

**Reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland
op het voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen
6 mei 2014**

VNO-NCW en MKB-Nederland maken graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op het voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht van rechtspersonen.

Het voorontwerp beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren. Het voorziet in een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen en harmoniseert het aansprakelijkheidsregime met dat van NV's en BV's. Bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen moeten zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de rechtspersoon en de met die rechtspersoon verbonden organisatie en kunnen aansprakelijk zijn voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling. Tevens uniformeert het voorontwerp de regels voor het bestuur en toezicht van alle rechtspersonen.

VNO-NCW en MKB-Nederland onderschrijven het belang van goed bestuur en toezicht. Daar waar verenigingen en stichtingen materieel in hun bedrijfsvoering vergelijkbaar zijn met ondernemingen in de vorm van NV's en BV's dienen ook bestuur en toezicht op een vergelijkbaar niveau te zijn en voor zover nodig te worden geprofessionaliseerd, zoals die professionaliseringsslag ook bij NV's en BV's heeft plaatsgevonden. Zij menen dat de praktijk gebaat is bij de voorgestelde wettelijke vastlegging van de mogelijkheid bij verenigingen en stichtingen een raad van toezicht in te stellen.

Voor wat betreft de semipublieke sector menen VNO-NCW en MKB-Nederland dat de voorgestelde harmonisering van de aansprakelijkheidsregels voor verenigingen en stichtingen met die voor NV's en BV's prematuur is. De harmonisering heeft tot doel in de wet de taak van bestuur en toezichthouders vast te leggen zodat zij bij onbehoorlijke taakvervulling makkelijker aansprakelijk kunnen worden gesteld. In enquêteprocedures bij NV's en BV's is gebleken dat wanbeleid en dus aansprakelijkheid soms (te) snel wordt aangenomen. Het is daarom des te meer van belang dat duidelijk is wat precies de taken en verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders zijn. In de semipublieke sector zijn die echter nog onvoldoende uitgekristalliseerd. Zij zijn niet één op één vergelijkbaar met taken en verantwoordelijkheden van bestuur en toezichthouders bij NV's en BV's vanwege het eigen karakter van de semipublieke sector. Verwezen wordt naar de conclusies in het rapport van de Commissie Halsema¹¹ die er op heeft aangedrongen dat die taken en verantwoordelijkheden nauwkeuriger worden omschreven en dat de weeffouten in de semipublieke sector worden hersteld. Nu daarvan nog geen sprake is, zijn bestuurders en toezichthouders daarvan de dupe doordat zij op grond van de nieuwe regelgeving wel eerder aansprakelijk gesteld kunnen worden uit hoofde van wanbeleid, maar onduidelijk is wanneer daarvan sprake is of kan zijn. VNO-NCW en MKB-Nederland bepleiten daarom om eerst de fundamenten van de semipublieke sector stevig te verankeren door middel van sectorale wetgeving en gedragscodes waarin taken en verantwoordelijkheden duidelijk worden vastgelegd. Op

¹¹ Een lastig gesprek, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013

sectorniveau zijn inmiddels diverse wetsvoorstellen in behandeling of in voorbereiding² en ook de gedragscodes in de diverse sectoren worden aangescherpt. Nadat op die manier een goede basis is verzekerd, dient te worden gezien of en zo ja in welke mate behoefte is aan de thans voorgestelde harmonisering, waarbij dan tevens de verschillen tussen private en niet private organisaties in het oog moeten worden gehouden.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat in het voorontwerp ten onrechte geen rekening wordt gehouden met het uiteenlopende karakter van de diverse verenigingen en stichtingen. Het voorontwerp zou niet van toepassing dienen te zijn op niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Voor die verenigingen en stichtingen volstaat het huidige - lichtere - regime. Bestuur en toezicht vinden daar veelal plaats door onbezoldigde vrijwilligers. De voorgestelde uniformering zal averechts effecten hebben en het vinden van vrijwilligers bemoeilijken. Dat wordt nog versterkt door de combinatie met de onlangs ingevoerde maximering van het aantal commissariaten. Die effecten zijn ongewenst in een tijd waarin juist steeds meer inzet van vrijwilligers wordt gevraagd.

