

631. Toezicht bij verenigingen en stichtingen in het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen

MR. W. BOSSE EN MR. A.J. RAAT

In juni 2016 is het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen bij de Tweede kamer ingediend. Welke wijzigingen brengt het wetsvoorstel met zich mee voor het huidige toezicht bij verenigingen en stichtingen? En wat zijn de gevolgen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders bij deze rechtspersonen?

Inleiding

Boekhoudschandalen, fraudeaffaires en financiële problemen bij verschillende wooncorporaties en zorg- en onderwijsinstellingen zoals Rochdale, Meavita, Amaranti, InHolland en Vestia, waren voor de minister van Economische Zaken aanleiding om in 2013 een Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren onder leiding van oud-Kamerlid Femke Halsema in te stellen.¹ In haar rapport *Een lastig gesprek* kwam de commissie Halsema tot de constatering dat deze affaires werden veroorzaakt door een gebrekkige morele kwaliteit van bestuurlijk handelen, gecombineerd met gebrekkig toezicht.² Zij constateerde dat onduidelijkheid bestaat over de taken van interne toezichthouders zoals raden van toezicht. De minister werd onder meer aanbevolen om in het BW een taakomschrijving voor toezichthouders op te nemen, die vergelijkbaar zou moeten zijn met die van commissarissen bij de NV en de BV. Voorts beval de commissie aan de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen aan te scherpen.³

Deze aanbevelingen waren overgenomen in een voorontwerp dat begin 2014 ter consultatie is gepubliceerd.⁴ Vervolgens is op 8 juni 2016 het wetsvoorstel Bestuur en

toezicht rechtspersonen (hierna: het wetsvoorstel of Wv) bij de Tweede Kamer ingediend.⁵

De rode draad van het wetsvoorstel ligt in de verschillende aanvullingen en uniformering. Een aanvulling is onder andere de wettelijke regeling omtrent de raad van commissarissen voor de vereniging en de stichting, die thans ontbreekt. Door bepaalde regelingen inzake bestuur en toezicht van de NV en de BV te verhuizen naar het algemene gedeelte van het rechtspersonenrecht in het Burgerlijk Wetboek, worden deze regelingen van toepassing op alle rechtspersonen. Niet beoogd is de inhoudelijke reikwijdte van de normen te veranderen, zo valt te lezen op diverse plaatsen in de memorie van toelichting.⁶

De belangrijkste elementen van het wetsvoorstel zijn:

- een wettelijke grondslag voor het monistisch bestuursstelsel bij de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting;
- uniformering van de norm voor de taakvervulling door bestuurders en commissarissen;
- uniformering van de tegenstrijdig-belangregeling;
- uniformering van regels voor aansprakelijkstelling in geval van faillissement;
- modernisering van criteria voor ontslag van bestuurders en commissarissen van een stichting.⁷

In het wetsvoorstel kan toezicht op twee manieren vorm worden gegeven, namelijk door middel van een monistisch bestuursmodel, ook wel one-tier board genoemd, of

1 Illustratief hiervoor is het citaat uit het hierna te noemen rapport van de Commissie Halsema op p. 578 van het artikel van P.D. Olden, 'Taak, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van bestuurders', *Ondernemingsrecht* 2017/103.

2 F. Halsema e.a., *Een lastig gesprek*, Advies Commissie Behoorlijk Bestuur; bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 28479, nr. 68.

3 Inspiratie voor de tekst van deze inleiding is vooral gevonden in het artikel van J.M. de Jongh, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2017/102, en ook de bijdrage van M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.F.M. Zaman (red.), *De Stichting, Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu uitgeverij 2011, p. 135 e.v.

4 Te raadplegen op www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen.

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 2, p. 1-3. Het wetsvoorstel is thans nog in behandeling bij de Tweede Kamer. Het laatste verslag dateert van 9 september 2016.

6 Bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 6/7, 10, 11, 17, 18, 22.

7 Een goed overzicht van de belangrijkste wijzigingen wordt gegeven in de tabellen in P.H.N. Quist en G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162, p. 637-639.

door middel van een raad van commissarissen (dualistisch systeem).

In deze bijdrage zal ingegaan worden op de wijzigingen ten gevolge van het wetsvoorstel voor het toezicht in verenigingen en stichtingen in de vorm van een dualistisch systeem en de gevolgen voor de aansprakelijkheid van toezichthouders bij deze rechtspersonen.

