

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

inzake

het voorstel van wet Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting) (het "Wetsvoorstel") (Kamerstukken 32769)

1. INLEIDING

1.1 De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht ("de Gecombineerde Commissie") heeft kennis genomen van het Wetsvoorstel en heeft geconstateerd dat een onderdeel van het Wetsvoorstel betrekking heeft op de organisatie van stichtingen en verenigingen die toegelaten wensen te worden als instellingen die uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam zijn. De Gecombineerde Commissie heeft voorts geconstateerd dat in het Wetsvoorstel regelingen worden voorgesteld die afwijken van principes en best practices die volgen uit Boek 2 Burgerlijk Wetboek, de Nederlandse Corporate Governance Code althans de Governance Code Woningcorporaties van juli 2011. De Gecombineerde Commissie meent dat dergelijke afwijkingen niet, althans niet zonder dat daarvoor bijzondere redenen aanwezig zijn, in het belang zijn van een eenduidig begrip van de wet. De Gecombineerde Commissie meent daarom dat de voorgestelde regeling moet worden aangepast aan de nu voor rechtspersonen geldende regelgeving, dan wel gemotiveerd moet worden aangegeven waarom daarvan moet worden afgeweken.

1.2 Meer in het algemeen vraagt de Gecombineerde Commissie zich af of waar het gaat om in wetten neer te leggen minimeisen op het gebied van Corporate Governance niet gestreefd moet worden naar identieke eenduidige criteria, waarbij in een Corporate Governance Code voor een bepaalde sector zwaardere eisen gesteld kunnen worden. Die zwaardere eisen zouden dan niet in de wet neergelegd behoeven te worden.

1.3 De Gecombineerde Commissie constateert dat in het Wetsvoorstel ruime aandacht wordt besteed aan het toezicht op het bestuur van de woningcorporaties, De instelling van een raad van toezicht is verplicht. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af waarom geen ruimte is gelaten voor het zogenaamde *one tier* bestuursmodel waarin in het bestuur zowel uitvoerende als niet

uitvoerende bestuurders zitting nemen. De Gecombineerde Commissie ziet in het Wetsvoorstel geen redenen waarom dat niet zou moeten kunnen.

1.4 De Gecombineerde Commissie constateert voorts dat in het Wetsvoorstel bij de voorgeschreven raad van toezicht waar het gaat om de individuele leden wordt gesproken van commissarissen. Het komt de Gecombineerde Commissie voor dat het beter is aan te sluiten bij het in de praktijk voor die situatie gebezigde begrip leden van de raad van toezicht of neutraal te spreken over leden van het toezichthoudende orgaan (en, indien een *one tier* bestuursmodel mogelijk wordt gemaakt over niet-uitvoerende leden van het bestuur).

1.5 De Gecombineerde Commissie beperkt zich in haar commentaar tot de bepalingen in het Wetsvoorstel die zien op de interne organisatie van woningcorporaties die in de vorm van een stichting of vereniging zijn georganiseerd.

2. OVERIG COMMENTAAR

2.1 Artikel 21 lid 1b gebruikt het begrip 'financiële banden'. Dit begrip wordt in het Wetsvoorstel niet gedefinieerd. De Gecombineerde Commissie lijkt het verstandig dit nu nog onbepaalde begrip te verduidelijken.

2.2 De Gecombineerde Commissie vraagt zich af of in artikel 25 lid 1 onder a "een toegelaten instelling" ziet op dezelfde toegelaten instelling waarvan de betrokkene bestuurder is of dat het daarbij ook kan gaan over het lidmaatschap van een orgaan van een andere toegelaten instelling. De Gecombineerde Commissie veronderstelt dat het eerste wordt bedoeld en stelt voor "een" te wijzigen in "dezelfde".