Met betrekking tot de uniformering van de regels voor het bestuur en toezicht van alle rechtspersonen menen VNO-NCW en MKB-Nederland dat het bedrijfsleven niet belast moet worden met een veelheid aan nieuwe regels voor onderwerpen die pas net uitvoerig aan de orde zijn geweest in de met ingang van 1 januari 2013 in werking getreden Wet bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen. Het voorontwerp past bepalingen aan die pas sinds die datum van kracht zijn en bovendien leidt de voorgestelde tekst tot onnodige juridisering. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat dit ongewenst is. De praktijk moet de gelegenheid krijgen zich nieuwe wetgeving eigen te maken en moet er op kunnen vertrouwen dat nieuwe wetgeving een langere “houdbaarheidsdatum” heeft dan nu het geval lijkt te zijn. In de woorden van de Raad van State in haar jaarverslag over 2013: “anders dreigen deze bepalingen het karakter te krijgen van een wegwerpartikel, terwijl burgers, bedrijven, instellingen en overheden nu juist op de wet moeten kunnen rekenen. De regering moet volgens de Raad van State terughoudend omgaan met het creëren van nieuwe regels en bevoegdheden. Aannemelijk moet worden gemaakt dat een bestaande regeling een leemte of een gebrek vertoont.”³ Bij de behandeling van het wetsvoorstel bestuur en toezicht heeft de Minister van Veiligheid en Justitie bovendien toegezegd het hele wetsvoorstel na een termijn van 3 jaar te evalueren⁴, dus uiterlijk 1 januari 2016. Het voorontwerp is ook om die reden prematuur en zou in ieder geval deze evaluatie dienen af te wachten.

Ten slotte maken VNO-NCW en MKB-Nederland bezwaar tegen het vervangen van de regeling in het BW voor hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement door een regeling in de Faillissementswet. Dat heeft een ongewenste aantasting van de bescherming van de rechtspositie van bestuurders tot gevolg.

Onverlet bovenstaande opmerkingen geven VNO-NCW en MKB-Nederland in de bijlage nader commentaar op de in het voorontwerp voorgestelde regeling.

² Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 12 november 2013

³ Jaarverslag Raad van State 2013, pagina 43 e.v.

⁴ 31 763 EK plenair 24 mei 2011 Handelingen I 2010-2011, nr. 28 - pagina 27

Bijlage bij Reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland op het voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen 6 mei 2014

Artikelgewijs commentaar

Algemeen

De aanleiding voor het voorontwerp wordt mede gevormd door breed beargumenteerde aanbevelingen van de Commissie Halsema⁵ voor verbeteringen in het functioneren en bestuur van de semipublieke sector.

Het voorontwerp gaat echter veel verder dan de Commissie, die (slechts) aanbeveelt voor verenigingen en stichtingen een taakomschrijving op te nemen voor de interne toezichthouder (..) die vergelijkbaar is met die voor vennootschappen.' Daarnaast beveelt zij aan om *in zelfregulerende codes* voor de semipublieke sector en instellingen onder meer regels op te nemen om benoemingen meer inzichtelijk te maken en voor de handelwijze ingeval van belangenverstrengeling. Ten aanzien van een tegenstrijdig belang regeling beveelt de Commissie aan die op te nemen en uit te werken in gedragscodes.⁶ VNO-NCW en MKB-Nederland hebben een aantal die met name betrekking hebben op:

- het feit dat onmiddellijk voor wetgeving is gekozen zonder eerst het fundament voor de semipublieke sector door middel van sectorale wetgeving en gedragscodes te versterken. De beoogde verbetering van toezicht kan daarin specifiek als voorwaarde wordt gesteld voor de specifiek aan te wijzen instellingen in de semipublieke sector, al of niet als onderdeel van of in aansluiting op specifieke regelingen waaraan door de onderscheiden ministeries reeds wordt gewerkt; die benadering zou dan ook in staat moeten stellen om in overleg tussen de betrokken departementen en onderscheiden organisaties in de semipublieke sector te komen tot een grondige analyse van de vraag welke problemen precies om een oplossing vragen en welke middelen daartoe, al dan niet per sector, toereikend en doeltreffend zijn⁷ en of en zo ja welke wettelijke maatregelen daarnaast nog nodig zouden zijn;
- de verbreding van de voorstellen tot *alle* organisaties in de vorm van een vereniging of stichting, ongeacht of zij werkzaam zijn in de publieke, semipublieke, non profit sector, een levensbeschouwelijke doelstelling nastreven of een onderneming drijven;
- de wijziging van nog zeer recent gewijzigde regels omtrent verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders en de verbreding tot alle rechtspersonen;
- de nog verder gaande loskoppeling door de regeling van aansprakelijkheid van bestuurders en medebeleidsbepalers in faillissement los te maken van de samenhang met de algemene regeling van artikel 9 Boek 2 en haar met verwijzing naar haar karakter van een bijzondere vorm van onrechtmatige daad (niet dus 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' van de onderneming) te verplaatsen naar de Faillissementswet;

