No.W03.16.0018/II 's-Gravenhage, 1 april 2016

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 23 maart 2016, no.2016000543, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot 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), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel biedt onder meer een wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen bij verenigingen en stichtingen en maakt de keuze voor een monistisch bestuurssysteem voor alle rechtspersonen mogelijk. Voorts wordt de regeling voor bestuur en toezicht geüniformeerd. Hiertoe worden regels die al gelden voor de NV en de BV verplaatst naar de algemene bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (Boek 2 BW), waardoor een voor alle soorten rechtspersonen geldende basisregeling ontstaat. Ten slotte worden de gronden voor ontslag van stichtingsbestuurders verruimd en ook van toepassing op commissarissen van een stichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht aanpassing van het voorstel en op onderdelen een dragende motivering aangewezen. Het wetsvoorstel zal in de praktijk vooral effect hebben op het bestuur en toezicht van de vereniging en stichting. Gelet op de verschillen tussen de vereniging en de stichting enerzijds, en de overige soorten rechtspersonen anderzijds, alsmede de variatie van stichtingen en verenigingen in de praktijk, adviseert de Afdeling de noodzaak en opportuniteit op dit moment van de voorgestelde algemene regeling dragend te motiveren en anders ervan af te zien en zo nodig per soort rechtspersoon regels voor bestuur en toezicht vast te stellen.

1. Algemene regeling

Het wetsvoorstel beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen te verbeteren. In dat kader wordt een aantal regels die reeds gelden voor de NV en de BV verplaatst naar het algemene gedeelte van Boek 2 BW. Daardoor worden deze regels ook van toepassing op de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting. Volgens de regering heeft deze werkwijze onder andere als voordeel dat de uitleg die reeds aan de betreffende regel is gegeven, ook kan worden toegepast voor de andere rechtspersonen. Een ander voordeel dat de toelichting noemt is dat de algemene regeling van Boek 2 BW beter bruikbaar wordt als basisregeling. Het is uitdrukkelijk de bedoeling dat er in huidige of toekomstige sectorspecifieke wetgeving bij de regeling van dit wetsvoorstel wordt aangeknoopt.[[1]](#footnote-1)

a. *Flexibiliteit ten behoeve van stichtingen en verenigingen*

Hoewel het voorstel is gericht op de verschillende soorten rechtspersonen, zijn de wijzigingen het grootst voor de vereniging en de stichting, omdat voor hen op dit moment andere of minder regels gelden dan voor de andere soorten rechtspersonen. Ter illustratie verwijst de Afdeling naar het overzicht dat als bijlage bij dit advies is gevoegd.

De Afdeling onderkent het belang van een duidelijk wettelijk kader voor bestuur en toezicht bij de verschillende rechtspersonen. Dat leidt echter niet zonder meer tot de gevolgtrekking dat uniformering van deze regels door overbrenging van de regels voor de NV en de BV naar de algemene bepalingen van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek noodzakelijk en wenselijk is. De toelichting stelt wel dat het voor de verbetering van kwaliteit van bestuur van verenigingen en stichtingen noodzakelijk is dat er nadere (uniforme) regels worden gesteld, maar legt niet uit waar het in dit opzicht in de praktijk aan schort.[[2]](#footnote-2) Voorts is de Afdeling er niet van overtuigd dat de normen voor bestuur en toezicht van kapitaalvennootschappen (ondernemingen) een dermate algemeen karakter hebben dat zij zich lenen voor een rechtsvorm-neutrale toepassing. Illustratief daarvoor is dat Boek 2 BW zelf reeds een onderscheid maakt tussen de gewone vereniging en stichting enerzijds, en de commerciële varianten daarvan anderzijds, waarbij regeling van de laatste tendeert naar het NV/BV-recht. Verder is van belang dat er in Nederland enkele honderdduizenden stichtingen en verenigingen zijn. Achter dit aantal gaat een bonte verscheidenheid van al dan niet professioneel geleide organisaties schuil, variërend van zeer klein tot zeer groot, en een grote differentiatie in bestuursmodellen en toezichtstructuren, gebaseerd op een flexibel wettelijk kader dat veel ruimte laat voor eigen, statutaire regelingen. Die flexibiliteit vermindert door de voorgestelde regeling inzake tegenstrijdig belang en aansprakelijkheid bij faillissement. Maar ook optionele bepalingen, zoals de mogelijkheid om een raad van commissarissen in te stellen of te kiezen voor een monistisch systeem, leiden tot een verdere inkadering en kunnen tot onduidelijkheid leiden over betekenis van deze regels voor statutair ingestelde organen. Zo zijn volgens de toelichting de taak en de bevoegdheden van het statutaire orgaan beslissend voor de vraag of het orgaan een bestuur of toezichthouder in de zin van de wet is. Omdat de vraag naar de betekenis van statutaire regelingen in het licht van de voorgestelde regeling echter niet in algemene zin te beantwoorden is, zal elke stichting of vereniging hiernaar onderzoek moeten doen, en de statuten eventueel moeten aanpassen, zonder dat er in de praktijk iets verandert.

