

241. Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector

MR. D.N. DE BOER EN MR. A. SCHENNINK

De afgelopen jaren is de semipublieke sector opgeschrikt door een groot aantal incidenten waarbij sprake was van falend bestuur. Een afdoende wettelijke regeling voor (aansprakelijkheid van) toezichthouders van verenigingen en stichtingen – de meest voorkomende rechtspersonen in de semipublieke sector – ontbreekt. Met het conceptwetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen is beoogd een centrale regeling in Boek 2 BW op te nemen voor taakomschrijving en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van deze rechtsvormen. Door de drempel voor aansprakelijkstelling te verlagen wil men de kwaliteit van bestuur en toezicht bij stichtingen en verenigingen te verbeteren. De centrale vraag in dit artikel is of de drempel voor aansprakelijkstelling inderdaad wordt verlaagd en of daarmee de kwaliteit van (het toezicht op) het bestuur in de semipublieke sector zal verbeteren.

De afgelopen jaren is de semipublieke sector opgeschrikt door een groot aantal incidenten waarbij sprake was van falend bestuur, zoals bij Meavita, Vestia, InHolland, Amarantis, Servatius, SGBB en Rochdale. Als gevolg van deze incidenten groeit de maatschappelijke aandacht voor behoorlijk bestuur bij semipublieke instellingen. Voor de toenmalige minister van Justitie was dit aanleiding om onderzoek te laten doen naar de interne aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders, omdat aansprakelijkstelling – vaak ten onrechte – achterwege zou blijven.¹ Mede op basis van dit onderzoek en een advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur² heeft de minister van Veiligheid en Justitie bij brief van 12 november 2013³ geconstateerd dat falend bestuur bij semipublieke instellingen vaak samenhangt met passief en inadequaat intern toezicht. Een afdoende wettelijke regeling voor (aansprakelijkheid van) toezichthouders van verenigingen en stichtingen – de meest voorkomende rechtspersonen in de semipublieke sector – ontbreekt. Teneinde de drempel voor aansprakelijkstelling te verlagen om daarmee de kwaliteit van bestuur en toezicht bij stichtingen en verenigingen te verbeteren is op 6 februari 2014 het conceptwetsvoorstel

bestuur en toezicht rechtspersonen ter consultatie beschikbaar gesteld (het wetsvoorstel).⁴

Voor de aankondiging van het wetsvoorstel waren al verschillende sectorale wetgevingsinitiatieven genomen om de taken en bevoegdheden van bestuurders en toezichthouders van onder andere onderwijsinstellingen,⁵ woningcorporaties,⁶ (toegelaten) zorginstellingen⁷ en pensioenfondsen⁸ vast te leggen. In de literatuur was relatief veel kritiek op deze aanpak, in die zin dat Boek 2 BW meer geëigend is om dergelijke regelingen in op te nemen dan de uiteenlopende en soms conflicterende sectorspecifieke wetgeving.⁹ Met het wetsvoorstel wordt aan deze kritiek tegemoet gekomen. Beoogd is een centrale regeling in Boek 2 BW waarbij zal worden voorzien in een wettelijke grondslag

1 *Het aansprakelijk stellen van bestuurders. Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders*, WODC december 2011, *Kamerstukken II* 2011-2012, 31386, nr. 19.

2 *Een lastig gesprek*, Advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013.

3 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33750-VI, nr. 31. Op de datum sluiting kopij voor dit artikel was het aangekondigde consultatiedocument voor het wetsvoorstel nog niet beschikbaar.

4 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen) <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>.

5 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek en Wet educatie en beroepsonderwijs.

6 Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting.

