

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



**Advies inzake
het voorontwerp wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de
Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van
het bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de
uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle
rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), hierna: "het
Voorontwerp".**

6 mei 2014

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies inzake

het voorontwerp wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen), hierna: "het Voorontwerp".

1. Inleiding en samenvatting

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (hierna: GCV) heeft kennis genomen van het Voorontwerp Bestuur en Toezicht rechtspersonen. Het Voorontwerp biedt enerzijds een wettelijke grondslag voor het toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen en beoogt anderzijds een uniformering van de regulering voor de taakvervulling van bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen. De belangrijkste opmerkingen en vraagpunten van de GCV ten aanzien van het Voorontwerp hebben betrekking op:

- het ontbreken van een toelichting of nadere omschrijving van het toezichthoudend orgaan;
- de (te) ver doorgevoerde uniformering van de voorschriften ten aanzien van het richtsnoer voor de taakvervulling, de tegenstrijdigbelangregeling en het (externe) aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en toezichthouders;
- het ontbreken van een wettelijke grondslag voor het monistisch bestuursmodel bij verenigingen en stichtingen;
- het vervangen van het begrip "onderneming" door de term "organisatie" in de bepaling over het richtsnoer voor het handelen van bestuurders en toezichthouders van rechtspersonen die een onderneming in stand houden;
- inhoud en gevolgen van de tegenstrijdigbelangregeling;
- de (on)mogelijkheid van een interne taakverdeling voor het toezichthoudend orgaan;
- de consequenties van het (nieuwe) aansprakelijkheidsregime voor bestuurders en toezichthouders van met name verenigingen en stichtingen;
- de verruiming van de (gronden van de) ontslagregeling van bestuurders en toezichthouders van stichtingen;
- de inhoudelijke gevolgen van de introductie respectievelijk verplaatsing naar de Faillissementswet van een uniforme regeling voor de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders voor het boedeltekort.

2. Algemeen

- 2.1 In artikel 9a (nieuw) van het Voorontwerp wordt de wettelijke grondslag voor het toezichthoudend orgaan bij verenigingen (art. 47 nieuw) en stichtingen (art. 292a nieuw) geïntroduceerd. De GCV constateert dat een nadere omschrijving van het toezichthoudend orgaan ontbreekt. Volgens de toelichting gaat het hier om een neutrale term die "alle organen (omvat) 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 staat." (MvT, p. 14). Een dergelijke passage voegt echter weinig toe aan de voorgestelde wettekst. Vanwege de diversiteit van de verschillende interne organen bij met name stichtingen met uiteenlopende benamingen en functies (toezicht, controle, advies, bijstand, goedkeuring, vertegenwoordiging deelnemers, etc.) in relatie tot de wettelijke verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden van de toezichthouders, verdient het naar het oordeel van de GCV aanbeveling om in wettekst en toelichting een heldere afbakening en omschrijving van het toezichthoudend orgaan op te nemen.¹
- 2.2 De GCV onderschrijft het primaire doel van het Voorontwerp: verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigen en stichtingen door de codificatie van het raad van toezichtmodel, maar vraagt zich af of de uniforme normering van de taakvervulling van toezichthouders en bestuurders van alle rechtspersonen in dat verband niet te ver wordt doorgevoerd. In het bijzonder refereert de GCV aan het algemene richtsnoer voor het handelen van bestuurders en toezichthouders, de uniforme regeling van tegenstrijdig belang en het aansprakelijkheidsregime in geval van faillissement. Het verdient weliswaar aanbeveling dat deze regelingen inhoudelijk zoveel mogelijk gelijk zijn voor de NV, BV, vereniging en stichting, maar de uitwerking daarvan hoeft niet in de algemene bepalingen van ons rechtspersonenrecht geconcentreerd te worden indien dit tot begripsverwarring of, zoals bij de regeling van het tegenstrijdig belang die toch bij uitstek voor een eenvormige regeling in aanmerking komt, weer tot uitzonderingsbepalingen voor met name de stichting aanleiding geeft. Bovendien vormen de wezenlijke verschillen tussen de onderscheiden rechtspersonen een natuurlijke grens aan wat uniformering vermag te bereiken. Zo ligt het niet voor de hand om in titel 1 van Boek 2 BW kwesties te regelen waarbij de bevoegdheid van de algemene vergadering van vereniging, NV of BV een rol speelt (zoals benoeming, ontslag, bezoldiging en schorsing van bestuurders en toezichthouders), nu de stichting geen algemene vergadering kent. Voor de stichting moet dan weer een van titel 1 afwijkende regeling in titel 6 worden opgenomen, hetgeen systematisch weinig fraai is.
- 2.3 Het voorstel om de tegenstrijdigbelangregeling voor alle rechtspersonen in titel 1 te plaatsen legt de grenzen van de uniformeringswens bloot. Uitgangspunt is de bestaande regeling bij

¹ Hoewel het loutere gebruik van een andere term dan "toezichthoudend orgaan" nog geen heldere afbakening van dat begrip oplevert, bestaat bij de GCV een voorkeur voor een van de reeds gangbare termen "raad van toezicht" of "raad van commissarissen" boven "toezichthoudend orgaan".

NV en BV, die voorziet in een rol voor de algemene vergadering indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en er geen raad van commissarissen is dan wel indien alle bestuurders en commissarissen een tegenstrijdig belang hebben, tenzij de statuten anders bepalen. De concentratie van de tegenstrijdigbelangbepalingen voor alle rechtspersonen in titel 1 mislukt, omdat voor de stichting bij gebreke van een algemene vergadering twee artikelleden moeten worden voorgesteld "in afwijking van artikel 9 lid 3" onderscheidenlijk "in afwijking van artikel 9a lid 3" (vgl. art. 291 lid 3 en 292a lid 5 nieuw).² In lid 3 van art. 9 en 9a (nieuw) is in deze afwijking voor de stichting voorzien door de woorden "tenzij de wet of de statuten anders bepalen". De onderstreepte woorden zijn nieuw ten opzichte van de bestaande wettekst voor NV en BV. Daardoor zou de onjuiste suggestie kunnen ontstaan dat de wet ook anders bepaalt dan wel kan bepalen voor NV, BV en vereniging, maar dat is blijkens de toelichting niet beoogd.³

