

RECHTERLIJK ONTSLAG VAN EEN STICHTINGSBESTUURDER THANS EN ONDER HET WBTR

*Daniel Ohmann**

1 INLEIDING

Binnen de sectie ondernemingsrecht van Pels Rijcken bestaat een bijzondere interesse voor stichtingen, en dan met name voor stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector. De belangrijke rol die deze stichtingen hebben bij de uitvoering van publieke (wettelijke) taken, bracht met zich dat wij in de afgelopen 25 jaar regelmatig met overheden en met instellingen zelf hebben gediscussieerd over de inrichting van de governance van dergelijke stichtingen en het functioneren daarvan in de praktijk. In de meer recente jaren hebben zich verschillende incidenten in de semipublieke sector voorgedaan. Deze incidenten kwamen onder meer voort uit het feit dat sommige instellingen ook andere dan hun kernactiviteiten gingen verrichten en daardoor financieel in de problemen kwamen. Ook brachten bestuurlijke malversaties en gebrekkig toezicht de continuïteit van dergelijke instellingen in gevaar. Ik noem bijvoorbeeld Vestia, Rochdale, Servatius, ROC Leiden, Inholland, Amarantis, Orbis, Philadelphia en Meavita. Deze semipublieke instellingen hadden alle de rechtsvorm van een stichting. In vervolg op enkele van deze incidenten is onderzoek verricht naar de (gedrags)regels die voor deze instellingen gelden. Een van de conclusies van dit onderzoek was, dat het algemene stichtingenrecht van Boek 2 BW te weinig (duidelijke) regels bood. Bestuurders en met name toezichthouders zouden daarom niet goed weten wat van hen werd verwacht.¹ Om die reden heeft de regering actie ondernomen en – na een consultatie omtrent het ambtelijk voorontwerp² – op 8 juni 2016 het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna ook: WBTR) aangeboden aan

* Mr. D.O. Ohmann is kandidaat-notaris bij Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn N.V. te Den Haag. Deze bijdrage is afgerond op 12 juni 2017.

1 Rapport van de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector, onder voorzitterschap van mevrouw F. Halsema, p. 17, 22, 24 en 25. Het rapport is te vinden op: www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2013/09/11/een-lastig-gesprek-advies-commissie-behoorlijk-bestuur.

2 Het ambtelijk voorontwerp is op 6 februari 2014 ter consultatie aangeboden en is te vinden op: www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen (hierna ook: het 'Voorontwerp').

de Tweede Kamer.³ Het WBTR beoogt de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken. In het bijzonder is het voorstel gericht op verbetering van het wettelijke kader voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting.⁴ Zo komt er onder meer een uniforme norm voor de taakvervulling van bestuurders en commissarissen van rechtspersonen en wordt er een wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen bij stichtingen en verenigingen gecreëerd. Daarnaast worden de gronden voor rechterlijk ontslag van stichtingsbestuurders verruimd. In deze bijdrage zal ik nader ingaan op de voorgestelde uitbreiding van deze ontslaggronden (paragraaf 3). Daaraan voorafgaand zal ik de huidige stand van zaken en enkele recente uitspraken op dit vlak bespreken (paragraaf 2). Ik sluit deze bijdrage af met enkele aanbevelingen aan de wetgever (paragraaf 4).

2 HUIDIGE STAND VAN ZAKEN

2.1 *Algemeen*

Stichtingen hebben geen leden en aandeelhouders. Daarnaast is een toezichthoudend orgaan – in beginsel – evenmin wettelijk voorgeschreven.⁵ Voor veel stichtingen geldt dus dat het bestuur het enige orgaan van de stichting is. De wet schrijft weliswaar voor dat de statuten van de stichting een voorziening dienen te bevatten over het ontslag van bestuurders (art. 2:286 lid 4 sub c BW), maar deze voorziening komt er in de praktijk vaak op neer dat uitsluitend de bestuurder zelf bevoegd is om te besluiten over zijn eigen ontslag. De wetgever achtte een dergelijk gebrek aan toezicht op het stichtingsbestuur niet wenselijk. Om die reden heeft hij in artikel 2:298 BW een aparte regeling opgenomen omtrent het rechterlijk ontslag van een stichtingsbestuurder. Ingevolge artikel 2:298 lid 1 BW kan het Openbaar Ministerie of een belanghebbende de rechtbank verzoeken een stichtingsbestuurder te ontslaan indien deze: (1) iets doet of nalaat in strijd met de wet of de statuten, (2) zich schuldig maakt aan wanbeheer of (3) niet of niet behoorlijk voldoet aan een bevel van de voorzieningenrechter tot openlegging van de boeken of bescheiden. In de praktijk blijkt dat het Openbaar Ministerie weinig van deze bevoegdheid gebruikmaakt. Mede om die reden is het relevant om te weten wie als belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW kunnen worden aangemerkt. Ik zal deze vraag eerst behandelen, voordat ik nader op de formele ontslaggronden zal ingaan.

³ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2.*

⁴ *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 1.*

⁵ Voor stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector verplicht de sectorspecifieke regeling meestal wel tot het instellen van een toezichthoudend orgaan. Zie bijvoorbeeld art. 30 Woningwet.

2.2 *Begrip belanghebbende*

Uit de wet zelf blijkt niet wie als belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW moet worden aangemerkt. Wel is deze vraag regelmatig in de jurisprudentie aan de orde geweest. Of iemand belanghebbende is, moet volgens de Hoge Raad uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid. Daarbij geldt dat iemand op twee verschillende manieren belanghebbende kan zijn. Allereerst kan iemand bij de procedure een (gesteld en bewezen) eigen belang hebben. Daarnaast kan iemand op een andere wijze zo nauw betrokken zijn (geweest) bij het onderwerp van de procedure, dat hij op grond van die betrokkenheid een belang heeft om in de procedure te verschijnen.⁶ Op basis van de voorgaande criteria kan volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld een oudstichtingsbestuurder onder voorwaarden als belanghebbende kwalificeren. Het enkele feit dat iemand schuldeiser van de stichting is, volstaat volgens het Hof Amsterdam echter niet.⁷ In de meest recente rechtspraak lijken niet al te strenge eisen te worden gesteld aan het zijn van belanghebbende als bedoeld in artikel 2:298 BW. Zo werd een verzoeker in een procedure tegen rechtsbijstandsverzekeraar SRK als belanghebbende aangemerkt op de enkele grond dat hij een verzekering had afgesloten bij een partij die SRK had aangewezen als uitvoerder van de rechtsbijstand.⁸ Het zijn van (betalende) deelnemer aan een 'claim'-stichting is volgens de Rechtbank Noord-Holland ook voldoende om als belanghebbende te worden aangemerkt, zelfs als een onbekende derde de kosten van deze procedure voor zijn rekening neemt.⁹ Afgelopen jaar liet de Hoge Raad het oordeel van het Hof Amsterdam in stand, dat de curatoren van een voormalig certificaathouder en bestuurder van een holdingstichting als belanghebbenden kwalificeren. Bij dit oordeel speelde een rol dat er sprake was van een verwevenheid tussen (het vermogen van) de failliet en de vennootschappen die onder de holdingstichting vielen.¹⁰ Een recente uitspraak van de Rechtbank Den Haag past minder goed in dit beeld. De rechtbank oordeelde daar dat voor de beoordeling van de vraag of iemand als belanghebbende kan worden beschouwd, mede van invloed kan zijn of er een (andere) structuur aanwezig is, die tegenwicht kan bieden tegen het zelfstandig en/of eigenmachtig optreden van het bestuur van de stichting. Nu er in onderhavig geval (1) sprake was van een personele unie tussen de stichting en een vereniging, waarbij het bestuur van de stichting bestond uit de bestuurders van de vereniging en (2) de algemene ledenvergadering controle kon uitoefenen op het bestuur van de vereniging

6 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290 (*Stichting IHD*).

7 Hof Amsterdam 26 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV8310.

8 Hof Den Haag 7 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3402 (*Stichting SRK Rechtsbijstand*).

9 Rb. Noord-Holland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5331 (*Stichting Loterijverlies.nl*). Zie hierover nader: J. Nijland en D.O. Ohmann, 'Schorsing bestuurder Stichting Loterijverlies.nl', *MvO* 2016, afl. 8 en 9, p. 205-212.