7 Het nog op te stellen wetsvoorstel Goed bestuur in de zorg.

8 Wet versterking bestuur pensioenfondsen.

9 Zie hierover o.a. M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: *De Stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 141; A. Hendrikse, 'Insolvente stichtingen en bestuurdersaansprakelijkheid', in: R.J. van Galen e.a. (red.), *De insolvente vennootschap*, Insolad jaarboek, Deventer: Kluwer 2010, p. 65 en C.H.C. Overes, *WPNR* 2013/6996.

voor instelling van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen (art. 2:47 en 2:292a BW). Tevens wordt voor alle rechtspersonen een uniforme regeling geïntroduceerd inzake (i) de taakvervulling van bestuurders en toezichthouders, (ii) tegenstrijdig belang bij besluitvorming, (iii) aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij onbehoorlijke taakvervulling, (iv) hoofdelijke aansprakelijkheid in geval van faillissement en (v) uitbreiding van de mogelijkheden tot ontslag van bestuurders van stichtingen.

Het wetsvoorstel raakt daarmee aan een veelheid aan onderwerpen. In het kader van dit artikel zullen wij ons beperken tot de wijzigingen op het gebied van de taakomschrijving en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen. Hierbij zullen wij ingaan op de situatie onder huidig en toekomstig recht. De centrale vraag in dit artikel is of met het wetsvoorstel de drempel voor aansprakelijkstelling inderdaad wordt verlaagd en of daarmee de kwaliteit van (het toezicht op) het bestuur in de semipublieke sector zal verbeteren.

De taak van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector

In de semipublieke sector zijn publieke taken opgedragen aan private instellingen. Deze instellingen dienen dus mede een publiek belang, waarbij in veel gevallen financiering (in belangrijke mate) afkomstig is uit publieke middelen. De meest aansprekende voorbeelden zijn woningcorporaties, pensioenfondsen en zorg- en onderwijsinstellingen. Gelet op het ideële karakter van hun taak hebben semipublieke instellingen in de praktijk vaak de vorm van een stichting of vereniging. Juist voor de stichting en de vereniging is in

Naar huidig recht heeft een toezichthoudend orgaan bij de stichting en de vereniging geen wettelijke, maar slechts een statutaire basis

Boek 2 BW relatief weinig geregeld met betrekking tot de taakomschrijving en de aansprakelijkheid van toezichthouders. Naar huidig recht heeft een toezichthoudend orgaan bij de stichting en de vereniging geen wettelijke, maar slechts een statutaire basis.

Hoewel regelgeving van overheidswege op dit punt beperkt is, wordt er in de semipublieke sector wel vaak gebruik gemaakt van zogenaamde *alternatieve regelgeving*. Al dan niet onder politieke druk hebben sector- en brancheorganisaties governance codes opgesteld waarin de taken en bevoegdheden van bestuurders en toezichthouders zijn neergelegd.¹⁰ Vooralsnog zijn de meeste codes niet juridisch verankerd of afdwingbaar, maar worden ze gehandhaafd door lidmaatschapsdiscipline van de aangesloten brancheverenigingen. Er zijn ook codes die wel een juridische basis hebben. Bepaalde principes van de Zorgbrede Governance

Code (zoals het raad van toezicht model) zijn via de transparantie-eisen verankerd in de Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Verder wordt naar huidige en toekomstige sectorale wetgeving bepaald dat de minister een code kan aanwijzen die door instellingen in die sector moet worden toegepast.¹¹ De aandacht in wetgeving voor de codes onderstreept hun toenemende belang. Maar ook zonder wettelijke basis kunnen de codebepalingen van invloed zijn op de invulling van de normen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) en behoorlijk bestuur (art. 2:9 BW). Daarbij bieden ze de Ondernemingskamer houvast bij het invullen van begrippen als ‘gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen’ en ‘wanbeleid’.¹²

Aansprakelijkheid van bestuurders wegens onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW)

Naar huidig recht kunnen bestuurders van verenigingen en stichtingen bij onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk worden gesteld op grond van art. 2:9 BW. Uit art. 2:9 BW volgt dat iedere bestuurder gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien de bestuurder daarin tekortschiet kan hij aansprakelijk worden gehouden. Daarvoor is dan wel vereist dat de bestuurder in verband met de tekortkoming een ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Of daarvan sprake is, moet aan de hand van alle omstandigheden van het geval worden bepaald, waaronder de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling van het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, en het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van de bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.¹³