- 2.4 De bestaande tegenstrijdigbelangregeling voor NV en BV verwijst in lid 6 van art. 129/239 naar een persoonlijk belang "dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5". Blijkens lid 5 is dat "het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming."⁴ De wens om de bestaande tegenstrijdigbelangbepalingen voor alle rechtspersonen in art. 9/9a lid 3 te regelen bracht daarom mee dat dit richtsnoer (het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming) ook in art. 9/9a moest worden opgenomen; dat is gebeurd in lid 1. Daardoor ontstond een tweede uniformeringsprobleem, omdat vele stichtingen en verenigingen geen onderneming kennen. In het Voorontwerp wordt daarom gekozen voor een andere, als uniform bedoelde omschrijving: "het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden organisatie." De MvT, p. 9, vermeldt enerzijds dat met deze formulering wordt aangesloten bij artikel 2:8 lid 1 BW en anderzijds, p. 3, dat hiermee voor de NV en de BV geen inhoudelijke wijziging wordt beoogd. Hoewel het begrip organisatie als bedoeld in art. 8 lid 1 een andere, meer intern gerichte, inhoud heeft dan het begrip onderneming, moet blijkens de toelichting desondanks worden aangenomen dat bij NV en BV voor "organisatie" gelezen moet worden: "onderneming". Dat wil dus tevens zeggen dat "een belang dat tegenstrijdig is met het belang van de organisatie" voor NV en BV⁵ identiek is aan een belang dat tegenstrijdig is met het belang van de onderneming. Tekstueel - en vanwege de verwijzing naar art. 8 - ligt dat niet voor de hand. De apodictische toelichting dat geen inhoudelijke wijziging wordt beoogd kan daaraan vermoedelijk niet afdoen, zoals de geschiedenis van onze tegenstrijdigbelangregeling leert.⁶ Het komt de GCV voor dat het niet

² Waarbij de MvT, p. 25, evenwel toelicht dat sprake is van "een aanvulling op de tegenstrijdig belangregeling" in titel 1. Consistent met deze toelichting zou zijn om het nieuwe lid 3 van art. 291 in een iets gewijzigde redactie op te nemen als lid 4 van art. 9 en het nieuwe lid 5 van art. 292a als lid 4 van art. 9a.

³ Als alternatief kan in lid 3 van art. 9 en 9a naar lid 4 worden verwezen voor een afwijkende regeling voor de stichting; zie de vorige voetnoot. De te ruime verwijzing naar "tenzij de wet anders [bepaalt]" kan dan achterwege blijven.

⁴ In art. 140/250 lid 5 wordt naar hetzelfde belang verwezen, maar dat staat daar in lid 2.

⁵ En, naar de GCV aanneemt, ook voor andere rechtspersonen die een onderneming drijven.

⁶ Vgl. HR 22 maart 1996 (Mediasafe I), NJ 1996/568, ro. 3.3: "Hiertegenover komt onvoldoende gewicht toe aan het wetshistorisch argument dat kan worden ontleend aan de omstandigheid dat bij de totstandkoming van het nagenoeg gelijkkluidende, bij de Wet van 2 juni 1928, Stb. 216, ingevoerde art. 51 (oud) K.-de voorloper van de art. 2:146 en 256- van regeringszijde is opgemerkt dat het eerste lid van dat artikel zakelijk overeenkomt met art.

wenselijk is dat in rechtsgedingen over het - toch al weerbarstige - onderwerp tegenstrijdig belang en daarmee verband houdende aansprakelijkheidskwesties interpretatieverschillen kunnen ontstaan over de vraag of een persoonlijk belang niet (alleen) tegenstrijdig is aan het belang van de onderneming, maar (ook) aan dat van de organisatie.

2.5 De keuze om het aldus geüniformeerde richtsnoer in titel 1 op te nemen leidt tevens tot weinig consequente terminologie bij de omschrijving van de taak van en het richtsnoer voor commissarissen bij NV en BV. De taak van de raad van commissarissen bij NV en BV is het toezicht houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 140/250 lid 2, eerste volzin).⁷ Bij de *vervulling* van die taak moeten de individuele commissarissen zich echter richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie (art. 9a lid 1 nieuw). Ook het bestuur van een BV krijgt als richtsnoer het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie (art. 9 lid 1 nieuw), maar datzelfde bestuur hoeft aanwijzingen van een ander orgaan niet op te volgen indien deze "in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming" (art. 239 lid 4). Een van de weigeringsgronden voor het verlenen van een stemvolmacht aan een certificaathouder is en blijft dat uitoefening van stemrecht door de certificaathouder wezenlijk "in strijd is met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming" (art. 118 lid 2 sub c).⁸ Deze verschillen kunnen, mede gelet op de verwijzing in de MvT naar het begrip organisatie zoals dat in artikel 8 voorkomt, tot nieuwe onduidelijkheden voor met name de NV en BV aanleiding geven. Die mogelijke onduidelijkheden, interpretatieverschillen en minder fraaie wetssystematiek kunnen volgens de GCV worden weggenomen door het richtsnoer voor het handelen van bestuurders en toezichthouders en de voorschriften in verband met tegenstrijdig belang voor vereniging, stichting en NV/BV apart te (blijven) regelen, waarbij voor (het toezichthoudend orgaan van) de vereniging de regeling van NV/BV nagenoeg geheel kan worden gekopieerd, terwijl voor de stichting een meer gedifferentieerde regeling geïndiceerd is.

2.6 Bij de NV en BV staat het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming voorop. Deze uit de rechtspraak gecodificeerde bepaling heeft een breed draagvlak. Bij de stichting is dit niet vanzelfsprekend. De algemene en dwingendrechtelijke regeling met minimumeisen voor het bestuur en toezicht sluit goed aan bij professionele semi-publieke organisaties zoals onderwijs- en zorginstellingen en woningcorporaties, maar doet onvoldoende recht aan de diversiteit en flexibiliteit van stichtingsvorm en de vele andere doelstellingen waarvoor de stichting in de praktijk op uiteenlopende gebieden en in

51 e lid 1 van het van 1910 daterende wetsontwerp, welke laatste bepaling slechts betrekking had op rechtshandelingen en rechtsgedingen tussen de vennootschap en een of meer van haar bestuurders. Die opmerking was in het licht van het tekstverschil tussen art. 51 (oud) en die eerdere ontwerp-bepaling zonder nadere toelichting - welke ontbrak - onvoldoende om een van de bewoordingen afwijkende uitleg te rechtvaardigen."

⁷ Vgl. HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (ASMI), ro. 4.5.1 en 4.5.2.