Raad van commissarissen (art. 2:11 BW Wv)

Er komt een wettelijke grondslag voor een raad van commissarissen bij de vereniging en de stichting. Voor de vereniging en de stichting voorziet de huidige wettelijke regeling niet in een uitdrukkelijke grondslag voor de instelling – uit eigen beweging – van een raad van commissarissen. Een dergelijke grondslag bestaat enkel bij de NV (art. 2:140 lid 1 BW), de BV (art. 2:250 lid 1 BW), de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij (art. 2:57 lid 1 BW). Met dit wetsvoorstel wordt in het algemene gedeelte van Boek 2 BW een bepaling opgenomen over de instelling van een raad van commissarissen, het voorgestelde art. 2:11 BW. Deze bepaling komt te gelden voor alle genoemde rechtspersonen en dus ook voor de vereniging en de stichting.

Het voorontwerp gebruikte voor het toezichthoudende orgaan bij verenigingen en stichtingen nog de term ‘toezichthoudend orgaan’. De wetgever heeft er echter voor gekozen om in het voorgestelde art. 2:11 BW het toezichthoudende orgaan voor alle rechtspersonen aan te duiden als ‘raad van commissarissen’.⁸

Een deel van de verenigingen en stichtingen werkt al met een toezichthoudend orgaan, ook wel aangeduid als ‘raad van toezicht’. De benaming van het toezichthoudend orgaan is echter niet bepalend voor de juridische kwalificatie van dat orgaan. Ook een toezichthoudend orgaan dat wordt aangeduid als ‘raad van toezicht’, kan een raad van commissarissen zijn in de zin van het wetsvoorstel.⁹ Het criterium dat de toelichting daarvoor geeft, luidt:

‘Wanneer in de statuten een orgaan van de rechtspersoon wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om toezicht te houden op het beleid van het

bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, is dat orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet.’¹⁰

De nieuwe wettelijke grondslag voor een raad van commissarissen bij verenigingen en stichtingen heeft gevolgen voor bestaande raden van toezicht

In groepsstructuren komt voor dat een andere rechtspersoon op een bepaalde wijze toezicht houdt op het bestuur.¹¹ Indien dat toezicht is beperkt tot bepaalde gedeelten van het beleid, bijvoorbeeld de financiële gang van zaken, is er geen sprake van een raad van commissarissen. Indien evenwel die rechtspersoon toezicht houdt op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de hiervoor genoemde zin, stuit dat op het vereiste dat een raad van commissarissen dient te bestaan uit een of meer natuurlijke personen, en dat een rechtspersoon dus geen lid van een raad van commissarissen kan zijn (vergelijk het voorgestelde art. 2:11 lid 1 BW).¹²

Een oplossing daarvoor kan zijn dat in de statuten een raad van commissarissen wordt ingesteld waarvan één lid benoemd wordt door die rechtspersoon of waarvoor als kwaliteitseis wordt gesteld dat deze lid moet zijn van een orgaan van die rechtspersoon.

In het algemeen geldt de aanbeveling om een toezichthoudend orgaan dat voldoet aan de kenmerken van de raad van commissarissen, in de statuten ook raad van commissarissen te noemen.¹³

Het al dan niet instellen van een raad van commissarissen is optioneel. Bij stichtingen wordt een raad van commissarissen ingesteld:

a. omdat dit ingevolge sectorale wetgeving verplicht is, zo-

8 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20.*

9 Zie over de verschillende benamingen van raden van toezicht in statuten van stichtingen M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Toezicht op het bestuur’, *TvOB 2016-1*, p. 5 en 6. Zo wordt in de Code Goed Onderwijsbestuur VO 2015 gesproken over ‘het interne toezicht’. Door de daaraan toegekende bevoegdheden kwalificeert dit onzes inziens als een raad van commissarissen als bedoeld in het wetsvoorstel.

10 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20.*

11 Zie daarover J.M. Blanco Fernández, ‘Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht’, in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in semipublieke en non-profitsector (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2016)*, Zutphen: Paris 2016, p. 40 en 41. Zie ook A.H.G. Wilod Versprille, ‘Modellen, mogelijkheden en valkuilen bij het opstellen van statuten aan de hand van het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen’, *TvOB 2016-1*, p. 36.