⁵ Een lastig gesprek, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013

⁶ Een lastig gesprek, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013, resp. aanbeveling 4 (pagina 24) en 5 (pagina 25).

⁷ Ook uit de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 12 november 2013 blijkt niet dat een dergelijk analyse is uitgevoerd.

Artikel 9

Lid 1

Algemeen

De eerste volzin van dit artikel luidt thans: Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Het voorontwerp voegt daaraan toe : “en [dient?] zich daarbij te richten naar het belang van de *rechtspersoon* en de met hem verbonden *organisatie*.” De regeling geldt voor alle rechtspersonen: NV’s, BV’s verenigingen en stichtingen ongeacht hun grootte.

Dit nieuwe eerste lid vervangt de voor NV’s en BV’s geldende artikelen 2:129 lid 5 en 2:239 lid 5 BW die pas sinds 1 januari 2013 in werking zijn (als resultante van het vorige wetsvoorstel bestuur en toezicht). De voorgestelde tekst wijkt op de twee gecursiveerde plaatsen af van die in de te schrappen artikelen. “rechtspersoon” treedt in plaats van “vennootschap” en “organisatie” in plaats van “onderneming”. Volgens de Memorie van Toelichting⁸ wordt daarmee geen inhoudelijke wijziging beoogt, maar wordt aangesloten bij de formulering van artikel 2:8 lid 1 BW dat bepaalt dat “een rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn *organisatie* zijn betrokken zich als zodanig jegens elkaar gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat er geen enkele reden is de artikelen 2:129 lid 5 en 2:239 lid 5 zo kort na hun invoering te schrappen en te vervangen door het nu voorgestelde artikel 9 lid 1, terwijl hun betekenis en werking in de praktijk niet zijn onderzocht en er in de praktijk nog weinig ervaring mee is opgedaan. Zij memoreren dat de Minister van Veiligheid en Justitie bij de behandeling van het wetsvoorstel waarbij genoemde artikellieden werden ingevoerd heeft aangekondigd dat het wetsvoorstel na 3 jaar, dus uiterlijk 1 januari 2016 zal worden geëvalueerd. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat die evaluatie in ieder geval dient te worden afgewacht voordat de betreffende artikelen worden gewijzigd.

Effecten voor NV’s en BV’s

Bij de vervanging van het woord “onderneming” door “organisatie” gaat het om het toetsingskader dat bestuur en raad van commissarissen bij hun taakvervulling in acht moeten nemen: zij hebben zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (artikelen 2:129/239 en 2:140/250 BW).

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat deze vervanging voor NV’s en BV’s wel degelijk een inhoudelijke wijziging is. De toelichtende opmerking dat hiermee geen wijziging is beoogd, is geforceerd en schept geen duidelijkheid maar verwarring. De termen “onderneming” en “organisatie” zijn allerminst synoniem, congruent of vergelijkbaar: een onderneming is ontegenzeggelijk meer dan de organisatie met behulp waarvan zij wordt gedreven. Bij kapitaalvennootschappen als NV’s en BV’s betekent “onderneming” het in concurrentie met anderen op de markt actief zijn met het oogmerk om materiële voordelen te behalen ten behoeve van aandeelhouders als verschaffers van risicodragend kapitaal. Bij vervanging van “onderneming” door “organisatie” valt juist dat laatste aspect buiten het kader dat bestuur en commissarissen dienen te hanteren bij het vorm en inhoud geven aan het

⁸ pagina 3

ondernemen, respectievelijk het toezicht houden daarop. Daarmee worden NV en BV als *ondernemingsvormen* gedenatureerd.