Verwezenlijking van het (statutaire en maatschappelijke) doel zal in de semipublieke sector voorop moeten staan. De bestuurder zal zich altijd rekenschap moeten geven van het doel waarvoor middelen zijn verstrekt en zorgvuldig met deze middelen moeten omgaan.¹⁴ Doet de bestuurder dit onvoldoende dan zou dit als ernstig persoonlijk verwijtbaar handelen kunnen worden aangemerkt. Wij wijzen op een recente uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant¹⁵ waarbij geoordeeld is dat een voormalig bestuurder van Bureau Jeugdzorg persoonlijk aansprakelijk was omdat hij onvoldoende onderzoek had gedaan naar de markt-

10 Zie voor een uitgebreider overzicht van codes voor goed bestuur het advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013.

11 Overes 2013; zie art. 33 lid 2 Pensioenwet, 31 lid 7 Herzieningswet, 157 lid 1 sub a jo. lid 6 Wet op primair onderwijs, 103 lid 1 sub a jo. lid 6 Wet voortgezet onderwijs, 2.5.4. Wet educatie en beroepsonderwijs.

12 Hendrikse 2010, p. 50 en Vrzng. Rb. Alkmaar 23 augustus 2007, «JOR» 2007/232; L. Timmerman, OR 2007-2, 441 en ten aanzien van de Nederlandse Corporate Governance Code HR 13 juli 2007, «JOR» 2007/178 (ABN Amro), HR 14 september 2007, «JOR» 2007/239 (Versatel) en HR 9 juli 2010, «JOR» 2010/228 (ASMI).

13 HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (Staleman/Van de Ven).

14 Hendrikse 2009 en Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, «JOR» 2008/69.

15 Rb. Oost-Brabant, 17 juni 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4257.

conformiteit van de huur die door Bureau Jeugdzorg werd betaald voor haar panden. De rechtbank overwoog daarbij dat uit de aard van de door Bureau Jeugdzorg uitgevoerde activiteiten over het algemeen geen bijzondere financiële risico's voortvloeien. Van het bestuur van een organisatie die handelt ter uitvoering van een publieke taak en daarbij volledig van overheidsgeld afhankelijk is, mag daarom een zekere voorzichtigheid bij het aangaan van financiële verplichtingen verwacht worden, aldus de rechtbank.

Het Hof Amsterdam hanteert een vergelijkbare overweging in het arrest inzake Stichting Freule Lauta van Aysma.¹⁶ In deze zaak heeft het bestuur van een stichting die een bejaardencentrum in stand hield een financieel adviseur aangesteld, hem een volmacht verleend en vervolgens ingestemd met een complex en financieel arrangement waarmee zonder enig risico hoge rendementen zouden worden gehaald. Uiteindelijk is € 10 miljoen verdwenen. Het Hof Amsterdam overwoog dat gelet op het doel van de stichting en de belangen van bij de stichting betrokken derden, met name de bewoners en de gemeente, het zorgvuldig voeren van het financiële beleid van de stichting een essentieel onderdeel van de taak van het bestuur is. Het lopen van grote financiële risico's met geleend geld is daarmee niet verenigbaar, hetgeen de bestuurders ernstig te verwijten valt.

Wezeman noemt het in zijn noot opvallend dat de bewijsregel zoals geformuleerd in het arrest Berghuizer Papierfabriek in deze zaak niet is toegepast, terwijl daar diverse aanknopingspunten voor waren.¹⁷ In het arrest Berghuizer Papierfabriek is bepaald dat bestuurshandelingen in strijd met wettelijke, statutaire of andere regels die de rechtspersoon beogen te beschermen een zwaarwegende omstandigheid is die in beginsel en behoudens tegenbewijs de aansprakelijkheid van het bestuur in de zin van art. 2:9 BW vestigt. Het gaat dan bijvoorbeeld om statutaire goedkeuringsbepalingen, welke in het Freule-arrest niet waren nageleefd.