b. *Verhouding tot sectorspecifieke wetgeving*Kort geleden is voor stichtingen en verenigingen die in semipublieke sectoren (zorg, onderwijs, wonen, pensioenfondsen) opereren onder de regie van de Ministeriële Commissie Vernieuwing Publieke Belangen nieuwe sectorspecifieke wetgeving tot stand gebracht. Deze wetgeving heeft tot doel bestuur en intern toezicht te verbeteren en vormt een reactie op een aantal problemen en incidenten die hebben plaatsgevonden in de semipublieke sector. Dit betreft onder meer de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, de Wet versterking bestuur en toezicht onderwijs en de Wet versterking bestuur pensioenfondsen. De toelichting maakt niet duidelijk wat een algemene regeling in Boek 2 BW voor deze instellingen toevoegt aan deze bestaande, doorgaans uitgewerkte sectorspecifieke regels. Bovendien zijn in deze sectorspecifieke wetgeving vaak keuzes gemaakt, die aansluiting bij de algemene regeling onwaarschijnlijk maken. Zo wordt in sectorspecifieke wetgeving een toezichthoudend orgaan meestal voorgeschreven, wordt de keuze voor een monistisch systeem uitgesloten of vrijgelaten, en is de norm voor de taakvervulling van bestuurders en commissarissen dikwijls nader omschreven, gerelateerd aan de doelstellingen van de sector, of uitgewerkt in governance-codes.

c. *Opportuniteit*

De voorgestelde normering van de taakvervulling van bestuurders en commissarissen, de tegenstrijdig-belangregeling én het monisme zijn ontleend aan de Wet versterking en bestuur en toezicht, die voor de NV en de BV per 1 juli 2013 van kracht is geworden. De minister heeft een evaluatie van deze wet toegezegd drie jaar na inwerkingtreding.[[3]](#footnote-3) Het wetsvoorstel loopt daarmee vooruit op de resultaten van de evaluatie, met als risico dat de wet op korte termijn opnieuw gewijzigd moet worden. Dat dit risico niet denkbeeldig is blijkt onder meer uit het gegeven dat in de consultatie is gewezen op wisselende ervaringen met de tegenstrijdig belang-regeling.[[4]](#footnote-4) De Afdeling acht het voorstel in dit opzicht dan ook prematuur en adviseert in elk geval op dit punt de evaluatie af te wachten.

d. *Systematiek Boek 2 BW*

De Afdeling wijst er op dat het doel van het wetsvoorstel ook kan worden bereikt door het aanpassen van de bepalingen die uitsluitend op de verschillende soorten rechtspersonen betrekking hebben, of door het werken met schakelbepalingen waardoor de bepalingen voor de NV/BV van toepassing worden verklaard op een of meer andere soorten rechtspersonen. Hierdoor wordt tevens voorkomen dat uitzonderingen op de uniformering nodig zijn, zoals met name bij de stichting het geval is. Dit heeft bovendien als voordeel dat de systematiek van Boek 2 BW gehandhaafd blijft. De Afdeling wijst er in dit verband op dat Boek 2 BW een klein algemeen deel kent. Het overgrote deel van de bepalingen is voor elke soort rechtspersoon uitgeschreven, zelfs wanneer dat neerkomt op een herhaling, zoals blijkt uit de regeling voor de NV en de BV die grotendeels identiek is.