⁸ Vgl. voorts "de identiteit van de vennootschap of de onderneming" (art. 2:107a, aanhef), "de aard van de onderneming" (158/268 lid 3) en "de normale uitoefening van de onderneming" (2:359b lid 1 sub b).

zeer verschillende sectoren wordt gebruikt, zoals de familiestichting, de stichting administratiekantoor, pensioenstichtingen, (goede) doelstichtingen waarbij het vermogen voor specifieke doelen wordt afgezonderd, stichtingen vanuit een kerkelijke achtergrond. De GCV krijgt de indruk dat in (de toelichting op) het voorontwerp onvoldoende rekening wordt gehouden met de eigen aard en de flexibiliteit van de stichtingsvorm. Aan een stichting hoeft niet altijd een ‘organisatie’ verbonden te zijn en ook overigens zal het louter instrumenteel of ideëel karakter van veel stichtingen niet altijd goed verenigbaar zijn met de uniforme regeling van het tegenstrijdig belang respectievelijk de (externe) aansprakelijkheid of het (te) algemeen geformuleerde richtsnoer voor het handelen van bestuurders en toezichthouders. Bestuurders en toezichthouders van stichtingen mogen op grond van de concrete statutaire doelstelling bijvoorbeeld ook specifieke deelbelangen behartigen. Gelet op het specifieke karakter van de stichting als non-corporatieve rechtsvorm die typologisch gericht is op het verwezenlijken van een veelal door de oprichters geformuleerde doelstelling, verdient het volgens de GCV dan ook aanbeveling om in de MvT met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen dat het ‘belang van de stichting’ in overwegende mate door de statutaire doelomschrijving wordt bepaald.

- 2.7 Ten aanzien van onderwerpen waar geen behoefte bestaat aan een gedifferentieerde regeling, ligt een eventuele concentratie in titel 1 van Boek 2 BW meer voor de hand. De GCV wijst op de bepaling over de informatieverstrekking door het bestuur aan het toezichthoudend orgaan, dat voor alle rechtspersonen identiek wordt geregeld op vier plaatsen in de wet: art. 47 lid 7 (nieuw), art. 141 lid 1, art. 251 lid 1 en art. 292a lid 7 (nieuw). Omdat de algemene vergadering hierbij geen rol speelt, leent deze bepaling zich overigens wel voor opname in het nieuwe art. 9a. Hetzelfde geldt voor de regeling ingevolge welke de statuten aanvullende bepalingen kunnen bevatten omtrent de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden (art. 47 lid 3, 1^o volzin en 292a (nieuw), art. 140/250 lid 3). Dat zou bovendien inscherpen dat een statutaire uitbreiding van die taak gevolgen kan hebben voor de ook in art. 9a (lid 2) geregelde aansprakelijkheid van toezichthouders. Voorts kan verwezen worden naar de regeling over het uitbrengen van meer dan één stem in het bestuur of het toezichthoudend orgaan: lid 4 van art. 47 en 292a (nieuw), art. 129 lid 2 en art. 140 lid 4 bevatten identieke regelingen.
- 2.8 Tegen de achtergrond van invoering van het monistische bestuursmodel bij de NV en BV en het recente voorontwerp waarbij ook een wettelijke grondslag voor de *one tier board* bij de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij wordt voorgesteld, bevreedt het de GCV dat een regeling van het monistisch bestuursmodel voor verenigingen en stichtingen in het Voorontwerp ontbreekt. Volgens de toelichting op het Voorontwerp (MvT, p. 3) beoogt het wetsvoorstel geen wijziging te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren met een algemeen en dagelijks bestuur bij de vereniging en stichting, maar zou in de praktijk vooralsnog niet zijn gebleken van een behoefte aan een one tier board bij deze rechtsvormen. Deze twijfelachtige stelling wordt niet nader onderbouwd en correspondeert in ieder geval niet met de constatering van de GCV dat een dergelijke one tier board met uitvoerende en
-

niet-uitvoerende bestuurders, bijvoorbeeld in het onderwijs waar veelal een organieke, functionele of organisatorische scheiding tussen bestuur en toezicht wordt voorgeschreven, maar ook in andere sectoren veelvuldig wordt gehanteerd. De GCV stelt dan ook voor om het monistisch bestuursmodel eveneens voor de vereniging en stichting van een wettelijke grondslag te voorzien.

3. Artikelsgewijs commentaar

3.1 Artikel 9/9a lid 3: de (toelichting op de) tegenstrijdigbelangregeling

Het Voorontwerp beoogt geen inhoudelijke wijziging van de tegenstrijdigbelangregeling zoals die voor NV en BV met de Wet Bestuur en Toezicht (WBT) is ingevoerd, behoudens de afwijkende regeling voor de stichting (MvT, p. 4-5 en 11 e.v.). In dit licht doet de toelichting op lid 3 van art. 9/9a (nieuw) bij de GCV een aantal vragen en opmerkingen rijzen.

- 3.1.1 Specifieker dan in de toelichting op de WBT vermeldt de toelichting op het Voorontwerp (MvT, p. 11) dat de bestuurder met een tegenstrijdig belang dit tijdig voor of in de bestuursvergadering aan zijn medebestuurders kenbaar moet maken, waarbij hij een volledig beeld zal moeten schetsen van het tegenstrijdig belang. De GCV meent dat het aanbeveling verdient om deze plicht tot openheid, ook bekend uit de jurisprudentie van de Ondernemingskamer, in de wettekst te verankeren, zoals dat ook in buitenlandse wetgeving het geval is. Bij tegenstrijdig belang is de plicht tot het betrachten van maximale openheid de belangrijkste gedragsnorm, belangrijker dan de plicht tot onthouding van de beraadslaging en de besluitvorming. Dat een dergelijke belangrijke gedragsnorm alleen in de wetsgeschiedenis is terug te vinden acht de GCV onwenselijk.

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).

De conclusie uit de slotwoorden van dit citaat moet zijn dat de bestuurder niet aansprakelijk is indien hij het tegenstrijdig belang volledig heeft gemeld, maar desondanks heeft deelgenomen aan de beraadslaging en besluitvorming. Anders gezegd: met "de bestuurder die zich niet heeft gehouden aan de tegenstrijdig belangregeling" wordt voor de vraag of hij aansprakelijk is jegens de vennootschap kennelijk bedoeld op de bestuurder die geen openheid heeft betracht, niet op de bestuurder die zich niet aan het onthoudingsvoorschrift heeft gehouden, maar wel openheid heeft betracht. Ware dit anders, dan zouden de slotwoorden van de hierboven geciteerde zin aldus hebben moeten luiden: "... dat het besluit niet of niet aldus zou zijn genomen indien de bestuurder met het tegenstrijdig belang zich had onthouden van de beraadslaging en de besluitvorming." Dit onderstreept de noodzaak van verankering van de norm van openheid in de wettekst.