2.3 In de als artikel 25 lid 2 en artikel 30 lid 4 voorgestelde bepalingen wordt gesproken van een onverenigbaar lidmaatschap van het bestuur respectievelijk de raad van toezicht met andere functies. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af welk gevolg aan die onverenigbaarheid wordt verbonden. Is de benoeming van een persoon tot lid van de raad van toezicht nietig wanneer hij ook een onverenigbare functie vervult? Wat is de status van een persoon die na zijn benoeming als lid van de raad van toezicht benoemd wordt in een onverenigbare functie. Defungeert deze persoon dan van rechtswege als lid van de raad van toezicht? Hoe verhoudt de voorgestelde regeling zich tot de regeling zoals die is opgenomen in de Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (Stb. 2011, 275) (de Wet bestuur en toezicht) en het voorstel voor een reparatiewet (kamerstukken 32873), die beide mede betrekking hebben op stichtingen, die uitdrukkelijk mede het oog hebben op woningcorporaties?¹ Het antwoord op en zekerheid omtrent deze vragen is

¹ Voortzetting van de behandeling van het Wetsvoorstel (*Handelingen I* 2010/11, nr. 28, item 4)

voor de rechtspraak van groot belang. De Gecombineerde Commissie wijst er daarbij wel op dat de cumulatiebepalingen zoals die in de Wet bestuur en toezicht en in het voorstel voor een Reparatiewet staan toegelaten instellingen op het gebied van de volkshuisvesting verschillend behandelen al naar gelang zij georganiseerd zijn in de vorm van een stichting of een coöperatie: Dit terwijl de functie van de verschillende types rechtspersonen dezelfde is. Alleen stichtingen vallen voor de besturen en de toezichthoudende organen onder de in die regelingen opgenomen cumulatiebepalingen.

2.4 Artikel 28 lid 2 bepaalt dat de statuten moeten voorzien in een regeling voor geschillen omtrent besluiten van of instemming met besluiten door het bestuur, de raad van toezicht en de algemene vergadering. Het is de Gecombineerde Commissie niet duidelijk of hier onder 'geschillen' wordt bedoeld de situatie dat de verschillende organen van een instelling niet met elkaar tot overeenstemming kunnen komen, of dat het voorstel mede het oog heeft op vragen omtrent de nietigheid of vernietigbaarheid van een door een orgaan genomen besluit. In het laatste geval vraagt de Gecombineerde Commissie zich af hoe deze bepaling zich verhoudt tot de uitspraak van de Hoge Raad van 25 januari 2007, LJN AY4033 (Groenselect). Bij die uitspraak oordeelde de Hoge Raad dat voor de vernietiging van besluiten de tussenkomst van de burgerlijke rechter is vereist.

2.5 Bij de Gecombineerde Commissie rees de vraag of in artikel 30 lid 4 de beperkingen in de onderdelen (d) en (e) niet op dezelfde wijze beperkt zouden moeten worden als bij onderdeel (f) het geval is. Bij (c) rijst de vraag welke maatschappelijke belangen onverenigbaar zijn met het zijn van lid van een toezichthoudend orgaan. Is bijvoorbeeld het deel uitmaken van het bestuur van een stichting die werkzaam is op het gebied van de thuiszorg onverenigbaar met het lidmaatschap van een toezichthoudend orgaan? Dit voorbeeld laat zich met tal van voorbeelden aanvullen.

2.6 In het voorgestelde artikel 30 lid 7 wordt gesproken van een bindende voordracht voor de benoeming van commissarissen. In het vennootschaps- en rechtspersonenrecht van Boek 2 BW kennen wij de regeling voor een (bindende) voordracht voor de benoeming van bestuurders en commissarissen (art. 2: 133/243 BW) en de regeling van het versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad voor 1/3^e van het aantal commissarissen bij de zogenaamde structuurvennootschap (art. 2: 153/263 lid 6 BW). In deze regelingen kan de voordracht respectievelijk worden doorbroken of kan de algemene vergadering van aandeelhouders de voordracht afwijzen, waardoor geen benoeming conform de voordracht tot stand komt. In het Wetsvoorstel is onduidelijk wat het karakter van de bindende voordracht is. Kan het orgaan dat bevoegd is de commissaris te benoemen de voordracht verwerpen en zo ja wat zijn daarvan de gevolgen?