De verwijzing naar de in artikel 2:8 BW gebruikte term "organisatie" maakt het bovenstaande niet anders. In die bepaling gaat het uitsluitend om de interne verhoudingen tussen al degenen die "krachtens wet en statuten" bij de organisatie van de *rechtspersoon* zijn betrokken en niet ook om "externen", zoals individuele werknemers, crediteuren etc. Gezien de relatief beperkte reikwijdte van deze bepaling kan deze dus niet het manco verhelpen dat ontstaat door de vervanging van "onderneming" door "organisatie".

De uitbreiding die de Memorie van Toelichting⁹ poogt te geven aan de reikwijdte van artikel 2:8 BW (door ook werknemers en crediteuren als "betrokkenen" aan te merken), vindt geen steun in deze bepaling: voor die betrokkenheid ontbreekt de vereiste wettelijke en statutaire grondslag. Werknemers, crediteuren en andere "externen" zijn niet "krachtens wet en statuten" bij de organisatie van de rechtspersoon betrokken. Hun betrokkenheid is gebaseerd op de tussen hen en de rechtspersoon bestaande overeenkomst. De redelijkheid en billijkheid die door en tegenover hen in acht genomen moet worden is die van artikel 6:2 BW en niet die van artikel 2:8 BW. Zij staan in een mede door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot de rechtspersoon; een dergelijke rechtsverhouding tot individuele andere bij de rechtspersoon betrokkenen ontbreekt. De verhoudingen tussen individuele bij de rechtspersoon betrokkenen over en weer zijn gewoonlijk ook te anoniem om - in concurrentie met de eisen van maatschappelijke zorgvuldigheid van artikel 6:162 lid 2 BW - een zinvolle invulling aan de eisen van redelijkheid en billijkheid te kunnen geven. VNO-NCW en MKB-Nederland verwerpen dan ook met kracht de in Memorie van Toelichting gegeven uitleg van artikel 2:8 BW.

Concluderend lijkt het voorontwerp het onderscheid tussen kapitaalvennootschappen als de NV en de BV enerzijds en andere rechtsvormen zonder verschaffers risicodragend kapitaal geheel los te laten. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat dit ongewenst is en dat de schrapping van art. 2:129/239 lid 5 en vervanging door het nieuwe art. 2:9 lid 1 voor NV en BV wel degelijk een ingrijpende, ongewenste en ook onduidelijke inhoudelijke wijziging tot gevolg heeft. Dit wordt niet gerechtvaardigd door het beperkte doel van passende maatregelen voor de semipublieke sector.

Effecten voor de semipublieke sector

Voor de *semipublieke sector* is de regeling prematuur. VNO-NCW en MKB-Nederland memoreren dat de Commissie Halsema vooral aan heeft gedrongen op duidelijke formulering van de publieke taken en belangen waarmee de semipublieke sector moet werken. Het voorgestelde artikel 2:9 lid 1 BW vertroebelt dat. De behartiging van 'publieke belangen' door instellingen in de semipublieke sector moet blijken uit en berusten op wet- en regelgeving die daarop is gericht en daartoe ook controle-instrumenten schept. De Memorie van Toelichting¹⁰ lijkt te suggereren dat in die gevallen de voorgestelde open formule daartoe het fundament zou bieden. Immers volgens die toelichting beoogt de voorgestelde formulering uit te drukken dat ook voor rechtspersonen die geen onderneming drijven sprake kan zijn van een samenstel van belangen die samen het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie vormen (leden, schuldeisers en werknemers). De bestuurder dient

⁹ pagina 9, overgaand naar pagina 10)

¹⁰ pagina 3

bij de vervulling van zijn taak deze belangen in acht te nemen. Als hij daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden is het naar het oordeel van VNO-NCW en MKB-Nederland wel zaak dat de betrokken wet- en regelgeving specifiek en duidelijk aangeven waarvoor hij in dit opzicht verantwoordelijk en aansprakelijk is. Dat is in het voorontwerp niet het geval. VNO-NCW en MKB-Nederland bepleiten daarom om eerst de fundamenteën van de semipublieke sector stevig te verankeren door middel van sectorale wetgeving en gedragscodes waarin taken en verantwoordelijkheden duidelijk worden vastgelegd. Op sector niveau zijn inmiddels diverse wetsvoorstellen in behandeling of in voorbereiding¹¹ en ook de gedragscodes op de diverse sectoren worden aangescherpt. Na verzekering van een goede basis kan vervolgens worden bezien of en zo ja in welke mate behoefte is aan harmonisering zoals voorgesteld in het voorontwerp.

