

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de pensioensector

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen dat in juni 2016 door de Minister van Veiligheid en Justitie is aangeboden aan de Tweede Kamer heeft ook gevolgen voor pensioenfondsen. Met dit wetsvoorstel wordt, naast Boek 2 BW, ook de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling aangepast. In deze bijdrage wordt ingegaan op de belangrijkste wijzigingen voor het RvT-model en het gemengd model in de pensioensector, en de aanpassingen van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling die nog gewenst zijn.

1. Inleiding

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) is in juni 2016 door de Minister van Veiligheid en Justitie (VenJ) aangeboden aan de Tweede Kamer.¹ Met deze wet wordt de algemene titel van Boek 2 BW uitgebreid met een aantal bepalingen. Deze bepalingen gaan dus ook gelden voor stichtingen. Pensioenfondsen zijn vaak stichtingen.² Belangrijkste wijzigingen zijn dat Boek 2 BW een wettelijke grondslag voor stichtingen gaat bevatten voor het RvC-model (two tier-model) en het monistisch bestuursstelsel (one tier-model).³ Beide modellen zijn toegelaten voor pensioenfondsen. Het RvC-model staat in de pensioensector bekend als het RvT-model (bestuur en raad van toezicht) en het one tier-model als het gemengd model⁴ (bestuur bestaat uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders).

Met de WBTR worden ook de Pensioenwet (Pw) en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb) aangepast.⁵ Deze aanpassing betreft (i) de gewijzigde nummering van de bepalingen in Boek 2 BW en (ii) het schrappen van bepalingen die hetzelfde regelen als de nieuwe bepalingen in Boek 2 BW.⁶

De centrale vragen in deze bijdrage zijn: (i) welke gevolgen heeft deze wet voor de pensioensector, (ii) zijn de voorgestelde aanpassingen in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling voldoende, of (iii) zijn er meer aanpassingen gewenst? Ik richt mij daarbij alleen op de gevolgen voor de positie van de leden van de raad van toezicht en de niet-uitvoerende bestuurders.⁷

De opzet van deze bijdrage is als volgt. Paragraaf 2 gaat in op de achtergrond van het wetsvoorstel WBTR en de

verhouding tussen (de nieuwe bepalingen van) Boek 2 BW en de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Paragraaf 3 geeft een overzicht van de sectorale wet- en regelgeving. Paragraaf 4 behandelt in het kort de regeling voor intern toezicht in de pensioensector. In paragraaf 5 worden de gevolgen van het wetsvoorstel WBTR en eventueel gewenste aanpassingen behandeld voor het RvT-model in de pensioensector. Paragraaf 6 gaat in op hetzelfde alleen dan voor het gemengd model in de pensioensector. De conclusie en aanbevelingen volgen in paragraaf 7.

2. Achtergrond WBTR en verhouding tot pensioenwetgeving

Doel van het wetsvoorstel is de wettelijke regeling van rechtspersonen in Boek 2 BW aan te vullen en te verduidelijken. Het wetsvoorstel is met name gericht op de verbetering van het wettelijke kader voor de stichting.⁸ Boek 2 BW moet beter bruikbaar worden als basisregeling volgens de memorie van toelichting (MvT).⁹ Het wetsvoorstel WBTR brengt aan de ene kant volgens de MvT geen (inhoudelijke) wijziging in hetgeen in bijzondere wetgeving voor specifieke sectoren, zoals de pensioensector, is bepaald. In sectorspecifieke regelgeving, zoals de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling, kunnen eventueel aanvullende regels worden gesteld. Afwijking van Boek 2 BW is daarbij mogelijk, zo staat in de MvT.¹⁰

De wijzigingen in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling die het wetsvoorstel WBTR met zich brengt, zijn de aanpassing aan de gewijzigde numme-

* Mr. dr. A.G.H. Klaassen is universitair docent Ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

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

2. Sinds 1 januari 2016 staat in art. 1 Pw dat een pensioenfonds een stichting is (*Stb.* 2015, 549 en *Stb.* 2015, 551). Zie voor de achtergrond *Kamerstukken II* 2014/15, 34117, 3, p. 8.

3. Art. 2:11 BW (nieuw) en art. 2:9a BW (nieuw).

4. *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 5.

5. Daarnaast worden onder andere ook de Wet op het financieel toezicht, de Woningwet, de Elektriciteitswet en de Gaswet aangepast.

6. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 36.

7. De wijzigingen voor het bestuur en uitvoerende bestuurders laat ik buiten beschouwing. Zie over het wetsvoorstel WBTR de verschillende bijdragen in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, en de verschillende bijdragen in het themanummer van *Ondernemingsrecht* over het wetsvoorstel, 2017/102-107.

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

9. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 3.

10. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 3. Het wetsvoorstel zelf is overigens niet gekoppeld aan bepaalde huidige of toekomstige sectorspecifieke regelgeving.

ring van de bepalingen van Boek 2 BW. Daarnaast kunnen ook bepalingen in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling worden geschrapt die hetzelfde onderwerp regelen als de bepalingen die met dit wetsvoorstel worden opgenomen in het algemene gedeelte van Boek 2 BW. Overbodige bepalingen komen te vervallen, aldus de MvT.¹¹ De vraag is of dit uitgangspunt wordt toegepast.¹²

3. Wet- en regelgeving in de pensioensector

Voor de pensioensector geldt, naast Boek 2 BW, de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling.¹³ De Pensioenwet geldt voor bedrijfstak- en ondernemingspensioenfondsen en algemeen pensioenfondsen. De Wet verplichte beroepspensioenregeling geldt voor beroepspensioenfondsen. Beide wetten zijn in 2014 ingrijpend aangepast door de Wet versterking bestuur pensioenfondsen.¹⁴ Een van de redenen was de versterking van het intern toezicht.¹⁵

Daarnaast geeft het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (Besluit uitvoering Pw en Wvb) en het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen een nadere invulling van de pensioenwetgeving. Bovendien gelden voor pensioenfondsen de Code Pensioenfondsen en de VITP¹⁶-Toezichtcode van 2014. De Code Pensioenfondsen is aangewezen als 'principes voor goed pensioenfondsbestuur' als bedoeld in art. 33 lid 2 Pw.¹⁷ Dit brengt met zich dat pensioenfondsen wettelijk verplicht zijn deze code na te leven volgens het 'pas-toe-of-leg-uit'-beginsel: indien een fonds een bepaling uit deze code niet (volledig) toepast, dient het pensioenfonds de redenen daarvoor in zijn jaarverslag toe te lichten. De VITP-Toezichtcode is niet wettelijk verankerd. VITP verwacht van haar leden dat zij deze code toepassen en daarvan alleen afwijken indien daarvoor naar hun oordeel gegronde redenen bestaan.¹⁸

4. Intern toezicht in pensioenfondsen

Sinds de Wet versterking bestuur pensioenfondsen zijn bedrijfstakpensioenfondsen verplicht om een permanente vorm van intern toezicht te hebben. Dit kan een raad van toezicht zijn of niet-uitvoerende bestuurders bij een gemengd model. Wanneer het bedrijfstakpensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar, kan het intern toezicht ook worden uitgeoefend door een visitatiecommissie.¹⁹

Ondernemingspensioenfondsen hebben de keuze tussen een raad van toezicht of een gemengd model en een visitatiecommissie.²⁰ Door de Verzamelwet pensioen 2017²¹ wordt bij een ondernemingspensioenfonds die een beheerd vermogen heeft van meer dan een miljard euro een raad van toezicht verplicht,²² tenzij het ondernemingspensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar en in dat geval is een visitatiecommissie ook mogelijk.²³

Algemeen pensioenfondsen hebben de keuze tussen een raad van toezicht en het gemengd model.²⁴ Beroepspensioenfondsen dienen ook verplicht intern toezicht te hebben. Deze pensioenfondsen kunnen kiezen voor een raad van toezicht, visitatiecommissie en het gemengd model.²⁵ De visitatiecommissie laat ik verder buiten beschouwing. Het wetsvoorstel WBTR heeft hierop geen betrekking. In deze bijdrage richt ik mij op het RvT-model (two tier-model)²⁶ en het gemengd model (one tier-model).²⁷

5. Wijzigingen in Boek 2 BW en de gevolgen voor het RvT-model (two tier-model)

5.1. Grondslag

Met het wetsvoorstel WBTR wordt in art. 2:11 BW (nieuw) een bepaling opgenomen over de instelling van een raad van commissarissen. Na invoering van de WBTR bevat Boek 2 BW alleen de grondslag voor het instellen van een raad van commissarissen. Om die reden dienen de Pensioenwet of de Wet verplichte beroepspensioenre-

11. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 36.

12. Zie paragraaf 5 en 6.

13. Zie over Boek 2 BW en de Pensioenwet: C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013/6996.

14. Wet van 10 juli 2013 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met versterking van het bestuur bij pensioenfondsen en enige andere wijzigingen (Wet versterking bestuur pensioenfondsen), *Stb.* 2013, 302. Zie voor de inwerkingtreding *Stb.* 2013, 330. Zie over deze wet R.H. Maatman & S.R. Schuit, 'Versterking bestuur pensioenfondsen', *Ondernemingsrecht* 2012/68 en A.F. Verdam, 'De Wet versterking bestuur pensioenfondsen', *WPNR* 2013/6997.

15. *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 2.

16. VITP staat voor Vereniging Intern Toezichthouders Pensioensector.

17. Art. 11 lid 1 Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling. Zie *Stb.* 2013, 581 en *Stb.* 2014, 198. Sinds 1 juli 2014 is de Code Pensioenfondsen wettelijk verankerd.

18. Preambule van de VITP-Toezichtcode, p. 5-6.

19. Art. 103 lid 1 en 4 Pw.

20. Art. 103 lid 2 en 4 Pw.

21. Wijziging van de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet op de rechterlijke organisatie vanwege een aantal wijzigingen van pensioenwetgeving (Verzamelwet pensioen 2017), zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34674, A. Het wetsvoorstel Verzamelwet pensioen 2017 is in juni 2017 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen.

