

Het juridisch kader voor bestuurders en toezichthouders van met name verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector gaat op de schop. De Tweede Kamer heeft in januari 2020 het wetsvoorstel inzake de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen (WBTR) aangenomen.

Daarmee komt er een langverwacht vervolg op de Commissie Behoorlijk Bestuur, ofwel de 'Commissie Halsema', die in 2013 het rapport 'Een lastig gesprek' publiceerde.

Joost Kramer geeft een overzicht van de diverse thema's die in de WBTR in de spotlights komen te staan.

WAT BLIJFT, WAT VERANDERT?

WET BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

Het wetsvoorstel Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen (2018)¹ (hierna ‘WBTR’ of ‘wetsvoorstel’) vindt grotendeels zijn oorsprong in het rapport *Een lastig gesprek* van de Commissie-Halsema (2013)². Deze Commissie heeft vastgesteld dat de taakomschrijving en de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van met name verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector een nadere concretisering in de wet behoeft.

De sectoren (zoals pensioenfondsen, onderwijs, zorg, wonen, kinderopvang en cultuur) kennen verschillende sectorale wetgeving³ en sectorale governance-codes⁴. Dit maakt dat het juridisch kader voor het semipublieke domein niet eenduidig is, maar per sector – aanzienlijk – verschilt.

Met het wetsvoorstel beoogt de overheid de kwaliteit van het bestuur en het toezicht voor de rechtspersonenvereniging, de stichting en de coöperatie te verbeteren.⁵

WBT 2013 en WBTR 2018

De WBTR moet overigens niet verward worden met de Wet Bestuur en Toezicht (WBT-2013).⁶ Laatstgenoemde wet blijkt wel een belangrijk vertrekpunt voor de invulling van de WBTR te zijn.

Zowel de WBT-2013 als het wetsvoorstel WBTR brengen wijzigingen in Boek 2 ('Rechtspersonen') van het Burgerlijk Wetboek (BW) en gelden daarmee voor zowel het private als het (juridisch versnipperde) semipublieke domein. De wijzigingen hebben echter vooral betrekking op het semipublieke domein. In het hiernavolgende wordt daarom zoveel mogelijk op de algemene werking van de WBTR en de gevolgen daarvan voor de rechtsvormen vereniging/coöperatie en stichting ingegaan.

De rode draad van de WBTR

De rode draad van de WBTR is het aanhaken bij de regelingen inzake bestuur en toezicht van de Naamloze Vennootschap (NV) en Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (BV)⁷. De NV/BV-regeling blijft in stand en verhuist tevens naar de regelingen van de overige rechtspersonen. De inhoudelijke reikwijdte van de normen verandert echter niet.

De voorgestelde wijzigingen in het BW maken duidelijk dat de wetgever het werk van de WBT-2013 (grotendeels) voortzet. De WBT-2013 bracht destijds onder andere:

- Het monistisch bestuursmodel (*one-tier board*) voor NV/BV.
- De functiecumulatieregeling (beter bekend als het puntensysteem): een beperking van het aantal bestuurs- en toezichtsfuncties bij de grote NV's, BV's en stichtingen.
- Het streefcijfer voor een evenwichtige verdeling (30 procent m/v) in Raden van Bestuur (RvB) en in Raden van Commissarissen (RvC).
- Een nieuwe tegenstrijdigbelangregeling voor bestuurders en commissarissen bij NV's en BV's.
- Verduidelijking taakverdeling en (interne) aansprakelijkheid voor het bestuur bij alle rechtspersonen.

Ook houdt de wetgever bij het wetsvoorstel nadrukkelijk rekening met de bevindingen uit de evaluatie van de WBT-2013 door de Rijksuniversiteit Groningen.⁸

Met de WBTR (2018) worden de volgende regelingen aangepast:

- Een uniforme grondslag voor het monistische bestuursmodel (*one-tier board*).
- Een uniforme wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen (RvC).
- Een uniforme norm voor de taakvervulling door bestuurders en commissarissen.
- Besluitvorming van de bestuurders en de commissarissen met een tegenstrijdig belang.
- Een drietal gronden voor de aansprakelijkheid van de bestuurders en commissarissen, zoals de interne aansprakelijkheid, de externe aansprakelijkheid en de misleidende jaarrekening.
- Uniformering ontslag (stichting)bestuurders met andere bestuurders.
- Het ontslag van bestuurders en commissarissen van de stichting door de rechtbank.

