

JBN 2015(6) 30 Bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen; anticiperen op nieuwe tegenstrijdig belangregels?

Publicatie	Juridische Berichten voor het Notariaat
Aflevering	25 afl. 6
Publicatiedatum	30 juni 2015
Auteurs	Uchelen-Schipper, M.J. van

Bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen; anticiperen op nieuwe tegenstrijdig belangregels?

Het begin 2015 verschenen Voorontwerp van de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen heeft kritische reacties ontlokt. Sommige voorstellen uit het Voorontwerp, zoals het uniformeren van de tegenstrijdig belangregeling voor alle rechtspersonen, worden echter wel door veel auteurs onderschreven.

De huidige wet kent geen tegenstrijdig belangregeling voor stichtingen en een beperkte tegenstrijdig belangregeling voor verenigingen. Laatstgenoemde regeling houdt in dat in geval van tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders of commissarissen, de algemene vergadering een of meer personen kan aanwijzen om de vereniging te vertegenwoordigen. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag in hoeverre notarissen in statuten van een vereniging of stichting nu reeds kunnen anticiperen op de voorgestelde nieuwe tegenstrijdig belangregels.

1. Inleiding

Het is al weer meer dan een jaar geleden dat het Voorontwerp van de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen ('Voorontwerp') openbaar werd gemaakt via internetconsultatie (www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen). Naar aanleiding van het consultatiedocument zijn behoorlijk wat reacties ingekomen. Op dit moment is nog niet bekend welke reacties en suggesties zullen worden verwerkt in het uiteindelijke wetsvoorstel dat naar verwachting in de loop van dit jaar zal verschijnen.

Ondanks het feit dat het wetsvoorstel er nog niet is en derhalve de parlementaire behandeling nog moet plaatsvinden, is het interessant om kort stil te staan bij enkele onderwerpen uit het Voorontwerp. De reacties op het Voorontwerp zijn op sommige punten kritisch, maar er zijn ook voorstellen die – volgens velen – voorzien in een lacune of beter aansluiten bij de regeling van bestuur en toezicht bij NV's en BV's. Zo is de kans groot dat de in het Voorontwerp opgenomen tegenstrijdig belangregeling voor stichtingen en verenigingen uiteindelijk in de wet terecht zal komen.

In dit artikel wordt het Voorontwerp kort beschreven en wordt aandacht besteed aan de vraag of en hoe notarissen nu al kunnen anticiperen op de nieuwe tegenstrijdig belangregeling.

2. Achtergrond en hoofdlijnen Voorontwerp

De achtergrond van het Voorontwerp is de veelbesproken, door de politiek wenselijk geachte, verbetering van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen (zoals woningcorporaties, zorginstellingen en scholen). Deze semipublieke instellingen hebben doorgaans de rechtsvorm van een stichting en soms van een vereniging (anders dan de naam doet vermoeden zijn woningcorporaties meestal stichtingen).

In het Voorontwerp wordt een aanzet gegeven voor aanvullende regels van bestuur en toezicht in het verenigingsrecht en het stichtingsrecht, maar wordt ook een wijziging van enkele bepalingen uit de eerste titel van Boek 2 BW voorgesteld.

Het Voorontwerp voorziet in een wettelijke grondslag voor het toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen (artikelen 2:47 en 292a BW).

Bovendien wil de wetgever, blijkens de concept Memorie van Toelichting, voor verenigingen en stichtingen op dezelfde wijze als voor NV's en BV's regelen dat:

- bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het **belang** van de rechtspersoon en de met die rechtspersoon verbonden organisatie (artikelen 2:9 en 9a lid 1 BW);
- bestuurders en toezichthouders aansprakelijk kunnen zijn voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling (artikelen 2:9 en 9a lid 2 BW);
- bestuurders en toezichthouders met een **tegenstrijdig belang** zich moeten onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming (artikelen 2:9 en 9a lid 3 BW);
- in geval van een faillissement dat in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijke taakvervulling bestuurders en toezichthouders hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn voor een tekort in de boedel, ongeacht of er sprake is van een commerciële stichting/vereniging of niet (ontwerpartikel 106a Faillissementswet).