De Berghuizer Papierfabriek-regel werd wel gehanteerd door de Rechtbank Oost-Brabant in de Servatius-zaak,¹⁸ waarbij werd geoordeeld dat de voormalig bestuurder van Servatius ernstig persoonlijk verwijtbaar had gehandeld door in strijd met de statuten en een door de minister gegeven aanwijzing toch een garantstelling af te geven voor de bouw van een universiteitscampus. Opvallend is dat niet alleen de schending van de statuten, maar ook het handelen in strijd met de aanwijzing van de minister als zwaarwegende omstandigheid wordt aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid vestigt.¹⁹

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van bestuurders van semipublieke instellingen is nog een aantal specifieke omstandigheden van belang.²⁰ Omdat semipublieke instellingen naar hun aard niet gericht zijn op het behalen

van winst, is het streven naar winst(maximalisatie) geen rechtvaardiging voor risicovol handelen.²¹ Een bestuurder van een semipublieke instelling zal dus terughoudend moeten optreden en een sluitende begroting als leidraad moeten nemen. Daarentegen hoeft een overschrijding van een begroting zeker niet per definitie te leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid, omdat rechtvaardiging voor overschrijding daarvan gelegen kan zijn in het uitvoeren van de publieke taak en de beperkte ruimte en mogelijkheden die een bestuurder daardoor heeft om (bezuinigings)maatregelen te nemen. Dit laatste speelde een duidelijke rol bij de

De beperking van de werkingssfeer van art. 2:9 BW tot commerciële verenigingen en stichtingen maakt toepassing daarvan op toezichthouders in de semipublieke sector lastig

afwijzing van de vordering tegen de voormalig bestuurder van zorginstelling Hestia,²² die had aangevoerd dat op de patiëntenzorg niet kon worden bezuinigd waardoor zijn mogelijkheden om in te grijpen beperkt waren.

Een andere omstandigheid die in de literatuur naar voren wordt gebracht is het feit dat semipublieke instellingen vaak een groot aantal stakeholders hebben, welke belangen soms tegenstrijdig kunnen zijn. Het bestuur zal altijd een zorgvuldige afweging moeten maken waarbij alle belangen in acht moeten worden genomen.²³

Op grond van de hiervoor geschetste jurisprudentie en de daaruit blikende omstandigheden kan worden geconcludeerd dat bestuurders van semipublieke instellingen een groter aansprakelijkheidsrisico lopen dan bestuurders van private ondernemingen.²⁴ Gelet op de publieke taak van semipublieke instellingen hebben bestuurders immers te maken met een veel grotere groep stakeholders (waaronder de overheid) wiens belangen zij moeten respecteren. Daarbij noopt omgaan met publiek geld tot een zwaardere zorgvuldigheidsnorm en is er minder beleidsvrijheid, mede door de veelheid aan overheidsregulering, terwijl winstbejag niet als rechtvaardiging voor de aanvaarding van ondernemersrisico geldt.

Gebrekkige wettelijke regeling voor aansprakelijkstelling toezichthouders

Voor toezichthouders bij verenigingen en stichtingen geldt art. 2:9 BW alleen als grondslag voor aansprakelijkheid wanneer het commerciële verenigingen en stichtingen (d.w.z. onderworpen aan heffing van vennootschapsbe-

16 Hof Amsterdam 21 september 2010, «JOR» 2011/40 (Stichting Freule Lauta van Aysma) m.nt. Wezeman.

17 HR 29 november 2002, NJ 2003, 455 (Berghuizer Papierfabriek).

18 Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, NJF 2014/21 (Servatius).