- 3.1.2 De voornoemde passage (MvT, p. 12) begint met de opmerking dat de rechtspersoon de vernietiging van het besluit kan laten volgen door een actie tegen de bestuurder die de regeling heeft overtreden. Dezelfde opmerking stond in de memorie van toelichting op de WBT. In zijn beantwoording van Kamervragen heeft de minister erkend dat een aansprakelijkheidsactie ook mogelijk is zonder dat eerst het desbetreffende besluit vernietigd wordt.⁹ De GCV meent dat het aanbeveling verdient de toelichting in deze zin aan te passen.
- 3.1.3 Voor de vraag of degene die de vernietiging vordert van een besluit dat in strijd met de tegenstrijdig belangregeling tot stand is gekomen, daarbij een redelijk belang heeft, wordt in de toelichting op art. 9/9a lid 3 (nieuw) verwezen naar de Scheipar-beschikking van de Hoge Raad (MvT, p. 11-12). De uitleg die aan die uitspraak wordt gegeven wijkt enigszins af van de interpretatie die daaraan wordt gegeven bij aanpassing van de ontslagvoorziening van art. 298 (MvT, p. 33) in verband met de vraag wie als belanghebbende heeft te gelden bij een verzoek aan de rechter om een bestuurder of toezichthouder van een stichting te ontslaan; het gaat dus om ontvankelijkheidscriteria. Bij de toelichting op art. 9/9a lid 3 (nieuw) wordt gesuggereerd (MvT, p. 11 onderaan) dat indien een persoon voldoet aan de ontvankelijkheidscriteria van *Scheipar*, aannemelijk is dat hij tevens een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen (als bedoeld in art. 15 lid 3 aanhef en sub a), in casu de onthoudingsregel bij tegenstrijdig belang. Voldoende zou zijn dat het gaat om een persoon die "lid is van een orgaan van de rechtspersoon," zoals een aandeelhouder, omdat daarmee "sprake is van een rechtstreekse betrokkenheid bij de rechtspersoon."

De GCV zet vraagtekens bij deze opmerking dat aannemelijk is dat de enkele hoedanigheid van lid van een orgaan van de rechtspersoon meebrengt dat betrokkene een redelijk belang heeft als bedoeld in art. 15 lid 3 sub a. De Hoge Raad heeft beslist dat de vraag of een ontslagen directeur in zijn kwaliteit van aandeelhouder geacht moet worden steeds een 'redelijk belang' te hebben bij vernietiging van een besluit dat in strijd met wet of statuten is tot stand gekomen, in haar algemeenheid ontkennend moet worden beantwoord en dat nodig is dat de aandeelhouder in een eigen belang is of dreigt te worden geschaad, hetgeen hij bij betwisting van de aanwezigheid van een redelijk belang zal hebben te stellen.¹⁰

Met de opvatting van de Hoge Raad is in overeenstemming dat de Minister in het kader van de tegenstrijdigbelangregeling uit de WBT heeft opgemerkt dat geen redelijk belang bij vernietiging van een besluit bestaat indien een bestuurder met een tegenstrijdig belang heeft deelgenomen aan de besluitvorming maar de andere bestuurders daarvan wisten en de

⁹ *Kamerstukken I*, 2010/2011, 31 763, C, p.8; *Handelingen I* 2010/11, nr. 28, item 4, p. 20 l.k.

¹⁰ HR 31 mei 1996, NJ 1996/694 (Videoworks). De Scheipar-beschikking gaat niet over de vraag wanneer iemand een redelijk belang heeft bij vernietiging van een besluit, maar over de vraag wie belanghebbende is bij een enquêteverzoek. Omdat een subsidieverstrekker geen belanghebbende zal zijn bij een enquêteverzoek, is de passage onderaan p. 11 overlopend naar p. 12 van de MvT, inhoudende dat *Scheipar* meebrengt dat bijvoorbeeld een subsidieverstrekker als belanghebbende kan worden aangemerkt weinig gelukkig. De verwijzing naar *Scheipar* kan in dit verband beter achterwege blijven.

meerderheid voor het besluit heeft gestemd.¹¹ De GCV bepleit daarom schrapping of herformulering van de desbetreffende passage in de MvT.

- 3.1.4 De MvT, p. 13, licht toe dat, zoals ook geldt bij de voor NV en BV geldende regeling, rekening is gehouden met de situatie dat een tegenstrijdig belang tot gevolg heeft dat geen bestuursbesluit kan worden genomen. Volgens de toelichting is die situatie "bijvoorbeeld" aan de orde in het geval de rechtspersoon maar één bestuurder heeft of alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben. Hiermee wordt gesuggereerd dat ook andere situaties denkbaar zijn waarin rechtens geen bestuursbesluit kan worden genomen als gevolg van een tegenstrijdig belang. Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet Bestuur en Toezicht volgt echter dat *uitsluitend* de situatie waarin alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben tot gevolg heeft dat geen bestuursbesluit kan worden genomen zoals in de wettekst bedoeld.¹² De toelichting zou in deze zin moeten worden gewijzigd. Te overwegen is voorts om de wettekst aan te passen: de woorden "Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen" kunnen worden vervangen door het duidelijkere "Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben."¹³
- 3.1.5 De praktijk worstelt sinds de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht met de gevolgen voor de besluitvorming indien er een raad van commissarissen is maar onzeker is of alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben: welk orgaan is dan besluitbevoegd? De praktijk grijpt in een dergelijk geval soms naar het middel van de dubbele besluitvorming. De GCV bepleit als oplossing voor dit probleem de terugkeer naar de wettekst zoals die luidde in het consultatiedocument voor de Wet Bestuur en Toezicht uit 2008. Art. 9 lid 3, 2^e en 3^e volzin zouden dan als volgt komen te luiden: "Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, wordt het besluit genomen door het toezichthoudend orgaan of als dat er niet is de algemene vergadering. De statuten kunnen ten aanzien van het in de laatste volzin bedoelde geval anders bepalen."
- 3.1.6 In het Voorontwerp ontbreekt overgangsrecht ten aanzien van het schrappen van de artikelen 47 en 57 lid 4 over vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang van de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. De GCV bepleit dat een overgangsrechtelijke bepaling wordt toegevoegd in de lijn van art. IV van de Wet Bestuur en Toezicht.¹⁴

¹¹ *Handelingen I* 2010/11, nr. 28, item 4, p. 20 l.k.

¹² Kamerstukken II 2008/09, 31 763, nr. 3, p. 14 en nr. 6, p. 22. Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 24 l.k. en p. 42 r.k.

¹³ Deze woorden dekken immers ook het geval dat er maar één bestuurder met een tegenstrijdig belang is. Art. 9a lid 3, 2e volzin, zal dan als volgt gaan luiden: "Indien alle leden van het toezichthoudend orgaan een tegenstrijdig belang hebben, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen."