12 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 20 en 21.* K.H.M. de Roo, ‘De rechtspersoon als commissaris’, *TvOB 2015-3*, p. 106 e.v. pleit voor de mogelijkheid dat een rechtspersoon lid van de raad van commissarissen kan zijn. De argumenten van M.J. van Uchelen-Schipper, t.a.p. (noot 9), p. 11 overtuigen om aan te nemen dat slechts natuurlijke personen lid kunnen zijn van de raad van commissarissen. In dezelfde zin Kroeze in *Asser/Maeijer & Kroeze 2-1** 2015/223.

13 De aanbeveling wordt gedaan door B.C.M. Waaijer, ‘Wat betekent het wetsvoorstel voor de statutaire inrichting van verenigingen en stichtingen?’ in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in semipublieke en non-profitsector (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2016)*, Zutphen: Paris 2016, p. 62. In dezelfde zin A.H.G. Wilod Versprille, t.a.p. (noot 11), p. 37, P.H.N. Quist en G.J.C. Rensen, t.a.p. (noot 7), p. 635 en M.J. van Uchelen-Schipper, t.a.p. (noot 9), p. 7.

- als bij woningcorporaties, scholen en zorginstellingen;¹⁴
- b. ligt dit voor de hand, indien sprake is van een stichting met een grote onderneming; of
- c. kan dit belangrijk zijn bij een stichting met een goed doel dat geld inzamelt bij het publiek.¹⁵

De mogelijkheid tot het instellen van een raad van commissarissen bestaat niet wanneer de rechtspersoon een monistisch bestuursmodel hanteert (zie de aanhef van het voorgestelde art. 2:11 lid 1 BW).

De taakstelling van commissarissen

Het wetsvoorstel wil de norm voor taakvervulling door bestuurders en commissarissen uniformeren. Deze is wel voor de NV en de BV uitdrukkelijk in de wet vastgelegd in art. 2:129/239 lid 5 BW, waarin wordt bepaald dat bestuurders van deze rechtspersonen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Voor commissarissen van de NV en de BV is dat bepaald in art. 2:140/250 lid 2 BW.

Bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen ontbreekt een dergelijke normstelling. Met het wetsvoorstel wordt in de algemene bepalingen van Boek 2 BW opgenomen dat bestuurders en commissarissen zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie (het voorgestelde art. 2:9 lid 3 BW voor bestuurders en het voorgestelde art. 2:11 lid 4 BW voor commissarissen).¹⁶ De voor de NV en de BV geldende regel wordt verplaatst naar het algemene gedeelte van Boek 2 BW. Hiermee komt deze norm te gelden voor bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen. Wat betreft de NV en de BV betekent dit geen verandering.

Er komt een uniforme norm voor taakvervulling door bestuurders en commissarissen

In de formulering is alleen de term ‘organisatie’ toegevoegd, omdat niet alle verenigingen en stichtingen een onder-

neming drijven.¹⁷ Met de voorgestelde bepaling wordt voor alle rechtspersonen tot uitdrukking gebracht dat de bestuurders en de commissarissen bij de vervulling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen.¹⁸ Bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen kan het bijvoorbeeld gaan om de belangen van leden, van donateurs, van schuldeisers, van werknemers en van vrijwilligers.¹⁹

Voor bestuurders en commissarissen van stichtingen geldt evenzeer als voor bestuurders en commissarissen van andere rechtspersonen dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon.²⁰ Daaraan doet niet af dat dit belang in overwegende mate bepaald kan worden door de statutaire doelstelling.²¹

Het huidige aansprakelijkheidsregime

Toezichthouders van verenigingen en stichtingen kunnen thans zowel intern als extern aansprakelijk worden gesteld, zij het in beperktere mate dan toezichthouders bij andere rechtspersonen.

Interne aansprakelijkheid

Voor de meeste rechtspersonen geldt art. 2:9 BW als grondslag voor interne aansprakelijkheid. Op grond daarvan is een commissaris jegens de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Schiet hij daarin tekort, dan is hij voor het geheel aansprakelijk voor de schade die de rechtspersoon daardoor leidt. Commissa-

14 Bijvoorbeeld zorginstellingen moeten kiezen voor een raad-van-toezicht-model, zo volgt uit art. 6.1 lid 1 onderdeel a Uitvoeringsbesluit WTZi. Hetzelfde geldt voor woningcorporaties, art. 30 Woningwet. Waarom zou een raad-van-toezicht-model beter zijn dan een monistisch bestuursmodel? Deze vraag stelt M.J. van Uchelen-Schipper, t.a.p. (noot 8), p. 4. Volgens haar kan een one-tier board – ook bij stichtingen – een goede structuur bieden met interne checks-and-balances. In noot 7 van haar artikel, gaat zij daar nader op in.