Halsema revisited: wettelijke grondslag voor RvC

In het BW is alleen voor de NV/BV en de coöperatie een wettelijke grondslag te vinden voor het instellen van een Raad van Commissarissen (RvC). De NV/BV-grondslag wordt nu voor alle rechtspersonen geïntroduceerd, een nadrukkelijke aanbeveling van de Commissie Halsema. De wetgever kiest nadrukkelijk RvC boven de terminologie (en inhoud) van Raad van Toezicht (RvT).

De wetgever kiest in de WBTR primair voor de terminologie Raad van Commissarissen. Voor de juridische kwalificatie maakt het echter niet uit hoe het toezichthoudende orgaan in de statuten wordt aangeduid. Bepalend is of dit orgaan op grond van de statuten de taak heeft om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken. Hierdoor kan een toezichthoudend orgaan dat in de statuten is vermeld als de 'Raad van Toezicht' of het 'toezichthoudende orgaan', alsnog een Raad van Commissarissen in de zin van de wet zijn.

Er 'kan bij de statuten worden bepaald dat er een Raad van Commissarissen zal zijn', aldus het wetsvoorstel.

Rechtspersonen in de semipublieke sector zijn echter (veelal) al op grond van sectorale wetgeving verplicht om een toezichthoudend orgaan in te stellen. De facultatieve insteek van de WBTR met betrekking tot het instellen van een RvC zal daarom in de semipublieke sector in de meeste gevallen geen veranderingen teweegbrengen.⁹ Anders ligt dat voor taak, norm en werkwijze.

Uniforme norm voor de taakvervulling

In het BW is op dit moment alleen bij de NV/BV – en deels de coöperatie – een norm- en taakstelling voor bestuur en toezicht gegeven. Met de inwerkingtreding van de WBTR wordt deze norm- en taakstelling voor *alle* rechtspersonen geïntroduceerd, wederom door middel van het 'kopiëren' van de NV/BV-regeling.

De taak en normstelling zijn niet wezenlijk anders dan het vigerende juridische kader: het richten naar het belang van de rechtspersoon/onderneming. Hierdoor resulteert de WBTR vooral in een verdere vastlegging van de norm- en taakstelling van bestuurders en commissarissen bij de diverse rechtspersonen in de wet.

Uiteraard blijft de daadwerkelijke uitleg van taak en norm in de praktijk een relevant corporate governance onderwerp. Des te meer nu in diverse semipublieke sectoren ruis ontstaat over het al dan niet dienen van het 'publiek' of 'maatschappelijk' belang naast of als onderdeel van het organisatiebelang.

Hoe verhoudt de WBTR zich tot sectorale wetgeving?

De WBTR ziet voornamelijk toe op wijzigingen in het BW. Het juridisch kader voor bestuur en toezicht wordt mede vormgegeven door andere (sectorale) wetten; met name in de semipublieke sector. Wijzigingen in het BW zijn daardoor niet altijd direct in de praktijk in te voeren. Een voorbeeld hiervan in sommige sectoren is

het met de WBT-2013 ingevoerde monistisch bestuursmodel (one-tier board) voor de NV/BV¹⁰.

Met de WBTR gaat de one-tier board regeling voor *alle* rechtspersonen gelden. Sectorale wetgeving blijft in sommige gevallen echter verplicht een (apart) toezichthoudend orgaan voorschrijven. Een in het oog springend voorbeeld is de verplichte RvC in de Wet op het financieel toezicht en de Woningwet voor respectievelijk een RvC bij banken en woningcorporaties.¹¹ Hierdoor is het implementeren van een monistisch bestuursstelsel voor de eerdergenoemde semipublieke sectoren (nog¹²) niet mogelijk.

Uniformering van de tegenstrijdigbelangregeling: De WBTR en governancecodes

De NV/BV, de vereniging en de coöperatie kennen een wettelijke tegenstrijdigbelangregeling. Voor de NV/BV geldt sinds de WBT-2013 een 'besluitvormingsregel'. Deze regel houdt in dat wanneer er sprake is van een tegenstrijdig belang, de bestuurder of commissaris niet deelneemt aan de beraadslaging en de besluitvorming. Voor de vereniging en de coöperatie geldt nog steeds een 'vertegenwoordigingsregel', zoals NV/BV die ook voor 2013 kenden. Hierbij kan de algemene vergadering een of meer personen aanwijzen om de rechtspersoon te vertegenwoordigen wanneer de rechtspersoon een tegenstrijdig belang heeft met een of bestuurders of commissarissen. Voor de stichting kent Boek 2 BW in het geheel geen tegenstrijdigbelangregeling. In de rechtspraak is voor de stichting uitgemaakt dat het bestuur bevoegd blijft bij een tegenstrijdig belang.¹³