¹⁴ Deze bepaling zou als volgt kunnen luiden: "1. De algemene vergadering kan, indien een vereniging voorafgaand aan de inwerkingtreding van deze wet onbevoegdlijk door het bestuur of een bestuurder is vertegenwoordigd wegens een tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders of commissarissen, die vertegenwoordiging bekrachtigen door de vertegenwoordiger of vertegenwoordigers daartoe aan te wijzen op of na de datum van inwerkingtreding van de wet. 2. Op een statutaire regeling die inhoudt dat in alle gevallen

3.2 Artikel 9a: taak, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan

3.2.1 In art. 9a lid 1 en lid 2 (nieuw) van het Voorontwerp wordt - uitdrukkelijk - niet gerefereerd aan een mogelijke taakverdeling binnen het toezichthoudend orgaan. Daarmee wordt -bewust - afgeweken van de formulering die art. 9, leden 1 en 2 kent in verband met de taakopdracht van de individuele bestuurders en op grond waarvan statutair in een nadere verdeling van de bestuurstaken kan worden voorzien, hetgeen van belang kan zijn bij een eventuele disculpatie. Volgens de MvT bestaat in een dualistisch bestuursmodel geen behoefte aan een vergelijkbare formulering in het nieuwe art. 9a lid 1 en 2 omdat er "binnen het toezichthoudend orgaan geen sprake is van een toebedeling van bepaalde taken aan een bepaalde toezichthouder" (p. 15-16). Dat impliceert in ieder geval voor de raad van commissarissen van de NV en BV een wijziging ten opzichte van de huidige wettelijke regeling op grond waarvan het bepaalde bij artikel 9, dus inclusief de taakverdeling en individuele disculpatiemogelijkheid, van overeenkomstige toepassing wordt verklaard ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen (art. 149/259) en van een taakverdeling binnen de raad van commissarissen zoals die ook volgens de literatuur tot de mogelijkheden behoort.¹⁵ De GCV vraagt zich af of het Voorontwerp hiermee nadrukkelijk een aanscherping van de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de interne toezichthouders beoogt? Dat zou een ongewenste ontwikkeling zijn. De GCV zou dan ook, in aansluiting op de bestaande praktijk in vele sectoren, handhaving althans verduidelijking van de huidige regeling met de mogelijkheid van een interne taakverdeling binnen het toezichthoudend orgaan willen bepleiten.

3.2.2 De GCV acht het juist dat de interne aansprakelijkheid van toezichthouders voor alle rechtspersonen wordt geregeld in art. 9a, zoals nu al voor bestuurders van alle rechtspersonen het geval is in art. 9. In art. 50a en 300a voor de vereniging en de stichting (zoals die thans luiden) wordt dan ook niet verwezen naar overeenkomstige toepassing van art. 9, omdat art. 9 al rechtstreeks van toepassing is op bestuurders van verenigingen en stichtingen. In de MvT, onderdeel E, p. 21, wordt dit miskend met de opmerking dat de van overeenkomstige toepassing verklaring van art. 9 in art. 50a kan komen te vervallen. Deze vergissing werkt door in de toelichting op art. 300a, onderdeel V op p. 36 (de verwijzing aldaar naar onderdeel D moet naar onderdeel E zijn).

3.2.3 De toelichting vermeldt dat het Voorontwerp geen vergroting beoogt van het aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders en toezichthouders (in het bijzonder van verenigingen en stichtingen) en dat bestuurders en toezichthouders die hun taak naar eer en geweten en zorgvuldig vervullen niets te vrezen hebben (MvT, p. 6). De GCV onderschrijft

waarin de vereniging een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders of commissarissen, de vereniging wordt vertegenwoordigd door een ander dan het bestuur of een bestuurder, kan na inwerkingtreding van de wet geen beroep meer worden gedaan."

¹⁵ Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/494 en 513.

dit uitgangspunt, maar acht in dit verband ongelukkig de verwijzing naar enquêterechtelijke beschikkingen van de Ondernemingskamer over wanbeleid (MvT, p. 14 en 28), nu een wanbeleidsoordeel niet zelden kleurloos is en nog geen onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in art. 9 of 9a impliceert.¹⁶

3.2.4 Wellicht ten overvloede merkt de GCV op dat het voor de uniformering en concentratie van de bepalingen over interne aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in lid 2 van art. 9 en 9a niet nodig is dat het "richtsnoer" (waarvan de GCV, als gezegd, van mening is dat deze tezamen met de tegenstrijdigbelangregeling in de titels 2, 4, 5 en 6 moet worden geplaatst) ook in art. 9 en 9a wordt opgenomen. Ook thans staat dit richtsnoer immers niet in art. 9, zonder dat dit tot problemen in de praktijk of de rechtspraak heeft geleid.

3.2.5 Over de redactie van art. 9a lid 2 stelt de GCV ter voorkoming van misverstand (nl. dat een toezichthouder rechtstreeks verantwoordelijkheid zou dragen voor de algemene gang van zaken) voor dat het woord "op" wordt toegevoegd voorafgaand aan "de algemene gang zaken", zoals dat ook het geval is in het nieuwe lid 2 van art. 292a en in lid 2 van art. 140/250. Voor art. 47 lid 2 (nieuw) wordt dezelfde aanvulling (en dus uniformering) bepleit.

3.3 Artikel 47/47a en 292a: toezichthoudend orgaan bij vereniging en stichting

3.3.1 De MvT stipuleert op p. 18 onderscheidenlijk p. 28 dat bij vereniging en stichting het algemene bestuursbeleid als gevolg van de wettelijke taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan wordt bepaald na overleg met het toezichthoudend orgaan. De GCV is van mening dat een dergelijke stelling in zijn algemeenheid te ver gaat en als zodanig niet uit de toezichthoudende taak voortvloeit.

3.3.2 Inhoudelijk regelt artikel 47/292a lid 3 eigenlijk een tweetal verschillende onderwerpen, namelijk enerzijds de schorsingsbevoegdheid van het toezichthoudend orgaan en anderzijds de mogelijkheid van een statutaire uitbreiding van de taken en bevoegdheden van dit orgaan. De tweede volzin zou dan ook beter in een afzonderlijk lid kunnen worden opgenomen.

3.3.3 Het Voorontwerp bevat overigens een niet nader toegelichte vorm van inhoudelijke de-uniformering. Evenals voor de NV en de BV (artikel 147/257 lid 1) bepaalt de huidige wet voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij dat de algemene vergadering de schorsing door de raad van commissarissen van een - door de algemene vergadering benoemde - bestuurder te allen tijde kan opheffen (artikel 57 lid 3). Volgens het Voorontwerp vervalt art. 57 en treedt daarvoor het nieuwe art. 47 in de plaats. In lid 3 van deze nieuwe bepaling is wel de schorsingsbevoegdheid van het toezichthoudend orgaan geregeld, maar niet (langer) de opheffingsbevoegdheid van de algemene vergadering. De GCV meent dat geen aanleiding bestaat deze materie voor de vereniging anders te regelen dan voor NV en BV.