2.7 Artikel 30 lid 9 lijkt met enigszins andere woorden hetzelfde te zeggen als het derde lid van dit artikel.

2.8 In de derde zin van artikel 31 lid 1 wordt een nadere invulling gegeven aan de taakvervulling van de raad van toezicht. Het eerste deel van die zin sluit aan bij

de taakomschrijving van commissarissen in Boek 2 BW, zie artikel 2: 140/250 lid 2 BW: "Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming". Algemeen wordt aangenomen dat die taakomschrijving reeds omvat dat de belangen van de verschillende stakeholders bij een organisatie in acht moeten worden genomen; vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II, nr. 394. In het voorgestelde artikel 31 lid 1 wordt de taakvervulling verder ingevuld door ook te verwijzen naar het maatschappelijk belang en het belang van de betrokken belanghebbenden. De Gecombineerde Commissie meent dat deze toevoeging onnodig is. De toevoeging is bovendien verwarrend omdat zij de indruk zou kunnen wekken dat de taak van toezichthouders bij een woningcorporatie een andere zou zijn dan die bij een andere rechtspersoon. De Gecombineerde Commissie meent dan ook dat de toevoeging zou moeten worden verwijderd.

2.9 In het voorgestelde artikel 31 lid 2 wordt artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op commissarissen. De Gecombineerde Commissie meent dat het wetsystematisch beter is aan te sluiten bij de bewoordingen van artikel 2: 149/259 BW waarin wordt vermeld dat het bepaalde in artikel 9 overeenkomstige toepassing vindt ten aanzien van de taakvervulling door de raad van commissarissen.

2.10 In het voorgestelde artikel 33 wordt ten onrechte vermeld dat de raad van toezicht zou kunnen worden ontslagen. De Gecombineerde Commissie meent dat het zuiverder is te bepalen dat de ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam op verzoek een of meer commissarissen kan ontslaan. Het voorstel regelt daarbij niet op welke wijze deze organen vertegenwoordigd worden.² De Gecombineerde Commissie meent dat de wet dit wel moet regelen. Dat voorkomt onduidelijkheid. Een dergelijke regeling zou kunnen inhouden dat het verzoek door alle leden van een orgaan gezamenlijk kan worden gedaan, maar ook door degenen die bij een overeenkomstig de voor de besluitvorming van het orgaan geldende wettelijke en statutaire regelingen genomen besluit zijn aangewezen om het verzoek namens het orgaan te doen.

2.11 In het voorgestelde artikel 34 lid 1 wordt ten onrechte vermeld dat de raad van toezicht zou kunnen worden geschorst. Ook hier meent de Gecombineerde Commissie dat het zuiverder is te bepalen dat een of meer commissarissen kunnen worden geschorst. De Gecombineerde Commissie vraagt zich overigens af of het gelukkig is twee verschillende rechtsgangen voor het ontslag van commissarissen in de wet te introduceren en het niet beter zou zijn de bevoegdheid tot ontslag bij de ondernemingskamer te concentreren en de Minister de bevoegdheid te geven een verzoek daartoe aan de ondernemingskamer te doen. De bevoegdheid leden van een raad van toezicht te schorsen zou bij de Minister kunnen blijven berusten, waarbij in dat geval een bepaling die overeenkomst met artikel 33 lid 2 zou moeten worden opgenomen.

² Ook in het geval van het bestuur c.q. de niet-uitvoerende bestuurders lijkt geen sprake te zijn van vertegenwoordiging van de rechtspersoon waarbij de gewone regels voor vertegenwoordiging van de rechtspersoon gelden.

2.12 De Gecombineerde Commissie vraagt zich af waarom in artikel 35 leden 1 en 2 van het Wetsvoorstel een van artikel 2:300 BW voor stichtingen geldende afwijkende regeling is opgenomen. Op grond van art. 2:300 lid 1 BW dienen stichtingen, behoudens verlenging binnen zes maanden na afloop van het boekjaar hun jaarrekening op te maken en moet op grond van artikel 2:300 lid 3 BW de jaarrekening binnen één maand na die termijn door het daartoe op grond van de statuten bevoegde orgaan worden vastgesteld. Er van uitgaande dat op grond van artikel 22 lid 2 van het Wetsvoorstel toegelaten instellingen niet kunnen besluiten de termijn waarbinnen de jaarrekening moet worden opgemaakt te verlengen, wat is de reden om ten aanzien van de termijn waarbinnen de jaarrekening moet worden opgemaakt en vastgesteld, af te wijken van artikel 2:300 BW?