Wat een tegenstrijdig belang inhoudelijk is, blijft onveranderd. Sinds 2007 gelden de zogenoemde 'Bruil-criteria' voor alle rechtspersonen.¹⁴ Governancecodes kunnen dit nader inkleuren.¹⁵

Met de invoering van de WBTR gaat de tegenstrijdigbelangregeling in de vorm van een besluitvormingsregel voor *alle* rechtspersonen gelden. Wanneer een bestuurder op grond van een tegenstrijdig belang geen besluit mag nemen, wordt het besluit genomen door de RvC.

Bij het ontbreken van een RvC wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen. Omdat een stichting geen algemene vergadering kent, hanteert de WBTR hiervoor een afwijkende regeling. Wanneer de stichting geen RvC heeft, blijft de bevoegdheid tot besluitvormen in het geval van een tegenstrijdig belang bij het bestuur liggen. Het bestuur moet de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastleggen.

Dit betekent dat de diverse sectorale codes¹⁶ op dit punt aangepast moeten worden, net als de statuten en reglementen van de diverse organisaties in de semipublieke sector, indien deze documenten de codes op dit punt volgen.¹⁷

Aansprakelijkheid: intern, extern en misleiding

Aansprakelijkheid blijft een niet weg te denken onderwerp in governance wetgeving. Het is een weerbarstig onderwerp, deels vanwege de diverse juridische grondslagen en relevante wetsartikelen.¹⁸

Een van de indelingen in het aansprakelijkheidsrecht is die van interne aansprakelijkheid (tegenover de rechtspersoon)¹⁹ versus externe aansprakelijkheid (tegenover derden).²⁰ De aansprakelijkheidsbepalingen zijn gelijklopend voor bestuurders en commissarissen bij zowel de NV/BV alsmede de commerciële stichting en vereniging²¹. Voor hen geldt nog een andere aansprakelijkheidsgrondslag: die van de ‘misleidende jaarrekening’.²²

Met de WBTR wordt de interne aansprakelijkheid van de RvC bij alle rechtspersonen geüniformeerd.²³ De wet maakt onderscheid tussen de individuele interne aansprakelijkheid en de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de RvC. De commissarissen zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de taakvervulling van de RvC. Een commissaris is in beginsel persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die voortvloeit uit een onbehoorlijke taakvervulling. Het benadrukken hiervan ligt in lijn met het voornemen van de rijksoverheid om het zwaard van de aansprakelijkheid als wapen voor het afdwingen van goed bestuur en toezicht te gaan

gebruiken. Interne aansprakelijkheid voor het bestuur is reeds uniform geregeld in artikel 2:9BW.

Met de WBTR wordt tevens de externe aansprakelijkheid van zowel het bestuur als de RvC bij alle rechtspersonen geüniformeerd. Hierdoor gaat de externe aansprakelijkheidsregeling gelden voor alle bestuurders en commissarissen. Dit omvat onder andere bewijsvermoedens inzake onbehoorlijk bestuur bij het niet tijdig deponeren van de jaarrekening en het niet voldoen aan de administratieplicht. Vermoed wordt dat de niet tijdige deponering van de jaarrekening en het niet voldoen aan de administratieplicht belangrijke oorzaken van het faillissement zijn.²⁴ Wanneer de WBTR in werking treedt, kunnen de bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen tegenover derden aansprakelijk worden gesteld voor de misleidende jaarrekening/documentatie.²⁵

WBTR en de BV/NV

Zoals opgemerkt is de rode draad van de WBTR het uniformeren van enkele juridische thema's op basis van de huidige wetgeving voor NV/BV. Daarmee verandert er nagenoeg niets aan de wettelijke grondslag van bestuur en toezicht bij de NV/BV.²⁶

WBTR en de vereniging en coöperatie

De rechtsvormen vereniging en coöperatie zijn qua ontstaansgeschiedenis nauw met elkaar verbonden.²⁷ Enkele bepalingen van de vereniging zijn van toepassing op de coöperatie (gezamenlijk als “VC” aangeduid).