¹⁶ HR 4 april 2003, NJ 2003/538 (Skipper Club/Jaarsma).

- 3.3.4 De GCV veronderstelt dat de MvT, p. 17, eerste alinea, in dit verband kennelijk een vergissing bevat, waar wordt opgemerkt dat art. 47 (nieuw) niet alleen de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan regelt, maar ook de norm bevat waarnaar de toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten. De GCV bepleit dit weliswaar, maar volgens het Voorontwerp staat die norm niet in art. 47, maar alleen in art. 9a. Dat wordt in de vijfde alinea op p. 17 van de MvT ook wel erkend, zij het met een onjuiste verwijzing naar art. 9 lid 1 (nieuw).
- 3.3.5 De toelichting op artikel 47a (MvT, p. 21) "Het voorgestelde artikel 2:47a is van regelend recht" is wat ongelukkig geformuleerd: bedoeld zal zijn dat de benoeming, schorsing en ontslag van toezichthouders overeenkomstig artikel 37 door de statuten nader kunnen worden ingevuld.
- 3.3.6 Volgens artikel 292a kunnen alleen natuurlijke personen lid zijn van het toezichthoudend orgaan van een stichting. Het Voorontwerp gaat daarmee voorbij aan stichtingsvormen, zoals voor bepaalde stichtingen met een kerkelijke achtergrond, waarbij thans ook regelmatig (kerkelijke) rechtspersonen als toezichthouder fungeren. De GCV mist hier een overgangsregeling met eerbiedigende werking voor bestaande gevallen.
- 3.3.7 De GCV merkt op dat het gebruik van de termen "commissaris(sen)" en "raad van commissarissen" in artikel 48, leden 1 en 2, 49 leden 2 en 3, 58 leden 1 en 2 en in afdeling 2 van Titel 3 inconsistent lijkt met het gebruik van "(lid/leden van) het toezichthoudend orgaan" in de daaraan voorafgaande artikelen 47 en 47a (nieuw).¹⁷
- 3.4 Artikel 298: ontslagvoorziening bestuurders en toezichthouders stichtingen
- 3.4.1 Als correctief voor disfunctionerende bestuurders en toezichthouders bij stichtingen wordt in het Voorontwerp een uitbreiding van de huidige ontslagregeling van art. 298 voorgesteld in twee opzichten: (i) de voorziening wordt van overeenkomstige toepassing verklaard op leden van het toezichthoudend orgaan; en (ii) de - indertijd bewust beperkt geformuleerde - ontslaggronden worden vervangen door een 'ruimere' grondslag: het zodanig schaden van het belang van de stichting en de verbonden organisatie dat het voortduren van het lidmaatschap bestuur/toezicht in redelijkheid niet kan worden geduld. De GCV plaatst enkele vraagtekens bij deze uitbreiding van de ontslagregeling.
- 3.4.2 De GCV mist in de toelichting een uiteenzetting van de overwegingen om voor het ontslagcriterium aan te knopen bij de aan de geschillenregeling (uitstootvordering) ontleende norm dat de bestuurder het belang van de stichting "zodanig schaadt dat het voortduren van zijn bestuurderschap ("aandeelhouderschap" in artikel 336) in redelijkheid niet meer kan

¹⁷ Een mogelijke oplossing is om (ook) bij de vereniging (en de stichting) consistent van "raad van commissarissen" of "raad van toezicht" te spreken: zie voetnoot 1.

worden geduld." Beoogt de wetgever hiermee om ook de jurisprudentie over dit criterium uit art. 336 van overeenkomstige toepassing te laten zijn op het nieuwe artikel 298 lid 1?

- 3.4.3 In de toelichting worden enkele voorbeelden voor ontslag door de rechter genoemd, waarbij het handelen of nalaten schade voor de stichting tot het gevolg heeft (MvT, p. 34). Dit resulteert in de volgende samenvatting: "Het *uitgangspunt* is *telkens* dat sprake *moet* zijn van een handelen of nalaten van een bestuurder dat voor de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig nadelige gevolgen heeft dat zij daardoor *ernstige schade* leidt." (bedoeld zal zijn: lijdt; cursiveringen toegevoegd). Daarmee wordt de suggestie gewekt dat voor ontslag van een bestuurder door de rechter steeds vereist is dat de stichting ernstige (vermogens)schade lijdt. De wettekst geeft voor een dergelijke conclusie echter geen aanleiding: het belang van de stichting kan onduelbaar geschaad worden door gedrag van de bestuurder zonder dat de stichting (vermogens)schade, laat staan ernstige, lijdt.¹⁸ Het genoemde uitgangspunt lijkt eveneens te gelden voor toezichthouders, zodat deze vragen ook met betrekking tot het ontslag door de rechter van toezichthouders rijzen. Het verdient volgens de GCV aanbeveling om een dergelijk uitgangspunt, indien het werkelijk zo bedoeld is, in de wettekst op te nemen en niet slechts in de toelichting, teneinde onduidelijkheden bij toepassing van de rechterlijke toets te voorkomen.
- 3.4.4 De GCV vraagt zich af de beoogde verruiming van de ontslaggronden voor bestuurders en toezichthouders van stichtingen gepaard moet gaan met een ruime kring van belanghebbenden die een dergelijk ontslagverzoek bij de rechtbank kunnen indienen. De gevolgen van een dergelijk verzoek kunnen zeer ingrijpend zijn voor de stichting en/of de betrokken bestuurders of toezichthouders¹⁹, terwijl waarborgen tegen subjectief en lichtvaardig gebruik van een dergelijke bevoegdheid in het Voorontwerp ontbreken. De GCV geeft in overweging om voor het ontslag van bestuurders, maar in ieder geval van toezichthouders van stichtingen meer aansluiting te zoeken bij de specifieke ontslagvoorziening voor toezichthouders van structuurcoöperaties en -vennootschappen, op grond waarvan een commissaris door (i) de Ondernemingskamer kan worden ontslagen op verzoek van (ii) een vertegenwoordiger van de raad van commissarissen, de algemene vergadering of de ondernemingsraad wegens (iii) verwaarlozing van zijn taak, andere gewichtige redenen of ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan handhaving van de commissaris redelijkerwijs niet van de rechtspersoon kan worden verlangd (artt. 63j, 161 en 271). Met een dergelijke specifieke ontslagvoorziening voor met name toezichthouders wordt ook voorkomen dat meerdere uiteenlopende rechtsgangen voor het ontslag van toezichthouders van stichtingen en verenigingen in de semipublieke sector worden geïntroduceerd door de (sectorale) wetgever, zoals bijvoorbeeld in art. 33 van de voorgestelde Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting.

