot het betreffende besluit is gekomen. Het bestuursbesluit treedt eerst in werking na goedkeuring door het toezichthoudend orgaan. Indien ook een toezichthouder een tegenstrijdig belang heeft moet de algemene vergadering op dezelfde wijze worden geïnformeerd en treedt het besluit eerst in werking na goedkeuring door de algemene vergadering. Het stemgedrag van diegenen met een tegenstrijdig belang wordt overigens meegedeeld aan het orgaan dat goedkeuring moet verlenen. Indien gewenst kunnen hieraan nog quorum- en versterkte meerderheidseisen worden gesteld. Indien de algemene vergadering van mening is dat het bestuur een verkeerd besluit heeft genomen, kan de algemene vergadering de bestuurders ontslaan of schorsen. In geval van een schorsing kan de algemene vergadering tijdelijk in een ander bestuur voorzien. Deze tijdelijke bestuurders kunnen alsdan een ander besluit nemen. Hoewel ik u deze gedachte niet wilde onthouden, is dit niet de strekking van het wetsvoorstel.

8. Overgangsrecht

Er is nauwelijks overgangsrecht opgenomen. Alles treedt direct in werking. Gezien een aantal vraagpunten die ik hiervoor aan de orde heb gesteld, is dit echter niet echt logisch. Er zijn nu eenmaal oudere rechtspersonen die niet direct onder deze regeling moeten vallen omdat zij zeer specifieke regelingen kennen. Dit speelt met name bij stichtingen waarbij er thans al organen belast zijn met toezichthoudende taken en waar rechtspersonen lid van dit orgaan zijn. Bovendien is het niet logisch om met de invoering van de wet het takenpakket van specifieke bestaande organen uit te breiden of in te krimpen.

9. Conclusie

Alles overziend deel ik de mening van de wetgever dat het verstandig is om een uniforme regeling voor toezichthoudende organen in Boek 2 BW op te nemen. Het Wetsvoorstel dient echter op een aantal punten nadrukkelijk te worden aangepast. Het is overigens ook de verwachting dat dit gebeurt. Behoudens een aantal opmer-

kingen over het opnemen van statutaire bepalingen die ook onder geldend recht al aan te bevelen zijn, is het nu niet verstandig om te anticiperen op dit Wetsvoorstel in statuten van verenigingen en stichtingen die thans worden opgesteld. Daarvoor is het te onduidelijk op welke wijze de wet uiteindelijk vorm zal krijgen.

22. Zie ook consultatie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht, punt 3.1.1: 'Ook de opstellers van de toelichting erkennen het primaire belang van de norm van openheid. Dat blijkt uit de laatste alinea op p. 12 van de MvT. Van "de bestuurder die zich niet heeft gehouden aan de tegenstrijdig belangregeling" kan de rechtspersoon schadevergoeding vorderen, mits wordt "aangetoond dat het besluit niet of niet aldus zou zijn genomen indien het tegenstrijdig belang bekend was." (cursivering toegevoegd; GCV).'

23. Zie ook consultatie Loyens Loeff, punt 3.4.