- Het puntensysteem is niet van toepassing op de VC. Dit blijft zo.
- De one-tier board krijgt een wettelijke grondslag voor de VC.²⁸
- De norm waarnaar bestuurders zich dienen te richten wordt gecodificeerd.
- De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling gaat gelden voor bestuurders.
- De bepalingen voor externe aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor de jaarrekening en overige

financiële documentatie gaat gelden voor VC-bestuurders.

- Er komt een wettelijke grondslag voor de RvC met daarin bepalingen over onder andere taak en norm waarnaar commissarissen zich dienen te richten.
- De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling gaat gelden voor commissarissen.
- De bepalingen voor zowel interne als externe aansprakelijkheid, alsmede aansprakelijkheid voor de jaarrekening, gaat gelden voor VC-commissarissen.

WBTR en de stichting

- Het puntensysteem blijft onveranderd van kracht voor stichtingen.
- De one-tier board krijgt een wettelijke grondslag bij de stichting.²⁹
- De norm waarnaar bestuurders zich dienen te richten wordt gecodificeerd.
- De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling gaat gelden voor bestuurders.
- De bepalingen voor externe aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor de jaarrekening en overige financiële documentatie gaat gelden voor stichtingsbestuurders.
- Het ontslag van de (stichtings)bestuurder wordt 'gelijkgetrokken' met de overige rechtspersonen. Een bestuurder heeft veelal een 'duale rechtsbetrekking' met de rechtspersoon. Enerzijds maakt de bestuurder onderdeel uit van een orgaan (rechtspersonenrecht), anderzijds een verhouding tot de rechtspersoon (veelal een arbeidsovereenkomst). Indien een ontslag als bestuurder aan de orde is³⁰, volgt in het algemeen dat dit ook gevolgen heeft voor de arbeidsrechtelijke band (ontslag als medewerker).³¹ De stichting kent de bovengenoemde regeling niet. De WBTR maakt aan de uitzonderingspositie een einde.
- Er komt een wettelijke grondslag voor de RvC met daarin bepalingen over onder andere taak en norm waarnaar commissarissen zich dienen te richten.
- De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling gaat gelden voor stichtingscommissarissen.
- De bepalingen voor zowel interne als externe aansprakelijkheid, alsmede aansprakelijkheid voor de

jaarrekening gaat gelden voor stichtingscommissarissen.

- Het ontslag van bestuurders en commissarissen van de stichting (extern toezicht). Een bestuurder van een stichting die zich schuldig maakt aan wanbeheer kan op verzoek van het openbaar ministerie (OM) of iedere belanghebbende, ontslagen worden door de rechtbank.³² Dit wordt ook wel extern³³ toezicht genoemd.

De WBTR moderniseert en verruimt de ontslaggronden voor de stichtingsbestuurder en introduceert een vergelijkbare regeling voor het ontslag van commissaris.³⁴ Het civielrechtelijke 'bestuursverbod'³⁵ gaat op grond van de WBTR voor zowel de ontslagen bestuurders als voor de ontslagen commissarissen gelden.

WBTR in het private domein

In algemene zin kenmerkt het private domein zich door het ontbreken van nadere (sectorale) inrichtingsvereisten voor bestuur en toezicht. Daarmee zullen de hierboven genoemde aanpassingen in het recht voor vereniging, coöperatie en stichting vrijwel altijd van toepassing zijn.

WBTR en het semipublieke domein

In de semipublieke sectoren is het beeld diffuus vanwege de diverse sectorale wetgeving en diverse codes.

De one-tier board wordt bijvoorbeeld voor alle rechtsvormen mogelijk, maar in sommige sectoren (zoals wonen en het hoger onderwijs) is een RvC respectievelijk RvT wettelijk voorgeschreven. Voor het gebruik van dit bestuursmodel zal eerst de sectorale wetgeving moeten worden aangepast.³⁶

In sommige sectoren worden bepaalde vormen van bestuurdersaansprakelijkheid al 'naar binnen gehaald' middels sectorale wetgeving.³⁷ De WBTR uniformeert de aansprakelijkheid voor alle sectoren.