Specifiek ten aanzien van stichtingen bevat het Voorontwerp een voorstel tot wijziging van artikel 2:298 BW. Dit artikel biedt belanghebbenden de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een bestuurder van een stichting te ontslaan. Op grond van het huidige recht kan de rechtbank hiertoe overgaan indien de bestuurder iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer. In het Voorontwerp wordt deze grond gewijzigd en kan de rechtbank de bestuurder ontslaan indien hij het **belang** van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.

3. Voornaamste kritiek

Er is met name kritiek op het feit dat de aansprakelijkheidsnorm van artikelen 2:9 en 9a BW voor bestuurders en toezichthouders van alle stichtingen en verenigingen, dus ook van kleine stichtingen en verenigingen zonder onderneming, gaat gelden. Dit houdt verband met het uniformeringstreven van de wetgever op een aantal gebieden: veel bepalingen zullen voor alle rechtspersonen, met of zonder onderneming, gelijkelijk gaan gelden. Het Voorontwerp, dat zich aanvankelijk vooral leek te richten op verbetering van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen, heeft tegelijk – vergaande – consequenties voor alle andere soorten stichtingen en verenigingen.

Daarnaast is bijvoorbeeld kritiek geuit op de hiervoor genoemde nieuwe ontslagnorm van artikel 2:298 BW. Rechtbank Amsterdam oordeelde onlangs in een zaak waarin belanghebbenden op grond van artikel 2:298 BW ontslag van de bestuurder vorderden dat zij daarbij nog niet kunnen anticiperen op de nieuwe versoepelde ontslagnorm, aangezien deze nog ter discussie staat (Rb. Amsterdam 8 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:38, r.o. 3.10).

Andere elementen uit het Voorontwerp, zoals het vastleggen van de taak van het toezichthoudend orgaan, staan – althans in de basis – niet of nauwelijks ter discussie. Ook met de voorgestelde tegenstrijdig belangregeling zijn veel auteurs het – in ieder geval op hoofdlijnen – eens. Het lijkt logisch en wenselijk om de wettelijke tegenstrijdig belangregeling voor stichtingen en verenigingen in lijn te brengen met de regeling voor NV's en BV's.

4. De wettelijke tegenstrijdig belangregeling

Het huidige Boek 2 BW kent geen tegenstrijdig belangregeling voor stichtingen. Voor verenigingen geldt op dit moment een 'vertegenwoordigingsregeling': in alle gevallen waarin de vereniging een **tegenstrijdig belang** heeft met een of meer bestuurders of commissarissen kan de algemene vergadering een of meer personen aanwijzen om de vereniging te vertegenwoordigen (artikel 2:47 BW). Tot slot bevat de huidige wet een bijzondere regeling voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (artikel 2:57 lid 4 BW; deze geldt naast artikel 2:47 BW). In het Voorontwerp vervalt de huidige 'vertegenwoordigingsregeling' voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (voor het gemak wordt hierna slechts gesproken over 'verenigingen').

Nieuwe norm: geen deelname aan besluitvorming

Voorgesteld wordt om voor alle rechtspersonen eenzelfde, intern werkende, norm op te nemen: in geval van **tegenstrijdig belang** dient een bestuurder of een lid van het toezichthoudend orgaan zich te onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming.

Bovendien is in het Voorontwerp een escalatieregeling voorgesteld:

Algemene regel

Wanneer door het **tegenstrijdig belang** van (alle) bestuurders geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door het toezichthoudend orgaan.

Verenigingen

Indien een toezichthoudend orgaan ontbreekt of alle leden van het toezichthoudend orgaan eveneens een **tegenstrijdig belang** hebben, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de wet of de statuten anders bepalen.

Stichtingen

- Indien een toezichthoudend orgaan ontbreekt, legt het bestuur de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vast, tenzij de statuten anders bepalen.

- Indien er wel een toezichthoudend orgaan is maar alle leden van het toezichthoudend orgaan eveneens een **tegenstrijdig belang** hebben, legt het toezichthoudend orgaan de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vast, tenzij de statuten anders bepalen.