10 Hof Amsterdam 21 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3029 en HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1464 (*Stichting Castle Capital*).

(en dus indirect ook op het bestuur van de stichting), werd de verzoeker niet als belanghebbende aangemerkt.¹¹

Ook de Staat kan onder omstandigheden als belanghebbende worden beschouwd. Hiervan kan onder meer sprake zijn indien er een financieringsrelatie tussen de Staat en een stichting bestaat.¹² Daarnaast is het mogelijk dat de Staat vanwege zijn stelselverantwoordelijkheid als belanghebbende ten aanzien van een stichting wordt aangemerkt. Denk in dit kader bijvoorbeeld aan stichtingen die werkzaam zijn op het terrein van de volkshuisvesting of het onderwijs. Indien de Staat op grond van het voorgaande kwalificeert als belanghebbende, kan hij dus bij vermeende misstanden een verzoek aan de rechter doen om een stichtingsbestuurder te ontslaan. De Staat zou daarmee dus – indirect – ook invloed kunnen uitoefenen op het beleid van een (privaatrechtelijke) stichting. Om die reden wordt ook wel aangenomen dat de Staat terughoudend dient te zijn bij de uitoefening van deze bevoegdheid. Uiteraard geldt hierbij nog wel dat een rechter eerst zal moeten toetsen of er sprake is van de toepasselijkheid van (een van) de ontslaggronden van artikel 2:298 BW voordat hij tot ontslag van een stichtingsbestuurder kan besluiten. Ik zal deze thans nader inhoudelijk bespreken.

2.3 *Ontslaggronden van artikel 2:298 lid 1 BW*

Over de concrete toepassing van de ontslaggronden van artikel 2:298 BW is eveneens de nodige jurisprudentie voorhanden. Ten aanzien van de ontslaggrond: ‘doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten’, oordeelde de Hoge Raad in 1975 dat hiervan slechts sprake kan zijn indien op het moment van het doen of nalaten redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid daarvan mogelijk was. In hetzelfde arrest bepaalde de Hoge Raad dat het criterium: ‘wanbeheer’ eveneens beperkt moet worden opgevat. Daaronder moet niet worden begrepen bestuurlijk wanbeleid in het algemeen, maar (uitsluitend) financieel wanbeheer. Het gaat dan om tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de stichting of de zorg voor de verkrijging van inkomsten waarover de stichting kan beschikken. De achtergrond van deze restrictieve interpretatie is volgens de Hoge Raad dat de wetgever met artikel 12 Wet op Stichtingen 1956, de voorloper van artikel 2:298 BW, slechts een controle op de rechtmatigheid van het beleid voor ogen heeft gehad en niet een algemene controle op het beleid van bestuurders van stichtingen.¹³

11 Rb. Den Haag 30 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11933. In hoger beroep is deze beschikking door het Hof Den Haag bekrachtigd (Hof Den Haag 25 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1035).

12 Vgl. Rb. 's-Hertogenbosch 30 januari 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BC3002.

13 Zie HR 3 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AD4123 (*Stichting Vorming Werkende Jeugdigen*). De Hoge Raad voegde daar nog aan toe dat de regering indertijd met deze beperkte opvatting heeft willen voorkomen dat de rechter zich al te snel zou mengen in het beleid van overheidsstichtingen (welke stichtingen op een later

Het is de vraag of deze jurisprudentie thans nog actueel is. In de recente rechtspraak zijn steeds meer voorbeelden te vinden, waarbij een ruime(re) toepassing aan de ontslaggronden van artikel 2:298 BW wordt gegeven (waarbij niet zelden eerst wordt overgegaan tot schorsing van de bestuurder, zie hierna). In de hiervoor genoemde zaak inzake Stichting Loterijverlies.nl oordeelde de rechter dat sprake was van handelen in strijd met de statuten, nu de bestuurder door zijn handelen het risico had genomen dat de doelomschrijving van de stichting niet langer zou kunnen worden waargemaakt.¹⁴ Het criterium dat 'op het moment van doen of nalaten redelijkerwijs geen verschil over de onrechtmatigheid daarvan mogelijk was', werd daarbij nergens genoemd. In het hiertegen gerichte hoger beroep noemde het Hof Amsterdam dit criterium wel, maar voegde het hieraan toe: 'althans indien dit doen of nalaten *kennelijk* in strijd met de statuten is'. Dit lijkt een versoepeling van het in 1975 door de Hoge Raad geformuleerde criterium, al wordt niet helemaal duidelijk wat het Hof Amsterdam hiermee exact bedoelt. Wel merkt het Hof Amsterdam in diezelfde rechtsoverweging op dat van strijd met de statuten sprake is 'indien het gedrag of het nalaten van de bestuurder onverenigbaar is met wat naar de bepalingen van de statuten van een behoorlijke bestuurder mag worden geëist'.¹⁵ Vervolgens komt het hof in rechtsoverweging 3.18 tot de conclusie dat vermoedelijk sprake is van met de statuten strijdig financieel beheer. Het hof specificeert verder niet in strijd met welke statutaire bepaling van de stichting is gehandeld. Kennelijk acht het hof ook het handelen in strijd met de geest van de statuten voldoende. Het hof bekrachtigde uiteindelijk de beschikking van de rechtbank.

Ten aanzien van de grond wanbeheer oordeelde het Hof Amsterdam dat hieronder tevens moest worden verstaan: 'vrees voor wanbeleid'. De situatie was hier, kort gezegd, als volgt. De stichting stond aan het hoofd van een groep. Deze groep was in financiële problemen. Bovendien bestond er sterke twijfel of de bestuurder van de stichting het tij binnen de groep nog zou kunnen keren. De bestuurder woonde namelijk (permanent) in Dubai. Toen bleek dat zij tussen medio juli 2014 en begin september 2014 geen concrete invulling had gegeven aan haar bestuurstaak, achtte het hof de vrees voor wanbeleid aanwezig en schorste het de bestuurder. Dit oordeel is door de Hoge Raad met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO in stand gelaten.¹⁶ Het lijkt er dus op dat (thans) in het kader van artikel 2:298 BW toch een zekere controle op de rechtmatigheid van het gedrag van de bestuurder mag plaatsvinden. In ieder geval wordt nergens expliciet aangegeven waar in dit geval het *financiële* wanbeheer (zoals bedoeld in het arrest van de Hoge Raad uit 1975) uit bestaat.

moment onder het bereik van de Wet op Stichtingen zijn gebracht). Het is sterk de vraag of deze redenering thans nog opgaat. Ik kom hier bij de bespreking van het WBTR op terug.

14 Zie hiervoor voetnoot 9.

15 Hof Amsterdam 31 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:210 (*Stichting Loterijverlies.nl*), r.o. 3.10.

16 Zie hiervoor voetnoot 10.

Daarmee dringt zich de vergelijking op met de regels van het enquêterecht.¹⁷ In zijn conclusie bij het *Castle Capital*-arrest bepleitte A-G Timmerman overigens dat de door het hof genoemde gronden ook vielen binnen de door de Hoge Raad geformuleerde beperkte opvatting van wanbeheer.¹⁸

Ook in een ander opzicht is de reikwijdte van handelen in strijd met de statuten en/of wanbeheer opgerekt. Op 2 juni 2016 oordeelde de Rechtbank Amsterdam dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van handelen in strijd met de statuten en/of het voeren van wanbeheer niet alleen moet worden gekeken naar de gang van zaken binnen de stichting zelf, maar – gezien de verbondenheid tussen deze rechtspersonen – (tevens) naar de gang van zaken binnen de groep.¹⁹ De stichtingsbestuurder kan zich dus niet met succes beroepen op het feit dat er binnen de ‘holdingstichting’ niet of nauwelijks activiteiten worden verricht.

Op basis van het voorgaande mag voorzichtig geconcludeerd worden dat men in de recente (lagere) rechtspraak goed met de huidige ontslaggronden van artikel 2:298 lid 1 BW uit de voeten kan en dat vermeende misstanden op grond van dit artikel (tijdig) kunnen worden aangepakt. Daarbij valt nog op dat de rechter – meer dan voorheen – gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om bestuurders gedurende de procedure te schorsen (art. 2:298 lid 2 BW). Ik zal thans nader op deze bevoegdheid ingaan.