e. *Conclusie*

Het wetsvoorstel zal in de praktijk vooral van belang zijn voor de vereniging en stichting, voor zover die niet werkzaam zijn in de semipublieke sector. Voor de andere in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen is geheel of grotendeels al in de voorgestelde regels voorzien; datzelfde geldt voor rechtspersonen die werkzaam zijn in de semipublieke sector, maar dan zijn de regels in de sectorspecifieke regelingen zelf opgenomen. Voor deze andere rechtspersonen en semipublieke instellingen is de toegevoegde waarde van een algemene regeling onduidelijk. Wat betreft de verenigingen en stichtingen is het de vraag of uniformering noodzakelijk is en of zij niet te ver wordt doorgevoerd, gelet op de differentiatie in verenigingen en stichtingen en de flexibiliteit die in dit opzicht geboden is. Feitelijk ontbreekt thans alleen de regeling van een toezichthoudend orgaan voor de stichting. Voor drie van de voorgestelde maatregelen geldt naar het oordeel van de Afdeling dat eerst de evaluatie van de in 2013 voor de NV en de BV ingevoerde regels dient te worden afgewacht. Ten slotte past het bij de systematiek van Boek 2 BW om per rechtspersoon regels voor het bestuur en toezicht vast te stellen, zoals nu ook al is gedaan.

De Afdeling adviseert daarom de noodzaak en opportuniteit op dit moment van de voorgestelde algemene regeling dragend te motiveren en indien die motivering niet kan worden gegeven ervan af te zien en zo nodig per soort rechtspersoon regels voor bestuur en toezicht vast te stellen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

2. Uniformering van regels voor aansprakelijkstelling in geval van faillissement

In artikel 2:9c en 2:11c wordt een uniforme regeling voorgesteld voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen jegens de boedel in geval van faillissement van de rechtspersoon. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn boekhoudverplichtingen[[5]](#footnote-5) en de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening,[[6]](#footnote-6) leidt dit tot het vermoeden dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Voor onbezoldigde bestuurders en commissarissen van informele verenigingen, niet-commerciële verenigingen en stichtingen geldt dit bewijsvermoeden niet,[[7]](#footnote-7) maar wel dat men hoofdelijk aansprakelijk is indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.[[8]](#footnote-8) Met deze uitzondering wil de regering voorkomen dat vrijwilligers zich ten onrechte laten weerhouden om zich in te zetten als bestuurder of commissaris van bijvoorbeeld een buurtvereniging of een kleine sportvereniging.

Dit laat onverlet dat het wetsvoorstel een hoofdelijke aansprakelijkheid introduceert voor bestuurders en commissarissen in geval van faillissement van de rechtspersoon. Afgezien van het streven naar uniformering, is het de Afdeling uit de toelichting niet duidelijk geworden waarom de aansprakelijkheidsregeling die al geldt voor de NV, BV, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij alsmede de commerciële vereniging en -stichting, moet worden uitgebreid naar alle overige stichtingen en verenigingen. Voorts rijst de vraag naar de verzekerbaarheid van deze aansprakelijkheid.

De Afdeling adviseert daarom dit onderdeel dragend te motiveren of er anders van af te zien.

3. Aanpassingswetgeving

Het wetsvoorstel bevat geen aanpassingswetgeving. Die lijkt ook niet te worden overwogen.
De Afdeling wijst er bij wijze van voorbeeld op dat de aansprakelijkheidsgrondslag voor toezichthouders[[9]](#footnote-9) in de sectorspecifieke wetgeving vaak wordt geregeld door artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren. In een gelijkstelling met de voorgestelde aansprakelijkheidsregeling is niet voorzien. Nu het volgens de toelichting de bedoeling is dat er in de sectorspecifieke wetgeving wordt aangeknoopt bij dit wetsvoorstel, ligt het voor de hand dat in aanpassingswetgeving wordt voorzien.

De Afdeling adviseert alsnog te voorzien in aanpassingswetgeving.