Effecten voor niet commerciële verenigingen en stichtingen

De regeling beperkt zich niet tot verenigingen en stichting in de semipublieke sector maar geldt voor alle verenigingen en stichtingen. Daarmee komen ook de tot op heden verschillende regelingen voor commerciële en niet commerciële verenigingen en stichtingen te vervallen. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat daar geen reden toe is en dat de voorgestelde regeling te ver gaat. Voor niet-commerciële verenigingen en stichtingen volstaat het huidige - lichtere- regime.

Zij menen dat deze uniformering averechtse effecten zal hebben. Het zal het vinden van vrijwilligers voor bestuursfuncties en toezichthoudende functies bemoeilijken en mogelijke kandidaten voor het vervullen van bestuursfuncties ontmoedigen. Dat past slecht in een tijd waarin het belang van voldoende vrijwilligers alleen maar groter wordt en ook door het kabinet wordt benadrukt.

Lid 3 (nieuw)

Dit artikellid schrijft voor *alle* rechtspersonen - en dus ook voor alle verenigingen en stichtingen - een tegenstrijdig belangregeling voor bestuurders voor. Dat is in afwijking van het advies van de Commissie en wordt door de Memorie van Toelichting¹² niet overtuigend gemotiveerd. De Commissie beval aan voor de semipublieke sector een tegenstrijdig belangregeling op te nemen in een code voor de semipublieke sector respectievelijk voor afzonderlijke in die sector werkzame instellingen. De Memorie van Toelichting verwijst daar ook naar: 'In sectorale wetgeving wordt wel voorgeschreven dat in die sectoren werkzame rechtspersonen governance codes waarin een besluitvormingsregeling is opgenomen verplicht moeten naleven.' Vervolgens wordt opgemerkt: 'Van een in Boek 2 BW opgenomen en daarmee algemeen geldend wettelijk verbod tot deelnemen aan de beraadslaging en de besluitvorming in geval van tegenstrijdig belang is ten aanzien van de vereniging en de stichting echter nog geen sprake. Thans wordt *daarom* voorgesteld de besluitvormingsregeling te doen gelden voor alle rechtspersonen en aldus ook voor verenigingen en stichtingen. Dit is in lijn met het eerdergenoemde advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur.'

Dat laatste lijkt, gezien aanbeveling 4.3.1 onder 5 van de Commissie, op een vergissing te berusten. De Commissie adviseerde juist om een tegenstrijdigbelangregeling in een

¹¹ Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie van 12 november 2013

¹² pagina 5

code/codes op te nemen. VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat er geen noodzaak is om de tegenstrijdig belangregeling die pas onlangs voor BV en NV is herzien, ook voor alle andere rechtspersonen te laten gelden zonder rekening te houden met de grote pluriformiteit van verenigingen en stichtingen en hun doelstellingen.

VNO-NCW en MKB-Nederland verzoeken bijzondere aandacht te besteden aan de samenloop van deze bepaling met bijzondere wetten waarin doelbewust de opname van belanghebbenden in het bestuur van de rechtspersoon wordt voorgeschreven of aangemoedigd (bijv. artikel 100 leden 2 en 3 Pensioenwet). In dergelijke gevallen heeft de nu voorgestelde regeling tot gevolg dat het gehele of een belangrijk deel van het bestuur regelmatig "conflicted" zal zijn en niet aan de besluitvorming zal kunnen deelnemen. Daardoor zou het door de wetgever beoogde machts evenwicht binnen het bestuur kunnen worden verstoord en/of de slagvaardigheid van het bestuur kunnen worden aangetast.

Artikel 9a

Dit nieuwe artikel voert een uniforme regeling in ten aanzien van de behoorlijke taakvervulling door leden van het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen, de norm die zij bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen, hun aansprakelijkheid en een regeling voor gevallen waarin leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang hebben.