2.4 *Schorsing (art. 2:298 lid 2 BW)*

De hiervoor besproken uitspraken inzake Stichting Loterijverlies.nl en Stichting Castle Capital zagen allebei (ook) op de schorsing van een stichtingsbestuurder. Ingevolge artikel 2:298 lid 2 BW heeft de rechtbank de bevoegdheid om, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur te treffen en de bestuurder te schorsen. In dit kader maak ik twee opmerkingen. Allereerst is niet duidelijk wat wordt bedoeld met de woorden: ‘hangende het onderzoek’. Het lijkt erop dat hier wordt bedoeld op het eigen onderzoek door de rechter, maar de parlementaire geschiedenis biedt op dit punt geen uitsluitel.²⁰ Het

17 Zie ook de noot van J.M. Blanco Fernández bij Rb. Amsterdam 8 januari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:58, *JOR* 2015/195 (*Stichting Castle Capital*), waarin hij spreekt over de (verdere) ‘verenquêtisering’ van het stichtingenrecht.

18 ECLI:NL:PHR:2016:292, overweging 3.20.

19 Rb. Amsterdam 2 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5633.

20 Polak acht het op basis van de parlementaire geschiedenis verdedigbaar dat hiermee wordt bedoeld op het onderzoek als bedoeld in art. 11 Wet op Stichtingen, de voorloper van art. 2:297 lid 2 BW (J.M. Polak, *De Wet op Stichtingen, Tekst en Commentaar*, IJmuiden: Vermande & Zonen 1956, p. 125). Daarmee zou de ruimte voor voorlopige voorzieningen ex art. 2:298 lid 2 BW wel erg beperkt worden.

verdient dus aanbeveling dat de wetgever op dit punt duidelijkheid schept.²¹ Daarnaast merk ik op dat de wet niet duidelijk aangeeft onder welke omstandigheden een dergelijke schorsingsbevoegdheid bestaat. Moet in dat geval tevens zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 2:298 lid 1 BW? Dit lijkt niet het geval te zijn. De Rechtbank Rotterdam oordeelde in 2013 dat: ‘er voldoende reden was om aan de juistheid van het gevoerde beleid te twijfelen’ en dat er om die reden voldoende grond was om drie bestuursleden voor de duur van het geding te schorsen en twee tijdelijke bestuursleden te benoemen.²² Het Hof Amsterdam ging in 2015 nog een stap verder en achtte ‘*gerechtvaardigde vrees* voor wanbeleid’ voldoende om tot schorsing van een bestuurder over te gaan.²³ Dit oordeel liet de Hoge Raad in stand.²⁴ Het is wenselijk dat de wetgever ook op dit punt meer duidelijkheid biedt.

In het voorgaande is wederom een link met het enquêterecht zichtbaar. Belangrijk verschil met het enquêterecht is dat de door de Ondernemingskamer benoemde onderzoekers – anders dan in het geval van artikel 2:298 lid 2 BW – geen onderdeel uitmaken van het bestuur van de betrokken stichting. Wel zit er een zekere overlap in hun bevoegdheden. Als taak van deze ingevolge artikel 2:298 BW benoemde tijdelijke bestuurders wordt namelijk vaak expliciet genoemd dat zij onderzoek moeten verrichten naar het beleid en de gang van zaken binnen de stichting. Daarnaast hebben zij volgens vaste jurisprudentie voor de duur van hun benoeming alle bevoegdheden die de wet en de statuten aan de bestuurders van de stichting toekennen. Wel dienen zij van hun bevoegdheden in zoverre een terughoudend gebruik te maken dat zij in beginsel niet meer doen dan past bij de hun als bestuurders tijdelijk opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor een behoorlijk bestuur van de stichting.²⁵ Een laatste parallel met het enquêterecht

21 Ter vergelijking: in het enquêterecht kunnen er – zolang nog geen onderzoek is gelast – slechts onmiddellijke voorzieningen worden getroffen indien er naar het voorlopig oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen (art. 2:349a lid 3 BW). In dat geval kan er tevens een tijdelijke bestuurder worden aangesteld.

22 Rb. Rotterdam 6 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ3315. In Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6596, werd besloten tot het ontslag van de bestuurders, welke beschikking vervolgens door het hof is bekrachtigd (Hof Den Haag 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2556). Het hof oordeelde dat het mogelijk was dat de tijdelijke bestuurders, die ook belast waren met het onderzoek naar de gang van zaken, vervolgens werden benoemd tot definitieve bestuurders, mits het oordeel omtrent de uitkomsten van het onderzoek bij de rechter blijft liggen. Zie hierover tevens H. Koster, ‘Overpeinzingen over wanbeheer, onderzoek en voorlopige voorzieningen bij stichtingen (2:298 BW)’, *TvOB* 2014, afl. 6, p. 192-197.

23 A-G Timmerman merkte in zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2016:292, onder 3.22) hierover op dat art. 2:298 lid 2 BW weliswaar niet met zoveel woorden spreekt over rechterlijk ingrijpen ingeval van *vrees voor* wanbeheer, maar dat hij op grond van een redelijke wetsuitleg zou willen aannemen dat dit niettemin mogelijk is. Wel ligt het naar zijn mening voor de hand dat de rechter terughoudend moet zijn in het gebruikmaken van deze bevoegdheid.

24 Zie hiervoor voetnoot 10.

25 Vergelijk art. 2:345 lid 1 BW en HR 19 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK5989 (*Fuldauer II*).

volgt uit de mogelijkheid tot uitvoerbaar bij voorraadverklaring van de uitspraak tot schorsing of ontslag van een stichtingsbestuurder.²⁶

Ter volledigheid wijs ik er nog op dat het enquêterecht op de hiervoor genoemde stichtingen formeel niet van toepassing was, nu niet was voldaan aan de vereisten van artikel 2:344 onder b BW en er ook op andere gronden geen bevoegdheid bestond om een enquête bij deze stichtingen te verzoeken. Gezien de hiervoor genoemde ontwikkeling in de jurisprudentie verdient het naar mijn mening aanbeveling dat nader wordt onderzocht of en in hoeverre het wenselijk is dat artikel 2:298 BW en het enquêterecht met elkaar in lijn worden gebracht, bijvoorbeeld ten aanzien van de gronden voor het treffen van voorlopige voorzieningen. Een dergelijke samenvoeging zou als voordeel kunnen hebben dat wordt aangesloten bij een reeds bestaande rechtspraak. Bovendien zou in dat geval de Ondernemingskamer als specialistische rechter, over dergelijke verzoeken oordelen. Ten slotte zou daarmee de thans bestaande onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van artikel 2:298 lid 2 BW kunnen worden ondervangen. Overigens is in de literatuur terecht opgemerkt dat toepassing van het enquêterecht op niet-commerciële stichtingen minder voor de hand ligt.²⁷

2.5 Bestuursverbod (art. 2:298 lid 3 BW)

Aan een ontslag als stichtingsbestuurder koppelt de wet een bestuursverbod. In het derde lid van artikel 2:298 BW is namelijk sinds 1 januari 1994 bepaald dat een door de rechtbank ontslagen bestuurder gedurende vijf jaar na zijn ontslag geen bestuurder van een stichting kan worden. Voordien gold dat dergelijke bestuurders gedurende vijf jaar geen bestuurder meer mochten zijn van de stichting waar zij als bestuurder waren ontslagen. In de memorie van toelichting wordt over de wijziging van dit artikellid opgemerkt:

‘De ratio van de voorgestelde wijziging behoeft weinig toelichting. Het spreekt wel vanzelf, dat een bestuurder die wegens handelingen in strijd met de wet of de statuten, wegens weigering te voldoen aan de bevelen van de rechtbank om inzage te geven van boeken en bescheiden van de stichting, of wegens wanbeheer wordt ontslagen – een krasse maatregel! – niet alleen ongeschikt moet worden geacht om te worden herbenoemd bij de desbetreffende stichting, maar ongeschikt is voor benoeming als bestuurder bij welke stichting dan ook.’²⁸

26 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290 (*Stichting IHD*).

27 Zie de noot van R.C. de Mol bij Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6596, *JOR* 2013/271. Zie tevens H. Koster, ‘Overpeinzingen over wanbeheer, onderzoek en voorlopige voorzieningen bij stichtingen (2:298 BW)’, *TvOB* 2014, afl. 6, p. 192-197.