Tevens worden taak en norm voor bestuur geüniformeerd per rechtsvorm en daarmee gelijkloidend

[illegible]

10. Vergelijk de artikelen 2:129a en 2:239a BW.
11. Verplicht apart toezichthoudend orgaan bij onder andere woningcorporaties (artikel 30 Woningwet), financiële instellingen (3:19 Wft), instellingen in het hoger onderwijs (9.8 WHW) beroepsonderwijs, maar mogelijk bij onder andere pensioenfondsen en instellingen in het primair en voortgezet onderwijs. Genuanceerder ligt dit in de zorg waar een organieke scheiding (toezicht) is voorgeschreven en een RvT veelvuldig gebruikt wordt, maar een one-tier board op zich niet is uitgesloten.
12. Vergelijk de opmerkingen van de RUG onderzoekers in het onder voetnoot 8 genoemde WBT evaluatieonderzoek, deelonderzoek I.
13. Vergelijk Hof Leeuwarden, 9 september 2008, zaaknummer 107.001.685/01 (Schaapstil).
14. Vergelijk HR 29 juni 2007, NJ 2007/420.
15. Overigens zien de meeste sectorale wetten en governance codes met name op onverenigbaarheden bij benoeming (zoals bijvoorbeeld 30.6 Woningwet).
16. Bijvoorbeeld artikel 2.6.1 Governancecode Zorg 2017.
17. In diverse semipublieke sectoren zijn modelreglementen en modelstatuten van brancheorganisaties in omloop die veelal de diverse governance codes incorporeren.
18. Ik beperkt mij hier tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Ook fiscaalrechtelijk, bestuursrechtelijk en strafrechtelijk zijn er maatregelen te nemen tegen bestuurders en commissarissen.
19. Artikel 2:9 BW.
20. Verder onder te verdelen in externe aansprakelijkheid buiten faillissement (6:162 BW) en binnen faillissement (2:248 BW).
21. Zie de artikelen 2:50a en 2:300a.
22. Op dit moment kunnen bestuurders tegenover derden aansprakelijk worden gesteld wanneer de jaarrekening, de tussentijdse cijfers die de vennootschap bekend heeft gemaakt of het jaarverslag een misleidende voorstelling geeft van de toestand van de vennootschap. Voor de commissarissen geldt een vergelijkbare regeling voor de jaarrekening, maar niet voor de tussentijdse cijfers.
23. De aansprakelijkheid voor bestuurders is reeds uniform.
24. Vergelijk de artikelen 2:50a (ontwerp) en 2:300a (ontwerp) die gaan verwijzen naar artikel 2:138 lid 2 BW.
25. Vergelijk de artikelen 2:50a (ontwerp) en 2:300a (ontwerp) die gaan verwijzen naar artikel 2:139 en 2:150 BW.
26. Wel geeft de Parlementaire Geschiedenis ook voor deze rechtsvormen handvatten die ingaan op de huidige stand van het recht.
27. Meer hierover in Dijk/Van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij.
28. Ontwerp artikel 2:44a BW.
29. Ontwerp artikel 2:291a BW.
30. Bijvoorbeeld ontslag door een Algemene Vergadering of RvC.
31. Dit volgt uit de zogeheten '15 april-arresten' uit 2005 van de Hoge Raad.
32. Vergelijk artikel 2:298 BW.
33. In de praktijk wordt de term 'extern toezicht' ook gebruikt voor sectoraal toezicht door inspecties (zoals de AFM, IGJ of Onderwijsinspectie).
34. De WBTR sluit aan bij het ontslag van de RvC bij een zogeheten structuur-NV, maar ook in artikel 33 Woningwet is een vergelijkbare bepaling te vinden: *'De ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam is exclusief bevoegd een commissaris of de Raad van Commissarissen te ontslaan. Zij gaat daartoe uitsluitend over op verzoek, wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van de omstandigheden op grond waarvan het aanblijven als commissaris of als Raad van Toezicht redelijkerwijs niet van de toegelaten instelling kan worden verlangd. Het verzoek kan worden ingediend door de toegelaten instelling, te dezen vertegenwoordigd door het bestuur of de Raad van Commissarissen, of door Onze Minister.'* Een interessante vervolgvraag is het competentievraagstuk tussen de OK en de rechtbank op grond van artikel 2:298 BW.
35. Gedurende vijf jaar kan men na het ontslag niet meer benoemd worden tot bestuurder of commissaris, tenzij de bestuurder mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt (ontwerp 2:298 BW).
36. Hetgeen overigens door de evaluatoren van de RUG is geopperd.
37. Bijvoorbeeld artikel 31.3 van de Woningwet dat artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op de taakvervulling door commissarissen van toegelaten instellingen.

Over de auteur

Mr. drs. Joost Kramer is jurist en bedrijfskundige en als corporate governance specialist verbonden aan advieskantoor JJK. en Raadsondersteuning.