Om gelijklopende redenen als bij het vorige artikel valt niet in te zien dat voor elk toezichthoudend orgaan van *alle* rechtspersonen, ook buiten de semipublieke sector en ongeacht hun doelstelling, organisatie en activiteiten, dwingend de hier voorgestelde regels zouden dienen te gelden. Daarbij komt dat grote onzekerheid zal kunnen ontstaan omtrent de vraag of een gremium (orgaan) ook daadwerkelijk naar de bedoeling van de oprichter(s) een toezichthoudend karakter heeft. In de zeer brede non profit praktijk worden door verenigingen en stichtingen allerhande gremia gevormd, zoals 'adviesraden', committee's van advies, seniorenberaad, patiënten- of cliëntenraden, kas- en andere financiële commissies en zo meer. De redenen om die in te stellen kunnen sterk verschillen. Soms gaat het om een klankbordfunctie, inwinnen van advies van personen die veel kennis en ervaring hebben met de werkzaamheden van de instelling, het zoeken naar vormen van participatie en representatie om de betrokkenheid van leden of andere belanghebbenden te versterken en een andere keer staat financiële controle voorop. Er is geen enkele reden om die bestaande praktijk en de vrijheid om naar behoefte zulke gremia in te stellen op enigerlei wijze in te perken. De voorgestelde tekst brengt een onnodige juridisering mee.

Artikel 47 en 47a

De voorgestelde artikelen geven een uitdrukkelijke wettelijke grondslag aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een vereniging en regelen de taak, bevoegdheden en de benoeming van de leden ervan.

Ook hier zou duidelijk onderscheid dienen te worden gemaakt naar gelang het soort vereniging en zou voor de semipublieke sector eerst de weg van gerichte sector wet- en regelgeving moeten worden gevolgd.

Schrapping artikelen 57 en 57a

Deze artikelen regelen de instelling en benoeming van een raad van commissarissen bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Zij worden geschrapt en in plaats daarvan worden de voorgestelde artikelen 47, 47a en 9a van toepassing.

Onduidelijk is waarom voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen niet met de bestaande regeling in de artikelen 57 en 57a kan worden volstaan.

Schrapping artikelen 129 lid 5 en 6, 239 lid 5 en 6 en wijziging artikelen 140 en 250

Op de hiervoor bij het commentaar op artikel 9 vermelde redenen zijn VNO-NCW en MKB-Nederland van oordeel dat de bestaande artikelen dienen te worden gehandhaafd.

Vervanging van artikelen 138 en 248 door artikel 106a Faillissementswet

De artikelen 138 en 248 bevatten de regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders van NV's en BV's voor het tekort in de boedel in geval van kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van faillissement. De regeling is van overeenkomstige toepassing voor verenigingen en stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn (artt 2:50a resp 2:300a BW).

Voorgesteld wordt de artikelen 2:138 BW en 2:248 BW te vervangen door een nieuw artikel 106a Faillissementswet van gelijke inhoud omdat het onderwerp daar volgens de Memorie van Toelichting van uit wetssystematisch oogpunt meer thuishoort. Volgens de Memorie van Toelichting¹³ verandert er inhoudelijk niets voor de NV's, BV's verenigingen en stichtingen die onder de reikwijdte van de artikelen 138 en 248 vielen omdat het voorgestelde artikel 106a Faillissementswet een kopie is van de bestaande regeling onder toevoeging van een nieuw lid 11 dat deze regels voor aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement uitbreidt tot leden van toezichthoudend organen (zie daarover het commentaar bij lid 11 hieronder).