28 *Kamerstukken II* 1991/92, 22400, 3, p. 17. Het CNV had indertijd op een dergelijke bepaling aangedrongen.

Als de bepaling nader wordt bestudeerd, dan valt een aantal zaken op. Zo geldt artikel 2:298 lid 3 BW uitsluitend voor formele bestuurders. Aan feitelijk beleidsbepalers en voormalige bestuurders is indertijd niet gedacht. Aan hen kan op grond van dit artikel geen bestuursverbod worden opgelegd.²⁹ Daarmee is meteen een belangrijk nadeel van het huidige bestuursverbod blootgelegd: het is eenvoudig te omzeilen. Kreileman wijst er terecht op dat feitelijke en gewezen bestuurders wél onder het bereik vallen van de op 1 juli 2016 in werking getreden Wet civielrechtelijk bestuursverbod (zie art. 106d lid 1 Fw).³⁰ Kort gezegd biedt deze wet de rechter de mogelijkheid een bestuursverbod op te leggen aan (gewezen/feitelijke) bestuurders van een failliete rechtspersoon die zich tijdens of in de drie jaren voorafgaande aan het faillissement schuldig hebben gemaakt aan faillissementsfraude of wanbestuur.³¹ Het voert in dit kader te ver om de overige verschillen tussen het bestuursverbod van artikel 2:298 BW en het civielrechtelijk bestuursverbod nader te bespreken.³² Wel wil ik kort een aantal andere belangrijke nadelen van het huidige bestuursverbod van artikel 2:298 BW aanstippen. Allereerst noem ik in dit kader dat het bestuursverbod nauwelijks voor derden (waaronder het notariaat) kenbaar is. Er is thans geen openbaar register van bestuursverboden voorhanden. Weliswaar moet ingevolge artikel 2:302 BW een in kracht van gewijsde gegane uitspraak tot ontslag van een bestuurder via de betrokken griffier in het handelsregister worden ingeschreven, maar dit verhoogt de kenbaarheid voor derden niet of nauwelijks. Van het notariaat kan derhalve ook niet verlangd worden dat bij het passeren van een akte van oprichting van een stichting – waarbij de eerste bestuurder(s) worden benoemd – nader onderzoek naar het bestaan van een bestuursverbod wordt verricht. De poortwachtersfunctie van de notaris komt hier dus niet tot haar recht.³³ Daarnaast geldt het bestuursverbod van rechtswege bij ontslag van een stichtingsbestuurder. De rechter kan derhalve geen rekening houden met de omstandigheden van het geval. Met de ruime(re) interpretatie die steeds meer aan artikel 2:298 lid 1 BW wordt gegeven, kan de vraag worden gesteld of dit een wenselijke ontwikkeling is. Ik verwijs ook naar de eerdergenoemde passage uit de parlementaire geschiedenis:

29 Zie ook Rb. Amsterdam 2 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5634, *JOR* 2016/231, m.nt. N. Kreileman (onder *JOR* 2016/232). Het ging hier om een feitelijk beleidsbepaler die nauwe instructies aan de formele bestuurder gaf.

30 Wet van 8 april 2016 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod, *Stb.* 2016, 153.

31 Zie art. 106a Fw en *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 1.

32 Ik verwijs daarvoor naar N. Kreileman en C.D.J. Bulten, 'Het civielrechtelijke bestuursverbod', *Ondernemingsrecht* 2016/109, p. 535-546.

33 Wel is er thans een wetsvoorstel aanhangig, waarin wordt voorzien in de registratie bij het handelsregister van een bij onherroepelijke uitspraak uitgesproken ontslag van een bestuurder, als bedoeld in art. 2:298 lid 1 BW. In de nog op te stellen bijbehorende algemene maatregel van bestuur zullen blijkens de memorie van toelichting nadere regels worden gesteld over de publicatie van een dergelijk ontslag op een openbaar raadpleegbare lijst. Dit zou derhalve de kenbaarheid voor derden ten goede komen. Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34687, 2, p. 4 (het voorgestelde art. 29) en *Kamerstukken II* 2016/17, 34687, 3, p. 6.

destijds werd aangenomen dat het ontslag van een bestuurder 'een krasse maatregel' betrof. Materieel gezien zijn de gevolgen van een bestuursverbod echter weer beperkt: aangenomen wordt dat het bestuursverbod reeds bestaande bestuursposities bij stichtingen onverlet laat. Tevens ziet het bestuursverbod niet op de herbenoeming als bestuurder of toezicht-houder bij een andere rechtspersoon dan een stichting. Uit de parlementaire geschiedenis wordt niet duidelijk waarom is gekozen voor een dergelijke beperkte reikwijdte en waarom een soortgelijk bestuursverbod niet geldt bij andere (commerciële) rechtsvormen, zoals de bv en de nv. Kortom, er kunnen naar mijn mening vraagtekens worden gezet bij het nut, de noodzaak en de reikwijdte van de huidige regeling van het bestuursverbod.

Hiervoor merkte ik al op dat de Hoge Raad het mogelijk acht dat het besluit tot schorsing of ontslag van een stichtingsbestuurder uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. Bij ontslag betekent dit dus ook dat het bestuursverbod van kracht lijkt te worden voordat de beschikking onherroepelijk is geworden. De vraag is of dit wenselijk is. Een uitvoerbaar bij voorraad verklaring kan tot ongewenste gevolgen leiden wanneer in hoger beroep de ontslagbeschikking alsnog wordt vernietigd. In de tussenliggende periode was het dan ten minste onduidelijk of de betrokkene kon worden (her)benoemd als bestuurder van een stichting. Om die reden is met betrekking tot het civielrechtelijk bestuursverbod in artikel 106b lid 6 Fw expliciet bepaald dat een vonnis houdende de oplegging van een bestuursverbod niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard.³⁴

Het voorgaande brengt mij tot de conclusie dat het wenselijk is dat de wetgever het nut en de noodzaak van het bestuursverbod van artikel 2:298 lid 3 BW heroverweegt. Daarbij kan dan tevens worden gekeken naar de (ervaringen met de) nieuwe regeling van het civielrechtelijk bestuursverbod. Wordt besloten om het bestuursverbod, al dan niet in gewijzigde vorm, te handhaven, dan zal tevens aandacht moeten worden besteed aan de vraag of het bestuursverbod (ten gevolge van het ontslag als stichtingsbestuurder) feitelijk uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard. Wellicht kan uit het feit dat ingevolge het wetsvoorstel 34687 slechts onherroepelijke uitspraken tot ontslag van stichtingsbestuurders bij het handelsregister worden gepubliceerd, worden afgeleid dat dit niet de bedoeling is van de wetgever.³⁵

³⁴ Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, 3, p. 27.

³⁵ Zie voetnoot 33. Het is wenselijk dat de wetgever op dit punt meer duidelijkheid biedt, ook vanwege de onder par. 3.8 te bespreken arbeidsrechtelijke consequenties van een rechtspersonenrechtelijk ontslag.

2.6 *Verhouding rechtspersonenrecht met arbeidsrecht?*

Ten slotte maak ik nog een korte opmerking over de verhouding tussen de rechtspersonenrechtelijke positie en de arbeidsrechtelijke positie van een stichtingsbestuurder. In het verleden is meerdere malen de vraag aan de orde geweest of het einde van de rechtspersonenrechtelijke positie van de bestuurder ook automatisch beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de bestuurder inhield. Voor de nv en de bv heeft de Hoge Raad in zijn 15 april-arresten geoordeeld dat het einde van de vennootschappelijke band inderdaad ook het einde van de arbeidsverhouding inhield.³⁶ Onduidelijk is of deze jurisprudentie ook voor stichtingen geldt. De Rechtbank Roermond oordeelde dat het ontslag van een bestuurder van een stichting niet tevens het einde van zijn arbeidsrechtelijke betrekking tot de stichting inhield, omdat – anders dan bij de nv en bv – voor stichtingen geen vrijstelling was verleend van de verplichting van artikel 6 Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (BBA).³⁷ Inmiddels is artikel 6 BBA vervallen. Volledige duidelijkheid op dit punt bestaat er echter nog steeds niet.