19 Idem, r.o. 5.2.12.

20 Voor een uitgebreidere bespreking van deze vereisten verwijzen wij naar Hendrikse 2009.

21 Lennarts 2011, p. 137.

22 Rb. Amsterdam 7 mei 2008, «JOR» 2008/126 (Hestia), r.o. 4.3.

23 Hendrikse 2010, p. 49.

24 Zie in gelijke zin Hendrikse 2010 en A.G.H. Klaassen, 'Wettelijke beperking van bestuurdersaansprakelijkheid bij verenigingen en stichtingen?', *Ondernemingsrecht* 2010, p. 598-607.

lasting) betreft en sprake is van faillissement.²⁵ Buiten faillissement kunnen toezichthouders bij verenigingen en stichtingen niet op die voet aansprakelijk worden gesteld, en toezichthouders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen zelfs in het geheel niet.²⁶

In de literatuur is nog wel verdedigd dat art. 2:9 BW wel degelijk ook van toepassing zou zijn op toezichthouders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen en ook buiten faillissement. Zo heeft Overes gesteld dat art. 2:9 BW analoog van toepassing is op een raad van toezicht van een vereniging. Als reden hiervoor geeft zij dat art. 2:47 (oud) BW voor de vereniging een regeling kende op basis waarvan de leden van de raad van toezicht op gelijke wijze als bestuurders aansprakelijk waren voor hun tekortkomingen. Hoewel deze regeling voor de gewone vereniging is afgeschaft, konden verenigingen deze regeling overnemen in hun statuten, waarmee de mogelijkheid werd geboden om de leden van de raad van toezicht op dezelfde wijze als bestuurders aansprakelijk te stellen. Als de vereniging het toezicht in de statuten heeft opgedragen aan een raad van toezicht, is art. 2:9 BW aldus Overes naar analogie van toepassing. Ditzelfde zou volgens haar kunnen worden aangenomen voor leden van de raad van toezicht van een stichting.²⁷

De beperking van de werkingssfeer van art. 2:9 BW tot commerciële verenigingen en stichtingen maakt toepassing daarvan op toezichthouders in de semipublieke sector lastig.²⁸ Allereerst is het bij verenigingen en stichtingen niet altijd duidelijk of zij onderworpen zijn aan vennootschapsbelasting, omdat dit vaak pas achteraf kan worden vastgesteld.²⁹

De uniforme regeling voor jaarrekening aansprakelijkheid en aansprakelijkheid bij faillissement betekent een aanzienlijke verzwarende van aansprakelijkheid voor bestuurders en toezichthouders

Bovendien is het zo dat een groot aantal verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector is vrijgesteld van de verplichting om vennootschapsbelasting te betalen, terwijl zij wel degelijk commerciële activiteiten ontplooiën.³⁰ Ons inziens is de beperking dan ook vrij ongelukkig.

Blijft nog wel over dat interne toezichthouders op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk kunnen worden gesteld. In dat geval geldt niet de drempel van art. 2:9 BW dat voor aansprakelijkheid sprake moet zijn van ernstig persoonlijk verwijtbaar

handelen. Dit lijkt dus een minder strenge maatstaf te zijn. Daartegenover staat dat een toezichthouder ook niet hoofdelijk aansprakelijk is voor het beleid van de gehele raad van toezicht, zoals onder art. 2:9 BW wel het geval is.

Overigens is in een recente uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant inzake de aansprakelijkheid van de leden van de raad van toezicht van de woningstichting Servatius – voor zover ons bekend voor het eerst – geoordeeld dat ook ten aanzien van toezichthouders het bepaalde in art. 2:9 BW doorwerkt in de wijze waarop art. 6:162 BW wordt toegepast.³¹ De rechtbank hanteert dus de maatstaf dat toezichthouders aansprakelijk zijn als zij hun toezichthoudende taak onbehoorlijk hebben vervuld en hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval.

Aansprakelijkheid voor jaarrekening en bij faillissement (art. 2:50a en 2:300a BW)

In geval van faillissement zijn bestuurders en toezichthouders van commerciële verenigingen en stichtingen aansprakelijk voor het tekort in de boedel indien het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur (art. 2:50a en 2:300a jo. 2:138 en 2:149 BW). Ook aansprakelijkheid voor een misleidende jaarrekening geldt alleen voor commerciële verenigingen en stichtingen en slechts in geval van faillissement (art. 2:50a en 2:300a jo. 2:139 en 2:150 BW). Op zich is het verwonderlijk dat de aansprakelijkheid voor de jaarrekening is beperkt tot gevallen van faillissement. Bij lezing van de parlementaire geschiedenis vroegen wij ons af of de wetgever het ook zo heeft bedoeld.³² Voor niet-commerciële verenigingen en stichtingen is het bepaalde in art. 2:50a en 2:300a BW helemaal niet van toepassing.