2.13 Uit het voorgestelde artikel 35 lid 3 blijkt dat de commissarissen mede verantwoordelijk zijn voor de inhoud van de jaarrekening, deze wordt mede door de commissarissen ondertekend. Anders dan de regeling in Boek 2 BW voor commissarissen is echter geen aansprakelijkheidsregeling opgenomen. Zie art. 2:150/260 BW. De Gecombineerde Commissie vraagt zich af waarom niet bij die regeling is aangesloten. Het voorgestelde lid 2 van dit artikel opent de mogelijkheid dat, in afwijking van de voor verenigingen geldende dwingendrechtelijke regeling, de statuten bepalen dat de jaarrekening wordt vastgesteld door de raad van toezicht. Waarom de mogelijkheid tot afwijking van een dwingendrechtelijke bepaling van Boek 2 BW wordt gegeven, wordt niet toegelicht. Verder bepaalt lid 2 dat de vaststelling van de jaarrekening niet tot kwijting van een bestuurder respectievelijk commissaris strekt. Zoals bekend ziet kwijting op een afstand bij voorbaat door de rechtspersoon van een mogelijke vordering tot schadevergoeding vanwege aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW. Deze aansprakelijkheid zou, zo begrijpt de Gecombineerde Commissie, juist van toepassing moeten zijn op bestuurders en toezichthouders van een toegelaten instelling. Onduidelijk is nu of wel decharge verleend kan worden buiten het vaststellen van de jaarrekening om en zo ja bij de Stichting welk orgaan daartoe kan besluiten.

2.14 Begrijpt de Gecombineerde Commissie artikel 42 lid 2 goed dan betekent dit dat een toegelaten instelling gedwongen kan worden om middelen aan een andere toegelaten instelling ter beschikking te stellen. Door een dergelijke ter beschikkingstelling kan het bestuur van de toegelaten instelling die de middelen ter beschikking moet stellen in strijd handelen met de door hem jegens de eigen instelling in acht te nemen zorgvuldigheid en aldus handelen in strijd met artikel 2:9 BW. Dat zal met name ook het geval kunnen zijn indien de ter beschikkingstelling moet geschieden om niet of tegen voorwaarden die niet marktconform zijn, waarbij de uitlenende instelling geen zekerheden verkrijgt die de terugbetaling waarborgen of die het de eigen instelling onmogelijk maken haar strategie te implementeren.

2.15 Artikel 30 lid 7 en artikel 43 spreken over organisaties die werkzaam zijn in het belang van de huurders. Hoewel de Memorie van Toelichting refereert aan de

"huurdersorganisaties" en daarmee wellicht op de huurdersorganisatie als bedoeld in de Wet op het overleg huurders verhuurders doelt (hoewel de opmerking op pagina 61 van de Memorie van Toelichting anders lijkt te suggereren), wordt dat niet duidelijk. Mocht dat inderdaad het geval zijn, dan zou het meer voor de hand liggen om dat op te nemen in de definities van artikel 1. Nu is niet duidelijk wie of welke organisatie in dit opzicht kwalificeert en of bijvoorbeeld ook de bewonerscommissie hieronder verstaan moet worden? Moeten de huurders zelf invloed hebben op de samenstelling van het bestuur van een dergelijke organisatie?

2.16 Wat betekent het algemeen verbindend verklaren door de Minister van een overeenkomst als bedoeld in artikel 61m voor de bestuurstaak en toezichttaak, mede in het licht van de verplichtingen van bestuurders en toezichthouders op grond van artikel 2:9 BW en hun verantwoordelijkheid voor de jaarlijkse planning?

2.17 Bij de Gecombineerde Commissie is nog de vraag gerezen of naast de Minister niet ook de in artikel 30 lid 7 van het Wetsvoorstel genoemde organisaties (mits voldoende duidelijk is welke organisaties dit betreft, zie hiervoor onder 2.12) bij de wet het recht zou moeten worden toegekend om onder bepaalde omstandigheden een verzoek als bedoeld in artikel 2:345 BW te doen.

Den Haag, 20 oktober 2011