3 HET WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

3.1 *Aanleiding*

In het voorgaande kwam ik al tot de conclusie dat lagere rechters geen problemen lijken te ondervinden bij de toepassing van artikel 2:298 BW. Aan de andere kant geldt dat (duidelijke) rechtspraak van de Hoge Raad over dit artikel (sinds 1975) ontbreekt. Ook los daarvan is er in de literatuur de nodige kritiek uitgeoefend op de uitleg die door de Hoge Raad aan de ontslaggronden is gegeven. In de memorie van toelichting bij het Voorontwerp stond hierover het volgende (met bijbehorende voetnoten):³⁸

‘Vanuit de praktijk en in de literatuur is opgemerkt dat de vraag of ten tijde van het doen of nalaten van de bestuurder redelijkerwijs geen verschil van mening mogelijk was over de onrechtmatigheid daarvan, zich in veel gevallen lastig laat beantwoorden.

In procedures waarin om het ontslag van een stichtingsbestuurder wordt verzocht, wordt regelmatig de vraag gesteld in hoeverre de omstandigheid dat een stichtingsbestuurder te maken heeft met technische wetgeving of afgegaan is

36 HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2713 (*Bartelink/Ciris*) en HR 15 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2030, NJ 2005/484 (*Unidek*).

37 Rb. Roermond (vzr.) 22 april 2009, ECLI:NL:RBROE:2009:BI3032.

38 Zie p. 32 van de memorie van toelichting bij het Voorontwerp.

op adviezen van professionele partijen van invloed is of zou moeten zijn. Voorts is gesignaleerd dat de vraag is of de grond “doen of nalaten in strijd met de wet of de statuten” het mogelijk maakt dat een bestuurder die zich zo ernstig misdraagt dat hij redelijkerwijs niet als bestuurder kan worden gehandhaafd als bestuurder kan worden ontslagen. In de rechtspraak is overwogen dat voor ontslag van een bestuurder geen ruimte bestaat indien door een verschil van inzicht tussen de bestuurders geen vruchtbare samenwerking binnen het bestuur meer mogelijk is. In beginsel is het de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur om hiervoor een oplossing te creëren.³⁹ Ten aanzien van het criterium (financieel) wanbeheer geldt dat in de rechtspraak geen sprake is van een eenduidige interpretatie. Zo wordt de vraag of financieel wanbeheer kan zijn gelegen in een enkele gedraging dan wel of sprake moet zijn van een langduriger karakter verschillend beantwoord.⁴⁰ Ook wordt de term wanbestuur naast de term wanbeheer gebruikt. In de literatuur is in dat licht de vraag gesteld of de beperking van wanbeheer tot financieel wanbeheer nog wel aan de orde is.⁴¹ Ook is betoogd dat de ontslaggrond wanbeheer de zaken onnodig compliceert nu wanbeheer een vorm is van strijd met de wet, namelijk met artikel 2:9 BW dat van bestuurders eist dat zij hun taak naar behoren vervullen.⁴²

In de memorie van toelichting bij het WBTR wordt vervolgens een ommezwaai gemaakt. Op pagina 7 staat daar:

‘In de praktijk blijken deze ontslaggronden in bepaalde gevallen niet toereikend om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven. Deze situatie is onwenselijk. Zij kan er onder omstandigheden toe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichting in gevaar komt. In geval van stichtingen die actief zijn in semipublieke sectoren, kan daardoor mogelijk ook de uitvoering van diensten of taken van publiek belang in het gedrang komen.’⁴³

39 Rb. Dordrecht 21 december 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU9149, JOR 2006/146 (*Stichting HogeSnelWeg*) en Hof Leeuwarden 24 augustus 2005, ECLI:NL:GHLEE:2005:AU1866 (*Stichting Schaapstil I*).

40 Hof ’s-Hertogenbosch 23 augustus 2005, JOR 2006/145 (*Stichting Winterberging Pleziervaartuigen*) en Rb. Dordrecht 21 december 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU9149, JOR 2006/146 (*Stichting HogeSnelWeg*).

41 J.M.M. Maeijer in zijn noot onder HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8290, NJ 2007/45 (*Stichting IHD*).

42 Vgl. E. Schmieman, ‘De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen’, *TvOB* 2008, afl. 2, p. 48.

43 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7.

Het is dus thans niet meer de onduidelijkheid van de huidige bepaling (en de daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid) die als basis dient voor de wijziging, maar het feit dat de bestaande ontslaggronden niet ruim genoeg zouden zijn. Reeds nu merk ik op dat om die reden een deel van de in het Voorontwerp gesignaleerde problemen door inwerking-treding van het WBTR niet zullen worden opgelost. Ik zal thans nader ingaan op de voorgestelde formulering van het nieuwe artikel 2:298 BW.

3.2 Tekstvoorstel artikel 2:298 BW

Artikel 2:298 BW komt als volgt te luiden [met mijn cursivering, noot lid 1 ingevoegd]:

- Lid 1 Een bestuurder kan op verzoek van een belanghebbende of van het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontslagen wegens *verwaarlozing van zijn taak*, wegens *andere gewichtige redenen*, wegens *ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld* of wegens het niet of niet behoorlijk⁴⁴ voldoen aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank ingevolge artikel 297 gegeven bevel.
- Lid 2 De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder schorsen.
- Lid 3 Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder *of commissaris* van een stichting worden.
- Lid 4 *Het in de voorgaande leden bepaalde is van overeenkomstige toepassing op (nieuw) commissarissen.*

Naar het oordeel van de wetgever past de voorgestelde regeling hiermee beter bij de functie die stichtingen vandaag de dag in het maatschappelijke en economische verkeer vervullen.⁴⁵ Daarmee lijkt de wetgever overigens vooral het oog te hebben gehad op de stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector. Gezien de uiteenlopende functies die de stichting in het rechtsverkeer vervult – van stichting administratiekantoor tot algemeen nut beogende instelling – lijkt een algemene typering van stichtingen in dit kader niet goed mogelijk.⁴⁶

Hierna zal ik het WBTR inhoudelijk bespreken. Daarbij zal ik dezelfde volgorde aanhouden als hierboven onder het huidige recht.

44 In het Voorontwerp werd opgemerkt dat onder ‘niet behoorlijk’ ook ‘niet’ moest worden verstaan. Kennelijk is de wetgever hiervan teruggekomen.

45 *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 7.*

46 Vgl. ook het advies van de Raad van State, *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 4, p. 2-3.*

3.3 *Begrip belanghebbende*

In de memorie van toelichting bij het Voorontwerp (p. 33-34) is tamelijk uitgebreid ingegaan op de vraag wie als belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW hebben te gelden. Daarbij werd met name aandacht besteed aan de positie van de Staat. Zo bepaalde het Voorontwerp onder meer dat – indien er sprake is van een financieringsrelatie tussen de Staat en een stichting – aangenomen moeten worden dat de Staat als belanghebbende binnen de eerste kring heeft te gelden. Het leek er daarmee op alsof beoogd was om de kring van belanghebbenden (verder) uit te breiden. In de consultatie is daarop de nodige kritiek gekomen.⁴⁷ Daarbij werd aangevoerd dat externe belanghebbenden een inbreuk op het algemeen belang of op hun eigen belang niet zouden mogen aanvoeren als reden voor het ontslag van een stichtingsbestuurder. De wetgever heeft deze kritiek ter harte genomen. In de memorie van toelichting bij het WBTR (p. 35 e.v.) is opgenomen dat de voorgestelde aanpassingen geen wijziging beogen aan te brengen in de beantwoording van de vraag wie als belanghebbende als bedoeld in artikel 2:298 BW kan worden aangemerkt. De tweekringenleer van de Hoge Raad, als hierboven in paragraaf 2.2 omschreven, blijft derhalve onverminderd van kracht. In geval van een financieringsrelatie *kan* volgens de memorie van toelichting de Staat in zijn belangen worden geraakt, indien de stichtingsbestuurder het belang van de stichting schaadt. Daarmee lijkt het belang van de stichting een belangrijke rol te spelen bij de beantwoording van de vraag of iemand als belanghebbende kwalificeert. Deze kwestie kwam recent aan de orde bij de uitspraak van de Hoge Raad inzake Castle Capital.⁴⁸ Daar werd door eiser in cassatie onder meer gesteld dat het door een belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW te stellen belang moet zien op behartiging van de belangen van de stichting zelf. De Hoge Raad verwierp – conform het advies van A-G Timmerman – dit middel (met toepassing van art. 81 Wet RO). Daarmee lijkt dus de weg vrij voor een ruime invulling van het begrip belanghebbende, waarbij een eigen dan wel algemeen belang reeds voldoende kan zijn om als belanghebbende te kwalificeren. De hierboven besproken uitspraken inzake Stichting SRK Rechtsbijstand en Stichting Loterijverlies.nl kunnen daarbij ter illustratie dienen.⁴⁹

Een laatste vraag, die ik slechts kort aanstip, is in hoeverre het van belang is of de Staat via de publiekrechtelijke route een soortgelijk resultaat kan bereiken. Vaste rechtspraak is immers dat als de overheid door gebruikmaking van de publiekrechtelijke weg een verge-

47 Zie bijvoorbeeld de reactie van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht, p. 13, te vinden via: www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties.