¹⁸ Ook voor de toepassing van artikel 336 is geen ernstige schade voor de vennootschap als gevolg van het handelen van de aandeelhouder vereist, maar slechts dat de gedragingen het belang van de vennootschap schaden of hebben geschaad. Indien dat ook in dit verband wordt bedoeld, zou de toelichting kunnen luiden dat vereist is dat door het handelen of nalaten van bestuurder of toezichthouder het belang van de stichting wordt geschaad.

¹⁹ Vgl. bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 6 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ3315.

- 3.4.5 De GCV constateert vervolgens dat door de overeenkomstige toepassing van de integrale ontslagvoorziening van art. 298 op het toezichthoudend orgaan voortaan ook voor toezichthouders van stichtingen een soort civielrechtelijk "bestuursverbod" gaat gelden van vijf jaar (art. 298 lid 3 jo. lid 5 nieuw), dat als zodanig niet (rechtstreeks) van toepassing is op toezichthouders en commissarissen van verenigingen respectievelijk NV of BV. Een rechtvaardiging voor een dergelijk onderscheid en verschil in behandeling ontbreekt in de toelichting op het Voorontwerp.
- 3.4.6 Het voorgestelde vierde lid van art. 298 is voor de vereniging al geregeld in art. 37 lid 6: een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de vereniging en bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken (MvT, p. 35). De toelichting vermeldt dat met het opnemen van een gelijkkluidende bepaling voor de stichtingsbestuurder wordt bereikt dat aan bestaande rechtsonzekerheid een eind wordt gemaakt: het rechtspersonenrechtelijke ontslag van de stichtingsbestuurder zou daarmee tevens automatische beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de bestuurder inhouden, zoals de Hoge Raad voor NV en BV heeft beslist in de zogenoemde 15 april-arresten uit 2007. Deze arresten zouden zijn gecodificeerd in artikel 2:134/244 lid 3: de rechter kan geen herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder uitspreken. De GCV meent dat dit niet juist is. Zoals uit de literatuur blijkt²⁰ zijn de 15 april-arresten niet van toepassing op bestuurders van stichtingen en verenigingen zolang als art. 6 BBA op die bestuurders van toepassing blijft. Alleen voor bestuurders van NV en BV geldt immers het ontheffingsbesluit uit 1972. De bepaling van art. 37 lid 6 BW doet daaraan niet af en dat zal dus evenmin het geval zijn met de invoering van een vergelijkbare bepaling voor de stichting. De 15 april-arresten zijn bovendien niet gecodificeerd in artikel 2:134/244 lid 3. Als de wetgever hierin verandering wil brengen, dan zal de tekst van het ontheffingsbesluit BBA moeten worden aangepast.
- 3.4.7 De overeenkomstige toepassing van art. 298 lid 4 op de leden van het toezichthoudend orgaan in lid 5 van art. 298 (nieuw) brengt ook onduidelijkheid ten aanzien van de rechtsbetrekking tussen de stichting en haar toezichthouders met zich. Op grond van deze bepaling zal de rechter geen veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en haar toezichthouder kunnen uitspreken. Een gelijkkluidende bepaling voor NV, BV en vereniging bestaat niet en is evenmin opgenomen in het voorgestelde art. 47 (nieuw). Mede omdat de rechtsbetrekking tussen rechtspersoon en toezichthouder zich slecht verdraagt met de aan een arbeidsovereenkomst inherente ondergeschiktheidsverhouding, ligt niet voor de hand dat leden van een toezichthoudend orgaan tevens werknemer zijn.
- 3.4.8 De verwijzing in art. 298 lid 1 sub b (nieuw) naar "het vorige artikel" moet een verwijzing zijn naar artikel 297 lid 2 (vanwege de invoeging van de artikelen 297a en 297 b).
- 3.5 Artikel 106a FW: aansprakelijkheid boedeltekort

²⁰ Asser/Rensen 2-III* 2012/160, noot sub 6 Witteveen onder JOR 2009/156.

- 3.5.1 De GCV heeft ten slotte nog een aantal vragen en kanttekeningen bij (de toelichting op) het voorstel om de aansprakelijkheid voor het boedeltekort naar de Faillissementswet te verplaatsen en voor bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen te uniformeren, ongeacht of zij al dan niet zijn onderworpen aan vennootschapsbelasting.
- 3.5.2 Evenals bij de tegenstrijdigbelangregeling meent de GCV dat de gewenste uniformering niet noodzakelijkerwijs hoeft te leiden tot verplaatsing van de regeling, in dit geval naar de Faillissementswet. Voor die verplaatsing wordt het wetssystematische argument gehanteerd dat de Hoge Raad heeft beslist dat het hier om een aansprakelijkheid jegens de boedel gaat en niet jegens de gefailleerde vennootschap (MvT, p. 37-38). Het bijkomende argument, dat "met de plaatsing van deze bepaling in de Faillissement[swet]" de noodzaak wordt weggenomen van allerlei schakelbepalingen waarmee art. 138 van toepassing wordt verklaard op andere rechtspersonen dan de NV en het onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële rechtspersonen verdwijnt (MvT p. 38), kan niet overtuigen, nu deze vereenvoudiging en uniformering evenzeer in Boek 2 plaats kunnen vinden. Overwegingen van uitsluitend wetssystematische aard mogen echter geen reden zijn voor verplaatsing, indien daaraan mogelijke nadelen verbonden zijn. De GCV wijst in dit verband op het volgende.
- 3.5.3 Bepalingen van Boek 2 BW behoren in beginsel tot het vennootschapsstatuut en gelden daarmee voor alle (feitelijk) bestuurders en toezichthouders van rechtspersonen die naar Nederlands recht zijn opgericht. Voor bepalingen uit de Faillissementswet geldt een ander i.p.r.-regime. Indien een Nederlandse rechtspersoon zijn zogenoemde COMI naar een andere lidstaat verplaatst met een lichter aansprakelijkheidsregime, is art. 106a F onder het regime van de Insolventieverordening en de jurisprudentie van het EHvJ²¹ niet meer van toepassing. Dit zou een argument kunnen zijn om de regeling niet uit Boek 2 BW te halen,²² maar juist te benadrukken dat de vordering in het vermogen van de rechtspersoon valt.²³
- 3.5.4 Met de introductie van één uniforme regeling verandert er volgens de toelichting op het Voorontwerp inhoudelijk niets voor rechtspersonen die nu al onder de reikwijdte van de regeling van art. 138/248 vallen, omdat het voorgestelde art. 106a F (nieuw)²⁴ "een kopie van de bestaande regeling" is, met uitzondering van het nieuwe elfde lid (MvT, p. 38). Dit blijkt echter niet het geval te zijn. Behoudens enige deels met de uniformering samenhangende terminologische wijzigingen, is ook sprake van inhoudelijke wijzigingen.