Overigens geldt dat verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector veelal niet onderworpen zijn aan het jaarrekeningrecht. Ingevolge art. 2:49/300 jo. 2:360 lid 3 BW geldt de verplichting tot het opmaken en publiceren van een jaarrekening conform de vereisten van titel 9 Boek 2 BW alleen voor verenigingen en stichtingen met een netto-omzet van € 4,4 miljoen of meer per jaar. Daarbij zijn ziekenhuizen, instellingen voor ouderenzorg en woningbouwcorporaties vrijgesteld omdat zij reeds op grond van sectorwetgeving een met een jaarrekening vergelijkbaar

25 Art. 2:50a en 2:300a BW verklaren art. 2:149 en daarmee 2:9 BW van overeenkomstige toepassing in geval van faillissement van een vereniging of stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

26 Rb. Amsterdam 7 mei 2008, «JOR» 2008/126 (*Hestia*), Asser/Rensen 2-III* 2012/171, 345, J.J.A. Hamers c.s., *Handboek Stichting en Vereniging*, p. 156 en 185 en D.F.M.M. Zaman, 'De toekomst van de stichting, de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij', *WPNR* 2013/6973.

27 Overes 2013.

28 Zie hierover meer uitgebreid Hendrikse 2010, p. 53.

29 Lennarts 2011, p. 147.

30 Ten aanzien van woningbouwcorporaties merken we op dat sinds 1 januari 2008 vaststaat dat die aan vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

31 Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, r.o. 4.6.

32 Bij lezing van de parlementaire geschiedenis bij art. 2:300a BW en haar tegenhanger voor de vereniging art. 2:50a BW blijkt dat art. 2:300a BW in eerste instantie alleen verwees naar art. 2:138 en 2:149 BW (Stb. 1986, 585). De verwijzing naar art. 2:131, 2:139 en 2:150 BW is na inwerkingtreding bij wetwijziging toegevoegd (Stb. 1988, 305, 19775). In eerste instantie heeft de wetgever voorgesteld een nieuw art. 2:58a BW in te voeren op grond waarvan bestuurders en commissarissen hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn wanneer de jaarrekening een misleidende voorstelling van zaken zou geven (Kamerstukken II 1986-1987, 19775, nr. 2, p. 3 en nr. 3, p.11). Van een beperking tot faillissementssituaties was in dat artikel geen sprake. Daarna is het wetsvoorstel gewijzigd in die zin dat een verwijzing naar art. 2:139 en 2:150 in art. 2:50a BW is opgenomen. Daarop is art. 2:300a BW aangepast conform haar tegenhanger art. 2:50a BW.]

document moeten publiceren. Daarmee is aansprakelijkstelling van bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen op grond van art. 2:139 of 2:150 BW naar huidig recht in veel gevallen niet aan de orde.

Het wetsvoorstel: een uniforme regeling voor bestuurders en toezichthouders

Met het wetsvoorstel wordt beoogd een uniforme regeling te creëren voor taakomschrijving en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen. Het onderscheid tussen de rechtspersonen onderling en tussen commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen wordt hiermee verlaten.

Allereerst wordt er een uniforme norm voor taakuitoefening gecreëerd voor bestuurders van alle rechtspersonen in (een gewijzigd) art. 2:9 BW en voor toezichthouders in een nieuw art. 2:9a BW. Er is aansluiting gezocht bij de huidige regelingen voor bestuurders en commissarissen bij de nv en bv in art. 2:139 en 2:239 lid 5 BW resp. 2:140 en 2:150 BW. Ingevolge het wetsvoorstel is elke bestuurder en elk lid van een toezichthoudend orgaan van een rechtspersoon tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en dient hij zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Door de invoering van een nieuw art. 2:9a BW zullen toezichthouders van alle verenigingen en stichtingen naast de bestuurders aansprakelijk kunnen worden gesteld in geval van onbehoorlijke taakvervulling, ook indien geen sprake is van faillissement.