48 Zie voetnoot 10. Deze uitspraak is overigens van na het moment van het verschijnen van de memorie van toelichting bij het WBTR.

49 Ter volledigheid merk ik nog op dat het algemeen belang en het belang van de stichting elkaar (gedeeltelijk) kunnen overlappen. Zie bijvoorbeeld art. 19 lid 1 Woningwet, waarin is bepaald dat woningcorporaties uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam dienen te zijn.

lijkbaar resultaat kan bereiken, in beginsel de publiekrechtelijke weg moet worden gevolgd.⁵⁰ In de memorie van toelichting bij het WBTR wordt aan deze samenloop geen aandacht besteed. Overes en Plomp gaan in hun heldere preadviezen voor de Vereniging Handelsrecht (ten aanzien van de onderwijssector en de zorgsector) wel nader in op deze vraag.⁵¹ Ik volsta hier met de opmerking dat na een publiekrechtelijke aanwijzing tot ontslag van een stichtingsbestuurder nog altijd een daartoe strekkend besluit van het tot ontslag bevoegde orgaan noodzakelijk is. Hierbij zal het tot ontslag bevoegde orgaan (soms het bestuur zelf) een zelfstandige afweging van de belangen moeten maken. Tevens zullen de algemene regels van het rechtspersonenrecht (zoals de verplichting om de bestuurder te horen) in acht moeten worden genomen. Er zit dus ten minste enig verschil tussen de route van artikel 2:298 BW en de publiekrechtelijke route.

3.4 *Nieuwe ontslaggronden van artikel 2:298 lid 1 BW*

Bij het bestuderen van de (toelichting op de) voorgestelde nieuwe ontslaggronden vallen twee dingen op. Allereerst dat kennelijk beoogd is om de ontslaggronden te verruimen en daarnaast dat met de regeling wordt aangesloten bij de criteria voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de Ondernemingskamer (zie art. 2:161 lid 2 BW en art. 2:271 lid 2 BW).⁵²

Hiervoor concludeerde ik al dat de huidige ontslaggronden van artikel 2:298 BW voldoende ruimte aan rechters lijken te bieden om niet functionerende bestuurders te ontslaan. De Hoge Raad lijkt met het arrest inzake Castle Capital – meer dan in het verleden – ruimte te bieden om tot ontslag van stichtingsbestuurders over te gaan. De vraag is daarmee gerechtvaardigd of verruiming van de ontslaggronden daadwerkelijk noodzakelijk is. Dit speelt des te sterker, nu aan een dergelijk ontslag automatisch een bestuursverbod voor vijf jaren is gekoppeld. Met het verruimen van de gronden voor ontslag worden immers (indirect) ook de gronden voor het bestuursverbod verruimd.⁵³ In de parlementaire

⁵⁰ HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965 (*Windmill*).

⁵¹ C.H.C. Overes, 'Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot de onderwijssector', en E. Plomp, 'De wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector?', in: *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector. Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen* (Preadviezen van de Vereniging Handelsrecht 2016), Zutphen: Paris 2016, p. 100-101 en p. 128 en 142. Plomp adviseert daarbij overigens om juist de (publieke) aanwijzingsbevoegdheid te schrappen. Zie daarnaast M.F. Nolen, 'De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013, afl. 2, p. 63-72.

⁵² Dit mede naar aanleiding van het advies van de Commissie vennootschapsrecht, te vinden via: www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties, onder 3.4.4. Zie daarnaast ook art. 2:63i lid 2 BW en art. 33 Woningwet.

⁵³ Zie hierover ook M. Koelemeijer, 'De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 32.

geschiedenis wordt aan deze (naar mijn mening ongewenste) consequentie geen aandacht besteed. Ook andere bestaande onduidelijkheden, zoals genoemd in het Voorontwerp en hiervoor omschreven, worden door de voorgestelde verruiming van de ontslaggronden niet opgelost. Denk bijvoorbeeld aan de complexe regelgeving waar stichtingsbestuurders in de semipublieke sector mee hebben te maken. Mag een rechter hiermee rekening houden? Is daarnaast reeds sprake van verwaarlozing van de taak indien de bestuurder eenmalig in strijd met een van deze bepalingen handelt? Kan een bestuurder worden ontslagen indien vruchtbare samenwerking binnen het bestuur niet meer mogelijk is? En zo ja, is het dan redelijk dat voor de ontslagen bestuurder automatisch een bestuursverbod geldt? De memorie van toelichting bij het WBTR zwijgt op deze punten. Ten slotte lijkt de wetgever met de verruiming van de ontslaggronden uit het oog te verliezen dat de grote meerderheid van de stichtingen wordt bestuurd door onbezoldigde vrijwilligers. Het is de vraag of zij door de verruiming van de ontslaggronden (en het daaraan gekoppelde bestuursverbod) nog bereid zullen zijn om dergelijke functies op zich te nemen. De voorgestelde beperking van het aansprakelijkheidsrisico lijkt mij in dat kader niet voldoende. Indien het stichtingen betreft die in de semipublieke sector werkzaam zijn en de Staat de bevoegdheid zou willen hebben om in het bestuur van dergelijke stichtingen in te kunnen grijpen, ligt het naar mijn mening meer voor de hand om hiervoor in de specifieke sectorwet een voorziening te treffen.⁵⁴

De aansluiting bij de ontslaggronden van de artikelen 2:161/271 lid 2 BW heeft als voordeel dat kan worden gekeken naar de reeds bestaande parlementaire geschiedenis en jurisprudentie op dit vlak. Hierdoor kan de rechtseenheid worden bevorderd. De bepaling omtrent het ontslag van een commissaris door de Ondernemingskamer is in de wet opgenomen bij de inwerkingtreding van de Structuurwet op 1 juli 1971.⁵⁵ Jurisprudentie over (een van) deze bepalingen is schaars.⁵⁶ Wel wordt er in de parlementaire geschiedenis kort op deze artikelen ingegaan. Zo wordt onder meer opgemerkt dat de mogelijkheid tot tussentijds

54 Zie in dit kader ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 34/35. Voor een concreet voorbeeld: zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10, p. 23, waarin de minister aangeeft dat wanneer acuut ingrijpen bij bepaalde onderwijsinstellingen noodzakelijk is, hij de bevoegdheid zou moeten hebben om de rechter te verzoeken om bestuurders of toezichthouders te schorsen of te ontslaan.

55 Wet houdende wijziging van het Wetboek van Koophandel (Voorzieningen met betrekking tot de structuur der naamloze en besloten vennootschappen) van 6 mei 1971, *Stb.* 1971, 289. Het betrof toen art. 52k WvK.