15 M.J. van Uchelen-Schipper, t.a.p. (noot 9), p. 9. Bij de grote stichtingen kijkt zij naar de structuurregeling die alleen geldt voor grote NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

16 Deze regel staat thans nog in art. 2:9 lid 1 BW.

17 Volgens W.J.M. van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn *raison d'être*', *WPNR* 2017/7162, p. 647, moet het begrip 'organisatie' in de context van het voorgestelde art. 2:9 lid 3 BW zien op de organisatie die de rechtspersoon krachtens haar doel in stand houdt.

18 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 11. Zie over de betekenis van en de opvattingen over het belang van de rechtspersoon W.J.M. van Veen, t.a.p. (vorige noot), p. 640 e.v.

19 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 5.

20 J.M. Blanco Fernández, t.a.p. (noot 11), p. 46 ziet het als een verarming voor het verenigings- en stichtingsrecht als het institutionele denken dat opgeld doet in ons huidige NV/BV-recht, ook bij niet commerciële stichting wortel zou schieten. Volgens hem is niets mis met het dienstbaar zijn van de rechtspersoon aan de eigen belangen van concrete individuen die bij de rechtspersoon betrokken zijn, zoals de stichting van de oprichter of zijn familie. In dezelfde zin: W.J.M. van Veen, t.a.p. (noot 17), p. 644 en p. 647.

21 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 11. Daarom wordt wel gesteld dat indien een raad van commissarissen bij een stichting is ingesteld deze altijd betrokken dient te worden bij wijziging van het statutaire doel. De wet zou die betrokkenheid van de raad van commissarissen moeten faciliteren en moeten bepalen dat de raad van commissarissen – net als bij fusie en splitsing – goedkeuring moet verlenen aan het besluit tot doelwijziging. In deze zin M.J. van Uchelen-Schipper, t.a.p. (noot 9), p. 10. Ook zou volgens haar, t.a.p., p. 8, de raad van commissarissen van verenigingen en stichtingen, net als op grond van de huidige wet de raad van commissarissen van BV's, NV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, goedkeuring moeten verlenen aan een juridische fusie of splitsing. De huidige wet sluit toepasselijkheid van deze bepaling expliciet voor verenigingen en stichtingen uit, zie art. 2:312 lid 4 BW (fusie) en art. 2:334f lid 4 BW (splitsing). In dezelfde zin: P.H.N. Quist, 'Toezichthoudende organen en de gevolgen van het wetsvoorstel', *Ondernemingsrecht* 2017/106, p. 602.

rissen zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de taakvervulling. Een individuele commissaris kan zich disculperen indien de desbetreffende commissaris van de onbehoorlijke taakvervulling geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van het onbehoorlijk toezicht af te wenden.

Voor toezichthouders van een vereniging of stichtingen geldt deze grondslag van interne aansprakelijkheid uitsluitend indien het gaat om een commerciële vereniging of stichtingen, die in staat van faillissement verkeert.²²

De beperking van de werkingssfeer van art. 2:9 BW tot commerciële verenigingen en stichtingen maakt toepassing daarvan op toezichthouders in met name de publieke sector lastig. Enerzijds omdat het niet eenvoudig is om vast te stellen of een vereniging of stichting onderworpen is aan vennootschapsbelasting, omdat dit vaak pas achteraf kan worden vastgesteld, en anderzijds omdat een groot aantal verenigingen en stichtingen is vrijgesteld van de verplichting om vennootschapsbelasting te betalen.²³

Het gebrek aan een wettelijke grondslag voor de interne aansprakelijkheid van toezichthouders bij niet commerciële stichtingen en verenigingen heeft er in het verleden toe geleid dat aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht van een stichting op grond van onbehoorlijke taakvervulling is afgewezen.²⁴ Het heeft er tevens toe geleid dat in specifieke sectorwetgeving art. 2:9 BW expliciet van toepassing is verklaard.²⁵ Het resultaat hiervan is dat art. 2:9 BW op sommige toezichthouders van verenigingen en stichtingen wel en op andere niet (rechtstreeks) van toepassing is. Een wat ons betreft onwenselijke situatie, waaraan in het wetsvoorstel verandering wordt aangebracht (zie hierna).