Voorts zal er voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders voor het tekort in de boedel bij een faillissement (art. 2:138 en 2:248 BW) ook een uniforme regeling worden getroffen voor alle rechtspersonen. Hiertoe zal een nieuw art. 106a in de Faillissementswet (Fw) worden opgenomen overeenkomstig de huidige regeling voor nv en bv. Ook bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen zullen hieronder vallen.

Hetzelfde geldt voor de regeling betreffende aansprakelijkheid voor een misleidende jaarrekening (art. 2:139 en 2:150 BW) die ook van toepassing zal zijn op bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen (aangepast art. 2:50a resp. 2:300a BW) en ook buiten faillissement. We wijzen in dit verband op het wetsvoorstel om een publicatieplicht in te voeren voor stichtingen die niet zijn onderworpen aan het jaarrekeningenrecht.³³ Aansprake-

lijkheid voor schending van die publicatieplicht zal gebaseerd moeten worden op art. 2:9 en 2:9a BW.

Afsluitend

De wijzigingen als beoogd met het wetsvoorstel zijn voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen vrij ingrijpend: de drempel voor aansprakelijkstelling wordt verlaagd. Voor wat betreft toezichthouders van verenigingen en stichtingen wordt een einde gemaakt aan onduidelijkheid over aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling. Dit betekent dat beter parallellen kunnen

Op grond van het voorgestelde art. 2:9a BW zullen toezichthouders van alle verenigingen en stichtingen aansprakelijk kunnen worden gesteld in geval van onbehoorlijke taakvervulling

worden getrokken met aansprakelijkheid van commissarissen van een nv of bv. Bovendien is er sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid bij onbehoorlijke taakvervulling. In de huidige situatie is bij onbehoorlijke taakvervulling (behoudens in geval van faillissement van een commerciële vereniging of stichting) alleen een actie wegens onrechtmatige daad mogelijk, waarbij die hoofdelijkheid niet geldt.

Het introduceren van een uniforme regeling voor jaarrekening aansprakelijkheid (overeenkomstig art. 2:139 en 2:150 BW) en aansprakelijkheid bij faillissement (nieuw art. 106a Fw) betekent een aanzienlijke verzwaring van aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen. Dat de wetgever het onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen op deze punten wenst op te heffen is wat ons betreft terecht.

De verwachting dat de dreiging van aansprakelijkheid zal leiden tot een meer assertieve en kritische houding van toezichthouders lijkt terecht. De wettelijke verankering van taken en aansprakelijkheid zal ongetwijfeld leiden tot meer bewustwording bij (aspirant)toezichthouders en verdere professionalisering. De conclusie dat dit ook zal leiden tot een betere kwaliteit van bestuur is misschien wat voorbarig. De minister legt wel erg sterk de nadruk op interne aansprakelijkheid van toezichthouders om dat doel te bereiken. Wel zullen er na invoering van het wetsvoorstel aanzienlijk meer mogelijkheden zijn om in te grijpen als het misgaat.

33 Wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op de economische delicten in verband met het openbaar maken van de balans en staat van baten en lasten door stichtingen. (Tekst en toelichting beschikbaar via www.consultatiedocument.nl). Op grond van het nieuw in te voeren art. 2:299b BW zullen stichtingen die niet zijn onderworpen aan het jaarrekeningenrecht op grond van art. 2:360 lid 3 BW verplicht worden een balans en staat van baten en lasten openbaar te maken via de Kamer van Koophandel. Uitsluitend het bestuur is verantwoordelijk. Schending van de publicatieplicht zal leiden tot aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Gelet op de huidige aandacht voor aansprakelijkheid van toezichthouders is dat laatste wat ons betreft verwonderlijk.

Over de auteur

Mr. Diederick N. de Boer is advocaat ondernemingsrecht transacties bij Lexence NV en mr. Arnout Schennink is advocaat corporate litigation bij Lexence NV