56 In Hof Amsterdam (OK) 19 december 1985, *TVVS* 1986, p. 54, m.nt. M.G. Rood, besloot de Ondernemingskamer op grond van art. 2:161 lid 2 BW alle leden van de raad van commissarissen te ontslaan, omdat zij gedurende een reeks van jaren, zonder rechtvaardiging, de situatie hebben laten voortbestaan waarin de voorzitter van de raad van commissarissen als enig bestuurder van de vennootschap functioneerde. De Hoge Raad casseerde deze uitspraak, omdat het structuurregime niet (meer) op de vennootschap van toepassing was (HR 24 december 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9652). In Rb. Zutphen 7 mei 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AL8069, *JOR* 2003/228, werd de OR niet-ontvankelijk verklaard in een verzoek ex art. 2:271 lid 2 BW, nu de OR als zodanig geen procesbevoegdheid had.

ontslag slechts wordt opengesteld voor noodgevallen en dat een ingrijpende wijziging van omstandigheden zich onder meer voordoet indien door fusie een nieuwe samenstelling van de raad van commissarissen nodig wordt.⁵⁷ In reactie op een Kamervraag of het niet buitengewoon onelegant zou zijn om hiervoor het middel van ongevraagd ontslag door de Ondernemingskamer voor te schrijven, antwoordde de minister dat ontslag wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden wel zelden in de praktijk zal voorkomen en dat gewoonlijk op basis van vrijwilligheid een regeling zal worden getroffen. Als dit echter niet lukt, dan zou volgens de minister een oplossing tot stand moeten kunnen komen, al is dat dan niet meer langs de meest elegante weg.⁵⁸ In de Groene Serie Rechtspersonen voegen De Groot en Verkerk daar nog aan toe dat naar hun mening ook van een ingrijpende wijziging van omstandigheden sprake zal zijn, indien een commissaris betrokken raakt bij een schandaal of bij een concurrerende onderneming.⁵⁹ Bij de ontslaggrond ‘andere gewichtige redenen’ kunnen volgens Blanco Fernández persoonlijke omstandigheden van de commissaris – die op zich los staan van zijn taakvervulling – een rol spelen. Volgens hem kan een commissaris wiens privéleven het aanzien van de vennootschap schaadt, worden ontslagen.⁶⁰ Het lijkt mij – mede gezien de handhaving van het bestuursverbod – niet wenselijk als bij stichtingen een soortgelijke ruime uitleg aan de ontslaggrond: ‘ingrijpende wijziging van omstandigheden’ zou worden gegeven. Daarnaast is het naar mijn mening maar de vraag of – bij gebrek aan nadere onderbouwing in de parlementaire geschiedenis en gerechtelijke uitspraken op dit vlak – hiermee de gewenste duidelijkheid aan de praktijk wordt geboden. Sterker nog: door de expliciete verwijzing naar deze artikelen lijkt juist eerder onduidelijkheid te ontstaan. Mijns inziens zou de wetgever ten minste moeten verduidelijken dat de bovenstaande voorbeeldgevallen in het kader van artikel 2:298 BW niet zonder meer tot ontslag van een stichtingsbestuurder (dan wel een stichtingscommissaris, zie hierna) zouden moeten leiden.

Ten slotte kan nog de vraag rijzen wat de verhouding is tussen de voorgestelde wettelijke ontslaggronden en de ontslaggronden die in de statuten van de stichting zijn opgenomen. De memorie van toelichting bij het WBTR merkt daarover op dat artikel 2:298 BW een aanvulling vormt op de statutaire ontslagregelingen en dat zij dergelijke ontslagregelingen onverlet laat.⁶¹ Andersom kan de rechter tevens van de wettelijke ontslagbevoegdheid gebruikmaken, wanneer er een statutair tot ontslag bevoegd orgaan in de stichting is. Om

57 *Kamerstukken II* 1969/70, 10751, 3, p. 17-18.

58 *Kamerstukken II* 1970/71, 10751, 10, p. 10.

59 GS Rechtspersonen, art. 2:161 BW, aant. 3 (Tussentijds ontslag). Zie daarnaast: A.G.H. Klaassen, ‘Van zorginstellingen, zorgverzekeraars en patiëntenverenigingen en het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen’, *Onderneming en Financiering* 2017 (25) 1, p. 31-32.

60 J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij nv en bv* (diss. Rijksuniversiteit Limburg), Deventer: Kluwer 1993, p. 125.

61 *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 35.

die reden lijkt mij het oordeel van de Rechtbank Den Haag, dat verzoeker niet als belanghebbende kon worden aangemerkt, nu er sprake was van (indirect) toezicht op de stichtingsbestuurder via de ledenvergadering, onjuist.⁶² Ook de redenering van het hof overtuigt mij niet. Allereerst oordeelt het hof dat het zijn van: (1) lid van het ANV, (2) voormalig bestuurslid van het ANV en (3) bestuurslid van een afdeling van het ANV op zichzelf onvoldoende is om als belanghebbende ten aanzien van de gelieerde stichting te worden aangemerkt. In algemene zin lijkt mij dit niet onjuist, al kan in casu vanwege de nauwe banden tussen het ANV en de stichting ook goed anders worden geoordeeld. Het is immers het ANV dat indertijd de stichting heeft opgericht, waarbij tevens een gedeeltelijke personele unie tussen het ANV en de stichting is gecreëerd. Door het onderbrengen van dit fonds in een aparte stichting, is het fonds door het ANV onttrokken aan het (rechtstreekse) toezicht van de leden van ANV. Dit pleit naar mijn mening voor een ruime(re) toepassing van het belanghebbendebegrip, zeker nu de verzoeker in de jaren na oprichting met regelmaat kritiek is blijven uiten op het beleid van de stichting en erin is geslaagd om een statutenwijziging van de stichting in 2008 ongedaan te maken. Vervolgens worden door het hof factoren als tijdsverloop, de ingrijpendheid van de maatregel, de nauwere betrokkenheid van het ANV en het feit dat verzoeker onvoldoende gehoor binnen het ANV heeft gevonden voor zijn bezwaren genoemd ter ondersteuning van het oordeel dat verzoeker geen belanghebbende is. Dergelijke criteria volgen naar mijn mening niet uit artikel 2:298 BW en de rechtspraak van de Hoge Raad op dit punt. Het feit dat de interne route niet succesvol is geweest, is op basis van de memorie van toelichting bij de WBTR niet relevant.⁶³ Hoogstens kan de ingrijpendheid van de maatregel nog een rol spelen bij de vraag of daadwerkelijk aan de criteria van artikel 2:298 BW is voldaan.

3.5 *Voorlopige voorzieningen en schorsing (art. 2:298 lid 2 BW nieuw)*

De huidige regeling van artikel 2:298 lid 2 BW wordt door het WBTR niet gewijzigd. De hiervoor geconstateerde onduidelijkheden blijven dus vooralsnog bestaan. Wel komen commissarissen op grond van het voorgestelde artikel 2:298 lid 4 BW ook onder het bereik van deze bepaling te vallen.

In dit kader is daarnaast nog van belang dat het voorgestelde artikel 2:11 lid 8 BW bepaalt dat de raad van commissarissen te allen tijde bevoegd is om iedere bestuurder te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Dit geldt ook voor ten tijde van de inwerkingtreding van

⁶² Zie hiervoor voetnoot 11. Anders Groffen, die in *JOR* 2017/33 spreekt over een 'mooi verband tussen de strekking van artikel 2:298 BW (aanvulling op gebrekkige governance) en de kring van belanghebbenden'.

⁶³ Zie hiervoor voetnoot 61.

het WBTR reeds bestaande stichtingen. Indien dit niet gewenst is, zal expliciet in de statuten moeten worden bepaald dat de raad van commissarissen deze bevoegdheid niet heeft.⁶⁴

3.6 *Bestuursverbod (art. 2:298 lid 3 BW nieuw)*

Zoals ik hiervoor al opmerkte, wordt in de memorie van toelichting bij het WBTR niet ingegaan op het feit dat door de verruiming van de ontslaggronden ook de reikwijdte van het bestuursverbod wordt vergroot. Wel wordt aangegeven dat artikel 2:298 lid 3 BW in die zin wordt verruimd, dat een ontslagen stichtingsbestuurder gedurende vijf jaren ook geen commissaris van een stichting kan worden. Hoewel deze uitbreiding op zichzelf niet onbegrijpelijk is, betekent dit naar mijn mening des te sterker dat de relatie tussen de ontslaggronden en het bestuursverbod in het oog moet worden gehouden. Met de bestaande kritiek op het huidige bestuursverbod (werkt automatisch, makkelijk te omzeilen, omvat slechts toekomstige functies bij stichtingen, geldt niet voor andere rechtsvormen dan stichtingen) wordt niets gedaan. Uitsluitend de kenbaarheid van het bestuursverbod voor derden zal worden verbeterd. Mijn conclusie is derhalve dat de doelstelling van het WBTR (verbetering van het wettelijke kader) hier niet wordt bereikt.