5. Statutaire tegenstrijdig belangregelingen

Stichtingen

Statuten of reglementen van een stichting kunnen nu al bepalen dat een bestuurder of lid van een toezichthoudend orgaan met een **tegenstrijdig belang** zich onthoudt van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Deze besluitvormingsregeling komt niet alleen voor in het Voorontwerp maar ook in de meeste sectorale governance codes. In de praktijk komen naast besluitvormingsregelingen in statuten ook nog vertegenwoordigingsregelingen voor, maar in de literatuur bestaat al enige tijd discussie over de vraag of de statuten van een stichting – ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling – de vertegenwoordiging van het bestuur in geval van **tegenstrijdig belang** kunnen beperken. Veel auteurs stellen mijns inziens terecht dat het niet mogelijk is om het bestuur in bepaalde, niet in de wet genoemde, gevallen extern onbevoegd te maken en in zodanige gevallen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging, bijvoorbeeld, toe te kennen aan een door een toezichthoudend orgaan aangewezen persoon (zie bijvoorbeeld Quist in zijn noot bij Hof Leeuwarden 9 september 2008, «JOR» 2008/329). Een dergelijke vertegenwoordigingsregeling lijkt strijdig te zijn met de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 2:292 lid 3 BW.

In de statuten van een stichting kan bepaald worden dat een bestuurder die een **tegenstrijdig belang** heeft dit onverwijld aan zijn medebestuurders en/of (als deze er is) aan de voorzitter van de raad van toezicht meldt. Een bestuurder met een **tegenstrijdig belang** neemt vervolgens niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming over dat onderwerp.

Het probleem is dan dat, wanneer alle bestuurders (of de enig bestuurder) geconfronteerd zijn, besluitvorming niet mogelijk is. Voor stichtingen die geen raad van toezicht hebben kan om die reden (in lijn met het Voorontwerp) bepaald worden dat, als alle bestuurders geconfronteerd zijn, zij toch het besluit mogen nemen, maar dat de aan het besluit ten grondslag liggende overwegingen schriftelijk moeten worden vastgelegd.

Indien een dergelijke regeling wordt opgenomen, dient nog gelet te worden op eventuele quorum- en meerderheidsvereisten. De bepaling dat besluiten worden genomen met een bepaalde meerderheid van de uitgebrachte stemmen levert geen problemen op. Wat betreft het quorum zou bijvoorbeeld opgenomen kunnen worden dat het bestuur ter vergadering alleen geldige besluiten kan nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde bestuurders die geen **tegenstrijdig belang** hebben ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. Indien alle bestuurders een **tegenstrijdig belang** hebben, kan het bestuur ter vergadering alleen geldige besluiten nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde bestuurders ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is.

Voor stichtingen die een raad van toezicht hebben, zal de besluitvorming in het geval dat alle bestuurders geconfronteerd zijn op grond van het Voorontwerp verschuiven naar de raad van toezicht. Zolang het Voorontwerp nog geen wet is, is het echter niet aan te raden te bepalen dat

bestuursbesluiten ingeval van **tegenstrijdig belang** van alle bestuurders worden genomen door de raad van toezicht. Het is immers de vraag of zonder wettelijke basis de statuten het bestuur de bevoegdheid om besluiten te nemen over bepaalde onderwerpen kunnen ontnemen en deze bevoegdheid kunnen toebedelen aan een toezichthoudend orgaan. Wel is het mogelijk in de statuten op te nemen dat de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, zijn goedkeuring moet verlenen aan besluiten waarbij een **tegenstrijdig belang** speelt.

Verenigingen

Veel verenigingsstatuten verwijzen naar de vertegenwoordigingsregeling die is neergelegd in de huidige wettekst. Het is mogelijk om (in aanvulling hierop) in de statuten een besluitvormingsregeling op te nemen, die inhoudt dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan die een **tegenstrijdig belang** hebben zich onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Hetgeen hiervoor is opgemerkt over de escalatieregeling geldt ook voor verenigingen: in de statuten kan hierop nog niet geanticipeerd worden.

Tot slot: Omdat de kans reëel is dat de wettelijke vertegenwoordigingsregeling in de toekomst komt te vervallen, zou nu al in verenigingsstatuten (bij oprichting of bij gelegenheid van statutenwijziging) aan de tegenstrijdig belangbepaling de volgende cursieve tekst toegevoegd kunnen worden: "*Indien en zolang de wet dit bepaalt* kan de algemene vergadering in alle gevallen waarin de vereniging een **tegenstrijdig belang** heeft met een of meer bestuurders of commissarissen een of meer personen aanwijzen om de vereniging te vertegenwoordigen."

M.J. van Uchelen-Schipper

Kandidaat-notaris en professional support lawyer bij Houthoff Buruma