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat er naast de uitbreiding van de regeling tot leden van toezichthoudende organen wel degelijk iets verandert in de regeling en wel door de verplaatsing naar de Faillissementswet in combinatie met wat daarover in de Memorie van Toelichting wordt gezegd. De grondslag voor mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders van artikel 9 ('onbehoorlijk bestuur') is thans ook het uitgangspunt ingeval van faillissement in de artikelen 138/248. De aansprakelijkheid ingeval van faillissement ligt (aldus de Memorie van Toelichting destijds) in het verlengde van de "gewone" bestuurdersaansprakelijkheid. Het werd gezien als een vordering in het kader van de interne aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap. Daarom werd die aansprakelijkheid voor het tekort in de boedel ook opgenomen in boek 2 BW en niet in de Faillissementswet. In geval van faillissement is die aansprakelijkheid echter wel jegens de boedel verzwaard. Er moet sprake zijn van 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' en er is dan de aanvullende eis dat dit een 'belangrijke oorzaak is van het faillissement' (138/248 lid 1). (Kennelijk) onbehoorlijk bestuur blijft dus de grondslag voor aansprakelijkheid. Een aangesproken bestuurder van een NV of BV kan dan ook betwisten dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur alsook dat dit een belangrijke reden is van het faillissement. Het voorontwerp laat dat uitgangspunt los en gaat er blijkens de Memorie van Toelichting van uit dat het gaat om een aansprakelijkheid van de bestuurder niet jegens de gefailleerde vennootschap maar jegens de boedel: de bestuurder heeft de gezamenlijke schuldeisers van de

¹³ pagina 38

vennootschap benadeeld en dus jegens hen een onrechtmatige daad gepleegd¹⁴. Om die reden wordt de regeling naar de Faillissementswet verplaatst. Door alle gevallen te brengen onder het algemene begrip van een *onrechtmatige daad* jegens de gezamenlijke schuldeisers wordt echter de bescherming van de rechtspositie van een aangesproken NV/BV-bestuurder losgelaten. De huidige samenhang tussen ‘onbehoorlijk bestuur’ in artikel 9 en ‘kennelijk onbehoorlijk bestuur’ in de artikelen 138/248 wordt op die manier losgelaten en daarmee ook de mogelijkheid van de bestuurder om te betwisten dat sprake is van onbehoorlijk bestuur. Daarvoor ontbreekt elke noodzaak, terwijl het de bescherming van bestuurders verder aantast en bovendien gevreesd moet worden dat het veel nieuwe twijfels oproept en onzekerheid veroorzaakt.

Artikel 106a lid 11 Faillissementswet

Zonder enige inhoudelijke toelichting wordt voorgesteld de bijzondere faillissementsaansprakelijkheid van bestuurders voor *alle rechtspersonen* uit te breiden tot ‘leden van het toezichthoudende orgaan’. Volstaan wordt met een verwijzing naar een brief van de Minister van Veiligheid en Justitie uit november 2013 en de aanbevelingen van de Commissie Behoorlijk Bestuur¹⁵. Die verwijzing is bovendien niet duidelijk. De brief van de Minister lijkt alleen te zien op de mogelijkheid van regres van de overheid voor aan de curator verstrekte financiering¹⁶, terwijl het hier gaat om het uitbreiden van de faillissementsaansprakelijkheid tot leden van toezichthoudende organen. In aansluiting op het commentaar bij de voorstellen voor de artikelen 9 en 9a gaat dit voorstel nog veel verder. Ook voor de BV en NV is dit nieuw. VNO-NCW en MKB-Nederland maken ook hiertegen ernstig bezwaar. Dit zeer vergaande voorstel heeft met de beoogde maatregelen voor de semipublieke sector weinig of niets meer van doen.

Artikelen 286 lid 4, 292a, 292b, 298: algemene opmerkingen

In aansluiting op haar algemene commentaar aan het begin van dit commentaar merken VNO-NCW en MKB-Nederland het volgende op. De voorgestelde wijzigingen behelzen in samenhang gezien een brede herziening van het gehele stichtingenrecht, waarvan de reikwijdte die van de semipublieke sector zeer ver overschrijdt. Opnieuw geeft de toelichting geen inzicht in de noodzaak, het nut en evenmin in de te verwachten impact van de voorstellen op alle in de praktijk gebruikte en voorkomende vormen van stichtingen, waarin door de stichter vermogen wordt afgezonderd en bestemd tot het in de statuten opgenomen doel. Zoals reeds opgemerkt in het commentaar op artikel 9a wordt ook voor stichtingen in de praktijk gebruik gemaakt van een variëteit van gremia met adviserende, vertegenwoordigende, controlerende en adviserende gremia. Er is geen nut of noodzaak het gebruik daarvan te belemmeren en onzekerheid te scheppen over de status van thans gebruikte gremia.