3.7 *Overeenkomstige toepassing op commissarissen (art. 2:298 lid 4 BW nieuw)*

Ingevolge het nieuwe vierde lid van artikel 2:298 BW komen de hiervoor besproken ontslagregels ook te gelden voor een commissaris van een stichting. Aanleiding voor deze toevoeging is dat met dit WBTR ook voor de stichting een wettelijke grondslag wordt gegeven voor de instelling van een raad van commissarissen. De overwegingen die ten grondslag liggen aan de gegeven mogelijkheid tot ontslag van een stichtingsbestuurder (niet onderworpen aan een vorm van interne controle), gelden eveneens ten aanzien van een commissaris. De regeling wordt daarom van overeenkomstige toepassing verklaard op commissarissen van een stichting. Op zich lijkt mij dat geen slecht idee. In aanvulling hierop adviseer ik om artikel 2:299 BW eveneens van toepassing te verklaren op de raad van commissarissen.⁶⁵ Dit artikel ziet – kort gezegd – op de mogelijkheid van rechterlijke

⁶⁴ In de memorie van toelichting is een aantal keer opgemerkt dat het WBTR niet beoogt wijziging aan te brengen in bestaande bestuursstructuren (zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 1 en 8). Dit lijkt dus niet helemaal consistent. Zie ook J.D.M. Schoonbrood en J.J. Meppelink, 'Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudige stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV', *WPNR* 2016-7118, p. 683-686.

⁶⁵ In D.O. Ohmann, 'Verzoek tot aanvulling bestuur stichting: HR 7 september 2012 en de stand van zaken', *JBN* 2012 (12) 63, p. 10-13, bepleitte ik al een analoge toepassing van dit artikel op de raad van toezicht. In

benoeming van een bestuurder op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie indien het bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en de statuten ter zake geen regeling bevatten. Wat in dit kader wel nuttig is, is dat het nieuwe artikel 2:11 lid 7 BW een verplichte belet- en ontstentenisregeling voorschrijft voor het geval alle commissarissen ontbreken. Een dergelijke regeling moet echter pas bij een eerstvolgende statutenwijziging in de statuten worden opgenomen, waardoor aanvulling van artikel 2:299 BW zinvol blijft.

3.8 *Verhouding rechtspersonenrecht met arbeidsrecht?*

Onder het WBTR wordt ten slotte de verhouding tussen de rechtspersonenrechtelijke band en de arbeidsrechtelijke band van een stichtingsbestuurder verduidelijkt. Artikel 2:9b lid 4 BW bepaalt dat de rechter geen veroordeling kan uitspreken tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder. Deze bepaling gold al voor de nv, de bv, de vereniging, de coöperatie en de OWM en komt dus straks voor alle rechtspersonen te gelden. Deze bepaling moet worden gelezen in samenhang met artikel 7:671 lid 1 sub e BW, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst van een bestuurder van een rechtspersoon zonder zijn schriftelijke instemming kan worden beëindigd indien herstel van de arbeidsovereenkomst op grond van Boek 2 BW niet mogelijk is. Daarmee wordt dus bereikt dat indien een bestuurder door het bestuur of de raad van toezicht van een stichting – met inachtneming van de daaromtrent geldende regels – wordt ontslagen, zijn arbeidsovereenkomst ook van rechtswege eindigt. Aangenomen mag worden dat hetzelfde geldt indien de bestuurder vrijwillig zijn functie neerlegt of in het geval de rechter ex artikel 2:298 BW tot ontslag van de bestuurder besluit. In de memorie van toelichting bij het WBTR wordt opgemerkt dat door deze nieuwe bepaling recht wordt gedaan aan het belang van de rechtspersoon om bestuurd te worden door personen die het vertrouwen genieten van het orgaan dat voor de samenstelling van het bestuur verantwoordelijk is.⁶⁶ Daarmee lijkt dus vooral op de ontslagvariant te worden gedoeld. Het voorgaande laat overigens wel onverlet dat de stichting een redelijke grond dient te hebben voor het arbeidsrechtelijke ontslag van een bestuurder. Onder de Wet Werk & Zekerheid zijn immers de ontslaggronden limitatief opgenomen in de wet. Het hiervoor in de memorie van toelichting bij het WBTR genoemde (gebrek aan) vertrouwen geldt niet als een redelijke ontslaggrond. Wel is het mogelijk dat het verlies van vertrouwen door de rechter wordt gezien als een ‘andere omstandigheid, die zodanig is dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’. Al met al lijkt de

Rb. Gelderland 11 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6513, werd een dergelijke analoge toepassing afgewezen.

⁶⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 17.

positie van de stichtingsbestuurder onder het nieuwe recht niet erg sterk.⁶⁷ Wel is het uiteraard mogelijk dat partijen bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst een andere (voor de werknemer gunstigere) regeling treffen, bijvoorbeeld een vertrekregeling.

3.9 *Ten slotte: overgangsrecht*

Uitgangspunt is dat de nieuwe bepalingen vanaf het moment van inwerkingtreding direct van toepassing zijn, maar wel alleen ten aanzien van feiten die na dat moment geschieden. Dit betekent dat het nieuwe uniforme regime pas van toepassing is op handelen van bestuurders en commissarissen na het moment van inwerkingtreding. Voor eerdere rechtshandelingen geldt in beginsel het oude recht.

4 CONCLUSIE/AANBEVELINGEN AAN DE WETGEVER

Het vorengaande brengt mij tot de volgende conclusies.

- Ik betwijfel of de aanpassing/verruiming van de ontslaggronden van artikel 2:298 lid 1 BW zinvol is. De huidige rechtspraak lijkt geen problemen te ondervinden met de toepassing van artikel 2:298 lid 1 BW. Ook de Hoge Raad lijkt thans een ruime(re) toepassing van de ontslaggronden van artikel 2:298 BW dan in 1975 voor te staan. De door de wetgever gegeven motivering voor de uitbreiding van de ontslaggronden overtuigt mij niet. Indien de wens bestaat om misstanden in de semipublieke sector aan te pakken, ligt een regeling in de desbetreffende sectorspecifieke wet naar mijn mening meer voor de hand.
- De keuze om aan te sluiten bij de gronden voor ontslag van een commissaris bij een structuurvennootschap is niet zonder meer een gelukkige. De ten aanzien van deze artikelen bestaande jurisprudentie, parlementaire geschiedenis en literatuur zorgt niet voor de gewenste duidelijkheid en roept verschillende nieuwe vragen op. Bestaande onduidelijkheden ten aanzien van de ontslaggronden – zoals deze waren benoemd in het Voorontwerp – worden bovendien niet door de wetgever opgelost. Het is dus wenselijk dat de wetgever ten minste een nadere verheldering over deze punten verschaft.
- De bepaling omtrent het treffen van voorlopige voorzieningen en schorsing van een stichtingsbestuurder (art. 2:298 lid 2 BW) wordt niet gewijzigd. Daarmee blijven verschillende interpretatievragen bestaan (wat wordt bedoeld met: ‘gedurende het onderzoek?’; gelden voor schorsing dezelfde vereisten als voor ontslag van een stich-

⁶⁷ Zie ook G.J.C. Rensen, ‘Ontslag van de verenigingsbestuurder met een dienstbetrekking’, *WPNR* 2015-7086, p. 1019-1020.

tingsbestuurder?). Verder wordt de kans gemist om nader te onderzoeken in hoeverre deze regeling in het enquêterecht zou kunnen worden ondergebracht.

- De bepaling inzake het bestuursverbod (art. 2:298 lid 3 BW) zal door de verruiming van de ontslaggronden eerder toepassing vinden. Naar mijn mening is dit niet wenselijk. In de parlementaire geschiedenis wordt hierop niet ingegaan. Verder wordt niet ingegaan op de meer fundamentele vraag of het wenselijk is om deze bepaling te handhaven. Daarbij wees ik erop dat de huidige bepaling in de praktijk niet het gewenste effect sorteert.
- De voorgestelde uitbreiding van artikel 2:298 BW naar leden van de raad van commissarissen (lid 4) lijkt mij een wenselijke ontwikkeling. Wel is het dan gewenst dat artikel 2:299 BW eveneens van toepassing wordt verklaard op leden van de raad van commissarissen.
- De keuze om het arbeidsrecht en het rechtspersonenrecht ten aanzien van het ontslag van een stichtingsbestuurder met elkaar in lijn te brengen lijkt mij een juiste. Desgewenst kunnen aanvullende voorzieningen in het arbeidscontract worden getroffen.

Kortom, voldoende wensen tot aanpassing van het stichtingenrecht in de komende 25 jaar!