Met het wetsvoorstel wordt de norm van art. 2:9 BW rechtstreeks van toepassing op toezichthouders van alle verenigingen en stichtingen

De interne aansprakelijkheid van toezichthouders van verenigingen en stichtingen dient naar huidig recht gebaseerd te worden op art. 2:8 BW (handelen in strijd met de

redelijkheid en billijkheid) en/of art. 6:162 (onrechtmatige daad). Bij de laatste kan de norm van art. 2:9 BW een rol spelen. Dit blijkt uit de aansprakelijkheidsprocedure tegen de toezichthouders van woningstichting Servatius.²⁶ De rechtbank was van mening dat art. 2:9 BW doorwerkt in de wijze waarop beoordeeld moet worden in hoeverre onrechtmatig is gehandeld. De rechtbank oordeelde dat de toezichthouders aansprakelijk zijn 'als zij hun toezichthoudende taak onbehoorlijk hebben vervuld en hen daarvan een ernstig verwijt gemaakt kan worden, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval'.²⁷

Externe aansprakelijkheid

De mogelijkheden om toezichthouders van verenigingen en stichtingen extern aansprakelijk te stellen zijn naar huidig recht beperkt. Buiten faillissement kunnen derden toezichthouders uitsluitend aansprakelijk stellen op grond van art. 6:162 BW. In geval van faillissement en slechts wanneer het een commerciële stichting of vereniging geldt aansprakelijkheid van de toezichthouders voor het tekort in de boedel indien het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijk toezicht (art. 2:50a BW en 2:300a BW jo. 2:149 BW). Vereist is dat de toezichthouders hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat de kennelijke onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarbij geldt dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling moet hebben plaatsgevonden in de periode van drie jaren voorafgaand aan het faillissement.

Daarnaast zijn toezichthouders van een commerciële stichting of vereniging jegens derden hoofdelijk aansprakelijk voor schade als gevolg van een misleidende jaarrekening (art. 2:50a BW en 2:300a BW jo. 2:150 BW). Een individuele toezichthouder kan zich disculperen door aan te tonen dat de misleidende jaarrekening niet te wijten is aan een tekortkoming in het toezicht door hem. Overigens is aansprakelijkstelling van toezichthouders van verenigingen en stichtingen wegens een misleidende jaarrekening vaak niet aan de orde vanwege vrijstellingen op grond van sectorwetgeving, die bijvoorbeeld ziekenhuizen en woningbouwcorporaties verplichten een met de jaarrekening vergelijkbaar document te publiceren.²⁸

Het nieuwe aansprakelijkheidsregime

Het aansprakelijkheidsregime voor toezichthouders van (met name de niet-commerciële) stichtingen en verenigingen wijzigt met het wetsvoorstel ingrijpend. Zo creëert het

22 Art. 2:50a BW respectievelijk 2:300a BW juncto art. 2:149 BW, op grond waarvan art. 2:9 BW van toepassing is op gefailleerde stichtingen en verenigingen die aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen zijn.

23 D.N. de Boer en A. Schennink, 'Aansprakelijkheid van toezichthouders in de semipublieke sector', *TOP* 2014, p. 27-28. Woningbouwcorporaties zijn sinds 1 januari 2008 aan vennootschapsbelasting onderworpen.

24 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, «JOR» 2008/16 (Hestin).

25 Zie bijvoorbeeld art. 104 lid 2 Wet versterking bestuur pensioenfondsen, dat art. 2:9 BW van overeenkomstige toepassing verklaart op de leden van de raad van toezicht. Zie hierover M.J. van Uchelen-Schipper en S.W.A.M. Visée, 'Stichtingen en governance', in: *M.J. van Uchelen-Schipper en S.W.A.M. Visée, Bestuur en toezicht bij stichtingen, Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen (Preadviezen commerciële rechtspraak)*, Zutphen: Paris 2013, p. 29 en 30.

26 Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, «JOR» 2014/126, m.nt. Verboom.

27 R.o. 4.6 van de uitspraak. In deze casus heeft de rechtbank geoordeeld dat de toezichthouders weliswaar strenger toezicht hadden kunnen houden, maar dat dit niet betekent dat de toezichthouders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld en dat hun daarvan een ernstig verwijt gemaakt kan worden. De vordering, die gebaseerd was op art. 6:162 BW, werd daarmee afgewezen.