Ook voor het gebruik van stichtingen in de semipublieke sector geldt dat daarvoor eerst in specifieke wet- en regelgeving voor de onderscheiden sectoren op maat gesneden regels dienen te worden vastgesteld. Indien de overheid respectievelijk de verantwoordelijke

¹⁴ Memorie van Toelichting pagina 37 en de daar geciteerde passage uit een conclusie van de A-G De Vries-Lentsch)

¹⁵ Memorie van Toelichting pagina 38

¹⁶ TK 33 750 VI, 31, pagina 6

ministeries van oordeel zijn dat aan verlening van vergunningen en verstrekking van middelen voor onderscheiden organisaties in de semipublieke sector voorwaarden dienen te worden verbonden omtrent hun governance dan ligt het in de rede om de vorm en doeltreffendheid daarvan te onderzoeken en vast te stellen in overleg met de betrokken sectoren.

Artikel 291 lid 3

In dit nieuw toegevoegde lid is bepaald dat indien bij een stichting sprake is van een tegenstrijdig belang van alle bestuurders en een toezichthoudend orgaan (dat in hun plaats zou kunnen besluiten) ontbreekt, het bestuur toch bevoegd is te besluiten, mits zij de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastleggen. Deze ‘documentatieplicht’ is in de praktijk ineffectief, onnodig juridiserend, maar ook onduidelijk en verwarrend. Doorslaggevend voor een stichting is immers het *doel* waartoe de stichter vermogen afzondert en met het oog waarop hij de organisatie van de stichting in de statuten vorm geeft. De stichting heeft niet een ‘eigen belang’ dat losstaat van die in de statuten opgenomen doelstelling.

Artikel 292a/292b/293

Artikel 292a geeft een wettelijke grondslag aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij een stichting. Het geeft een dwingendrechtelijk model voor alle stichtingen. Dat werkt afschrikwekkend bij het vinden van kandidaten voor de vervulling van taken in de hiervoor bedoelde gremia. Het vergroot andermaal de kans dat een sector die juist behoefte heeft aan kennis en ervaring daarvan verstoken zal blijven

Artikel 298

Dit artikel omvat een wijziging van de criteria op grond waarvan bestuurders van een stichting door de rechtbank kunnen worden ontslagen. Ontslag wordt onder andere mogelijk als de bestuurder het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt dat hij niet langer als bestuurder kan worden geduld.

VNO-NCW en MKB-Nederland menen dat juist bij niet - commerciële stichtingen een dergelijke bepaling niet passend is. Bij dergelijke stichtingen gaat het vaak om een door de oprichter afgezonderd vermogen dat voor een bepaald, vaak heel specifiek omschreven, doel moet worden aangewend. Bestuurders moeten zich naar eer en geweten inzetten voor het beheer en aanwending van dat vermogen. De huidige ontslaggrond brengt dat duidelijk tot uitdrukking: ontslaggrond is iets doen of nalaten in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten (lees: de doelomschrijving van de stichting). De thans voorgestelde tekst behandelt alle stichtingen als een kapitaalvennootschap, wat zij niet zijn. Dat een aantal stichtingen wellicht een zekere gelijkenis kan vertonen met een kapitaalvennootschap met een onderneming rechtvaardigt niet dan maar alle stichtingen over een en dezelfde kam te scheren. Onduidelijk is waarom de regeling niet wordt beperkt tot stichtingen die vennootschapsbelastingplichtig zijn.

Overgangsrecht

Het voorontwerp stelt nogal laconiek vast dat er eigenlijk geen of nauwelijks problemen zijn omtrent de overgang naar het voorgestelde systeem. De voorgestelde wijzigingen zijn echter

zowel voor het bedrijfsleven dat vooral gebruik maakt van de NV en BV, maar ook, zoals hiervoor gesignaleerd, voor de non profit sector, bepaald ingrijpend. Het noopt tot een zorgvuldig beraad op de statuten, reglementen en interne gedragsregels, waarvoor niet slechts het nodige interne overleg moet worden gevoerd, maar veelal ook (kostbaar) extern advies zal moeten worden ingewonnen. Bepaald niet uitgesloten is dat de voorstellen invloed hebben op van kracht zijnde vrijwaringen en verzekeringen van bestuurdersaansprakelijkheid. Ook dat brengt extra onderzoek en kosten met zich mee.