4. Technische opmerkingen

a. Volgens het wetsvoorstel kan slechts een natuurlijk persoon lid zijn van de raad van commissarissen.[[10]](#footnote-10) Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat niet de naam, maar de bevoegdheden bepalend zijn voor de vraag of sprake is van een toezichthoudend orgaan. Dit zou betekenen dat een toezichthoudend orgaan niet langer uit rechtspersonen kan bestaan. Dat loopt parallel met de regel dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen zijn.[[11]](#footnote-11) Bij de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatieve vereniging en de NV en BV geldt eveneens de regel dat natuurlijke personen lid zijn van de raad van commissarissen.[[12]](#footnote-12) Bij semipublieke instellingen en gewone stichtingen en verenigingen komt het echter regelmatig voor dat het toezicht op een stichting wordt uitgeoefend door een andere stichting. Het voorstel kan in dit opzicht ingrijpende consequenties hebben.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting nader in te gaan.

b. Artikel 2:57, vierde lid, BW kent een eigen tegenstrijdig belang-regeling voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij indien met alle leden een contract gesloten wordt. Dit artikel vervalt. Gelet op de toelichting bij het voorgestelde artikel 2:9, lid 5 lijkt dat een vergissing te zijn.

De Afdeling adviseert de reden voor deze schrapping toe te lichten en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

c. Het voorgestelde art. 2:9b lid 3 en 4 BW verklaart de kantonrechter onbevoegd ter zake van vorderingen met betrekking tot de overeenkomst met een bestuurder en sluit de veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uit. De toelichting vermeldt dat deze regeling is ontleend aan die van de NV en de BV, maar motiveert niet wat het doel van deze beide uitzonderingen is en waarom dit rechtvaardigt dat zij ook gelden voor de resterende rechtspersonen.

De Afdeling adviseert in de toelichting op deze beide vragen nader in te gaan.

5 De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.16.0018/II

* Artikel I, onderdelen FF en BBB, laten vervallen in verband met Stb. 2011, 275.

Bijlage

Schematisch komt het voorstel op het volgende neer (de veranderingen (nieuw) zijn *cursief* aangegeven):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Oud*Nieuw* | RvC (11) | Monisme(9a) | Taakvervul.Bestuur en toezicht(9, lid 3) | Tegenstrijdig belang(9, lid 5, 11) | Aansprakelijkheid(9c) |
| Inform. Ver. | Nee [[13]](#footnote-13) *Ja*  | Nee *Ja* | Nee *Ja* | Ja[[14]](#footnote-14) Ja (of RvC of Av) | Nee *Ja* |
| Formele Ver. | Nee *Ja* | Nee *Ja*  | Nee *Ja* | Ja[[15]](#footnote-15) Ja (of RvC of Av) | Nee *Ja* |
| Stichting | Nee *Ja* | Nee *Ja* | Nee *Ja* | Nee *Ja* (of RvC of bestuur) | Nee *Ja* |
| Comm./Ver./Sticht | Ja [[16]](#footnote-16) | Nee *Ja* | Nee *Ja* | Nee *Ja* (of RvC of bestuur) | Ja |
| Onderlinge waarborg.mij | Ja | Nee *Ja*  | Nee *Ja* | Ja [[17]](#footnote-17) Ja (of RvC of Av) | Ja |
| Coöperatie | Ja | Nee *Ja*  | Nee *Ja* | Ja [[18]](#footnote-18) Ja (of RvC of Av | Ja |
| NV/BV | Ja | Ja  | Ja [[19]](#footnote-19)  | Ja[[20]](#footnote-20) Ja (of RvC of Av) | Ja |

*Sectorspecifieke wetgeving*

- *toezichthouder*In de Woningwet (artikel 30) is uitdrukkelijk geregeld dat er een raad van toezicht is die bestaat uit natuurlijke personen. Het besluit WZTi bepaalt dat er een orgaan is dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat. In de onderwijswetgeving is een scheiding tussen bestuur en intern toezicht voorgeschreven, alsmede de inhoud van het intern toezicht en de taken van de toezichthouder (zie bijv. 17a WPO e.v.). De WHW kent specifieke bepalingen over de instelling, samenstelling en taken van de raad van toezicht.

*- monisme*Zowel de onderwijswetgeving, zorg en volkshuisvesting sluiten het monistische bestuursmodel uit. Zie bijvoorbeeld artikel 17a WPO en artikel 24d WVO. De Pensioenwet (artikel 101a) en de Wet op het financieel toezicht (artikel 3:8) laten de keuze vrij.