28 Zie hierover meer uitgebreid D.N. de Boer en A. Schennink, t.a.p. (noot 23), p. 28-29.

voorgestelde art. 2:11b BW een interne aansprakelijkheid voor commissarissen van alle rechtspersonen, vergelijkbaar met het huidige art. 2:9 BW. Anders dan onder het huidige regime kunnen commissarissen van verenigingen en stichtingen in de toekomst derhalve rechtstreeks aangesproken worden wegens onbehoorlijke taakvervulling met hoofdelijke aansprakelijkheid als gevolg. Daarbij geldt overigens de regel dat de individuele commissaris zich kan disculperen. Hij zal moeten aantonen dat hem geen ernstig verwijt gemaakt kan worden van het onbehoorlijke toezicht en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk toezicht af te wenden.

Daarnaast geeft het wetsvoorstel een uniforme regeling voor de aansprakelijkstelling van commissarissen voor het tekort in de boedel in geval van faillissement (het voorgestelde art. 2:11c BW jo art. 2:9c BW). Deze regeling geldt voor zowel commerciële als niet-commerciële verenigingen en stichtingen. De commissarissen zijn hoofdelijk aansprakelijk in geval van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Commissarissen van verenigingen en stichtingen kunnen in de toekomst rechtstreeks aansprakelijk worden aangesproken op onbehoorlijke taakvervulling

Op grond van het tweede lid van het voorgestelde art. 2:9c BW²⁹ geldt dat indien niet voldaan is aan de boekhoudplicht (art. 2:10 BW) of publicatie van de jaarrekening (art. 2:394 BW), de onbehoorlijke taakvervulling vaststaat en dat vermoed wordt dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement is. De wetgever heeft gemeend dat deze omkering van de bewijslast wel erg ver gaat voor onbezoldigde commissarissen van niet-commerciële verenigingen en stichtingen en heeft daarom voor hen in het voorgestelde art. 2:9c lid 2 BW hierop een uitzondering gemaakt. Deze uitzondering moet voorkomen dat vrijwilligers ten onrechte worden weerhouden om zich in te zetten als bestuurder of commissaris van bijvoorbeeld een buurtvereniging of een sportclub.³⁰ Dit neemt niet weg dat de regeling een aanzienlijke verzwaring van de aanspra-

kelijkheidsrisico's van bestuurders en commissarissen bij niet-commerciële verenigingen en stichtingen teweegbrengt.

Résumé

Voor bestaande toezichthouders van stichtingen en verenigingen zal nagegaan moeten worden of sprake is van een raad van commissarissen in de zin van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen. Indien dat het geval is, verdient het aanbeveling dit duidelijk te maken in de statuten van de desbetreffende stichting of vereniging, door daarin te spreken van een raad van commissarissen en daarin de overige voorgestelde wettelijke bepalingen die van toepassing zijn op de raad van commissarissen over te nemen en/of toe te passen. Om toepasselijkheid van de nieuwe aansprakelijkheid op de leden van het toezichtorgaan te voorkomen, is het mogelijk is om de bevoegdheden van de bestaande toezichthouders in de statuten aan te passen, waardoor deze niet voldoen aan de voorgestelde kwalificatie van commissarissen.

Het gevolg van de kwalificatie als raad van commissarissen is dat de regels van interne aansprakelijkheid in geval van onbehoorlijk toezicht (het voorgestelde art. 2:11b BW) op de leden van dat orgaan van toepassing zijn. Toezichthouders kunnen aansprakelijk worden gehouden jegens de rechtspersoon ingeval van onbehoorlijk toezicht, en hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Zowel voor commissarissen van commerciële stichtingen en verenigingen als voor commissarissen van niet-commerciële stichtingen en verenigingen zal de interne aansprakelijkheidsnorm worden gecodificeerd in het voorgestelde art. 2:11b BW.

Bovendien zullen – als gevolg van de uniformering van de aansprakelijkheidsnorm van art. 2:138/248 BW voor alle rechtspersonen – ook commissarissen van niet-commerciële stichtingen en verenigingen verkerend in faillissement onder bepaalde omstandigheden aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het boedeltekort.

Over de auteurs

Mr. W. (Wessel) Bosse

Notaris in Amsterdam.

Mr. A.J. (Arjen) Raat

Head Legal bij Olympia Nederland in Den Haag.

29 Art. 2:9c BW regelt de aansprakelijkheid van bestuurders in geval van faillissement, en is in art. 2:11c BW van overeenkomstige toepassing verklaard op commissarissen.

30 Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 18-19.