²¹ Onder meer het arrest Interedil, EHvJ 20 oktober 2011, NJ 2012/256.

²² Gelet op de uniformering voor alle rechtspersonen zou de regeling eventueel naar titel 1 verplaatst kunnen worden (nieuw artikel 11a).

²³ De GCV is er zich van bewust dat een belangrijke stroming in de literatuur ervan uitgaat dat art. 2:138/248 (reeds thans) tot het faillissementsrecht behoort en onder artikel 4 Insolventieverordening valt en derhalve alleen van toepassing is indien de vennootschap haar COMI in Nederland heeft: vgl. N.W.A. Tollenaar, Bestuurdersaansprakelijkheid en IPR (II), FIP 2009, p. 204 e.v.

²⁴ Het eerder verschenen Voorontwerp Civielrechtelijk Bestuursverbod voorziet echter ook in een nieuw artikel 106a F.

Zo wordt aan lid 6 toegevoegd dat de bestuurder geen beroep kan doen op verrekening van een vordering met de rechtspersoon. De GCV bepleit dat, indien het hierbij gaat om codificatie van jurisprudentie, de toelichting zulks uitdrukkelijk vermeldt.²⁵

Aan lid 7 wordt toegevoegd dat de vordering niet kan worden ingesteld tegen een door de Ondernemingskamer ingevolge artikel 356, onderdeel c aangestelde tijdelijke bestuurder. Op grond van het nieuwe lid 11 geldt dit ook voor door de Ondernemingskamer ingevolge art. 356 benoemde tijdelijke commissarissen. Ook dit ware nader toe te lichten.²⁶

Lid 11 nieuw bevat een vergissing met de vermelding dat in geval van toezichthouders voor onderdeel c van art. 356 gelezen moet worden: onderdeel d. Onderdeel d van art. 356 betreft tijdelijke afwijking van de statuten, onderdeel c benoeming van zowel bestuurders als commissarissen. Overigens blijkt uit titel 8, afdeling 2 dat de wetgever ervan uitgaat dat de Ondernemingskamer ook "commissarissen" kan benoemen bij stichtingen en verenigingen die onder de enquêteregeling vallen. In verband met de introductie in het Voorontwerp van de term "lid van het toezichthoudend orgaan" voor verenigingen en stichtingen zou dit ook aanpassing behoeven.²⁷

Art. 356 is beperkt tot benoemingen door de Ondernemingskamer *na* enquête. De GCV neemt aan dat het de bedoeling is dat de vordering evenmin kan worden ingesteld tegen door de Ondernemingskamer op de voet van art. 349a lid 2 bij wege van onmiddellijke voorziening benoemde bestuurders en toezichthouders.²⁸ De voorgestelde tekst zou dan, vereenvoudigd, aldus kunnen luiden dat de vordering niet kan worden ingesteld tegen een door de Ondernemingskamer benoemde bestuurder, zodat de tekst in lid 11 vanaf "met dien verstande dat" kan vervallen.

Lid 11 luidt dat het in de vorige leden bepaalde van overeenkomstige toepassing is op leden van het toezichthoudend orgaan. Dat verdraagt zich niet goed met de redactie van lid 8, waarin - in afwijking van de bestaande regeling - specifiek over de toezichthouder (en art. 9a) wordt gesproken, hetgeen in het licht van lid 11 overbodig lijkt.

Lid 8 bepaalt dat art. 106a F (nieuw) onverlet laat de bevoegdheid van de curator tot het instellen van "een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of het lid van het toezichthoudend orgaan op grond van artikel 9 of 9a". Het woord "of" ontbreekt voor "op grond van artikel 9 of 9a". In het huidige lid 8 staat immers "een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9."

²⁵ HR 18 september 2009, NJ 2009, 438 (Stichting Derdengelden Simon).

²⁶ Volgens het commentaar op lid 2 van art. 149/259 in T&C BW (2013) is art. 138/248 wel van toepassing op door de OK benoemde commissarissen.

²⁷ Doch zie evenwel de suggestie in voetnoot 1.

²⁸ Vgl. in dit verband art. 142a/252a lid 2 sub e en art. 297b lid 2 sub d.

In lid 10 over de voorschotregeling zijn de woorden "of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe" (d.i. de mogelijkheid een vordering ex art. 106a Fw, art. 9 of 9a in te stellen) geschrapt zonder dat toegelicht wordt waarom. Indien de wetgever bevoorschotting van de onderzoekskosten voorafgaand aan het instellen van een vordering door de curator wenst af te schaffen, zal de regeling veel van zijn betekenis verliezen. De GCV gaat hier uit van een vergissing, temeer omdat in de laatste volzin van lid 10 is blijven staan dat het verzoek, voor zover het betreft het instellen van een voorafgaand onderzoek, de goedkeuring van de rechter-commissaris behoeft.

De GCV bepleit dat in lid 6 wordt opgenomen de bepaling uit art. 249 lid 1 onder 1° van de Faillissementswet over de aanvang van de driejaarstermijn indien aan het faillissement een surseance van betaling is vooraf gegaan. Laatstgenoemde bepaling kan dan vervallen.

Het Voorontwerp schrapt een aantal verwijzingen in Boek 2 naar art. 138/248 en vervangt die door een verwijzing naar art. 106a F, maar dat is niet gebeurd in lid 4 van art. 93/203 en evenmin in art. 249 lid 1 onder 1°F voornoemd.

In onderdeel L moet de verwijzing naar de artikelen 241 en 248 een verwijzing naar artikel 131 (twee maal), respectievelijk artikel 138 zijn. In onderdeel N moet de verwijzing naar artikel 238 naar artikel 248 zijn en is het woord "artikel" weggefallen voor "106a van de Faillissementswet".

- 3.5.5 De hierboven besproken wijzigingen lijken overigens iets minder dringend dan een wijziging van het omstreden tweede lid van art. 138/248, voor zover het gaat om het onweerlegbare vermoeden dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld indien het niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 394 over het tijdig openbaar maken van de jaarrekening. De jurisprudentie van de Hoge Raad over deze materie (in het bijzonder wanneer sprake is van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van lid 2)²⁹ geeft de praktijk (te) weinig houvast en is indicatief voor de breed gedragen opvatting dat het enkele laattijdig deponeren van de jaarrekening niet tot het onweerlegbaar vermoeden van onbehoorlijke taakvervulling zou moeten leiden. De GCV bepleit daarom dat de verwijzing naar artikel 394 uit lid 2 wordt geschrapt.

Den Haag, 6 mei 2014

²⁹ Vgl. HR 1 november 2013, NJ 2014/7 m. nt. P. van Schilfgaarde, JOR 2013/336 m. nt. Van Andel, Ondernemingsrecht 2014/63 met commentaar van M.L. Lennarts.