- *taakvervulling*

In het onderwijs, de zorg en de Woningwet (artikel 31) is bij of krachtens de wet vastgelegd naar welke norm de bestuurders en toezichthouders zich moeten richten. In sectorale governance-codes wordt dit verder uitgewerkt, bijvoorbeeld in de regel (voor het voortgezet onderwijs) dat het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak “richt naar het belang van leerlingen en hun ouders, de belangen van de overige stakeholders, het belang van de onderwijsorganisatie en naar het belang van de samenleving.”

*- tegenstrijdig belang en aansprakelijkheid*

Artikel 22 van de Woningwet verwijst artikel 2:47 BW (tegenstrijdig belang bij de vereniging). Voorts veelal geregeld in sectorale governance-codes. Zo bepaalt de code voor het voortgezet onderwijs dat er een meldplicht is en dat het interne toezicht beslist of sprake is van een tegenstrijdig belang en hoe daarmee wordt omgegaan, en maakt hiervan melding in het jaarverslag. Volgens de zorgbrede governancecode 2010 moeten besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van leden van de Raad van Toezicht spelen die van materiele betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende toezichthouders worden goedgekeurd door de Raad van Toezicht. In het hoger onderwijs zijn bestuurders persoonlijk aansprakelijk jegens de instelling voor schade ten gevolge van uitgaven die in strijd met de wet zijn (2.9 WHW). In artikel 31 van de Woningwet en 104 Pensioenwet is bepaald dat toezichthouders overeenkomstig artikel 2:9 BW aansprakelijk zijn. Via schakelbepalingen geldt de NV/BV-regeling voor aansprakelijkheid van het bestuur bij faillissement tevens voor de commerciële vereniging en stichting, coöperatie en de waarborgmaatschappij. Aannemelijk is dat hieronder alle zorginstellingen, toegelaten instellingen en financiële instellingen vallen. Voor scholen ligt dit waarschijnlijk anders.

*- ontslag*

Artikel 33 van de Woningwet geeft de Ondernemingskamer de bevoegdheid een commissaris te ontslaan wegens verwaarlozing van zijn taak, conform de regeling van het wetsvoorstel. Daarnaast is er de bevoegdheid om in bepaalde gevallen een bestuurlijke sanctie op te leggen. In de Onderwijswetgeving kan de Minister via de figuur van de aanwijzing materieel een bestuurder of toezichthouder tot opstappen dwingen.

1. Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2 (aanleiding voor het wetsvoorstel). [↑](#footnote-ref-1)
2. Toelichting, algemeen deel, paragraaf 5 (consultatie) en considerans van het wetsvoorstel. [↑](#footnote-ref-2)
3. Handelingen I 2010/11, nr. 28-4-26. [↑](#footnote-ref-3)
4. Zie bijvoorbeeld de reactie van Loyens & Loeff N.V. van 6 mei 2014, blz. 6-8. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artikel 2:10. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artikel 2:394. [↑](#footnote-ref-6)
7. Zie artikel 2:9c lid 2 en artikel 2:11c. [↑](#footnote-ref-7)
8. Artikel 2:9c, lid 1 en 2:11c. [↑](#footnote-ref-8)
9. Het voorgestelde artikel 2:11b BW. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikel 11, eerste lid. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artikel 2:9a, lid 1; zie ook artikel 2:129a lid 1 en artikel 2:239a lid 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Artikel 2:57, artikel 2:140 en artikel 2:250. [↑](#footnote-ref-12)
13. Voor 1988 stond in artikel 2:47 dat de vereniging een raad van commissarissen kon instellen. Deze grondslag is verdwenen, maar in de artikelen 47, 48 en 49 figureert nog steeds de commissaris. [↑](#footnote-ref-13)
14. Vertegenwoordigingsregel. [↑](#footnote-ref-14)
15. Vertegenwoordigingsregel. [↑](#footnote-ref-15)
16. Artikel 2:297a en 2:297b die uitgaan van een maximaal aantal nevenfuncties bij grote stichtingen, gaan uit van het bestaan van commissarissen. [↑](#footnote-ref-16)
17. Vertegenwoordigingsregel. [↑](#footnote-ref-17)
18. Vertegenwoordigingsregel. [↑](#footnote-ref-18)
19. Sinds 1-1-2013. [↑](#footnote-ref-19)
20. Sinds 1-1-2-13 besluitvormingsregel. [↑](#footnote-ref-20)