22. In geval van een paritair of onafhankelijk bestuur.

23. Art. 103 lid 2 Pw (nieuw).

24. Art. 103 lid 3 en 4 Pw.

25. Art. 110 Wvb.

26. Het RvT-model kent twee varianten: het paritair model en het onafhankelijk model.

27. Het gemengd model kent drie varianten: het paritair gemengd model, het onafhankelijk gemengd model en het omgekeerd gemengd model.

geling nog steeds een raad van commissarissen (of een andere vorm van intern toezicht)²⁸ verplicht te stellen. Dit doen de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Pensioenfondsen kunnen kiezen voor een raad van toezicht.²⁹

De Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling gebruiken de term 'raad van toezicht'. De Boek 2 BW-term is 'raad van commissarissen'. Uit de taakomschrijving van de raad van toezicht in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling blijkt dat het gaat om een raad van commissarissen als bedoeld volgens het toekomstige Boek 2 BW.³⁰ Mijn aanbeveling is om ook voor de pensioensector bij een volgende wetswijziging over te gaan op de term in Boek 2 BW om eventuele verwarring te voorkomen over de vraag of de 'raad van toezicht' in de Pensioenwet een raad van commissarissen is in de zin van Boek 2 BW.³¹

5.2. Aantal commissarissen en het zijn van natuurlijke persoon

Met de WBTR komt in art. 2:11 lid 1 BW (nieuw) te staan dat de raad van commissarissen bestaat uit een of meer natuurlijke personen.³² Volgens de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling bestaat de raad van toezicht uit drie of meer natuurlijke personen.³³ Door art. 2:11 BW (nieuw) kan voor de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling de eis van natuurlijke persoon worden geschrapt, omdat een herhaling van Boek 2 BW op dit punt overbodig is. Dit blijkt niet uit de artikelen van het wetsvoorstel WBTR over de aanpassingen van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Voor het gewenste aantal leden zijn en blijven de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling de aangewezen plaatsen.

5.3. Taak van de raad van commissarissen

In Boek 2 BW wordt met de WBTR een taakomschrijving voor de raad van commissarissen opgenomen die overeenkomt met de al vastgelegde taakomschrijving voor de N.V., B.V., coöperatie en O.W.M.³⁴ In art. 2:11 lid 2 BW (nieuw) wordt deze taak van de raad van commissarissen als volgt omschreven: 'De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.'³⁵ De raad van commissarissen staat het bestuur met raad terzijde.³⁶

Op grond van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling houdt de raad van toezicht toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken en hij staat het bestuur met raad ter zijde.³⁷ Dit komt grotendeels overeen met wat in Boek 2 BW komt te staan. Daarnaast is volgens de Pensioenwet de raad van toezicht 'ten minste belast met het toezien op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur en legt verantwoording af over de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het bestuursverslag'. In de Wet verplichte beroepspensioenregeling staat bijna hetzelfde. De woorden 'de werkgever' en 'het belanghebbendenorgaan' ontbreken in die wet.³⁸

Een taakomschrijving in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling voor de raad van toezicht waarin de taakomschrijving van Boek 2 BW wordt herhaald, is mijns inziens overbodig. De algemene taakomschrijving in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling zou mijns inziens kunnen vervallen. Het expliciteren van specifieke taken van de raad van toezicht kan gewoon in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling blijven staan. Dit is een (gewenste) aanvulling op de voorgestelde basisregeling in Boek 2 BW. Op deze wijze wordt benadrukt welke taken de raad van toezicht heeft bij een pensioenfonds.³⁹

28. Zie paragraaf 6.

29. Art. 103 lid 1 Pw en art. 110 lid 1 Wvb.

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

31. Zie ook B.C.M. Waaijer, 'Wat betekent het wetsvoorstel voor de statutaire inrichting van vereniging en stichtingen?', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (preadvies Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 62. Dit geldt ook voor de governancecodes. Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, 'Privaatrecht Actueel', *WPNR* 2014/7016 noemen de optie van een wettelijke bepaling waarin expliciet wordt geregeld dat de raad van commissarissen statutair ook mag worden aangeduid als raad van toezicht. Zij verwijzen hierbij naar art. 103 Pw.

32. Voor de N.V., B.V., coöperatie en O.W.M. bestaat deze regel al, zie art. 2:140 BW; art. 2:250 BW en art. 2:57 BW.

33. Art. 104 lid 1 Pw en art. 110a lid 1 Wvb.

34. Art. 2:57/140/250 lid 2 BW.

35. Het woord 'organisatie' is toegevoegd omdat niet alle verenigingen en stichtingen een onderneming drijven, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 5.

36. Daarnaast kunnen de statuten aanvullende bepalingen bevatten over de taak van de raad van commissarissen en van zijn leden, zo staat in hetzelfde lid 2.

37. Art. 104 lid 2 Pw en art. 110a lid 2 Wvb. Zie ook 4.1.1 VITP-Toezichtcode.

38. Zie ook norm 14-16 van de Code Pensioenfondsen. De Wvb wijkt op dit punt af van de Pw, omdat de pensioenovereenkomst in dit geval niet is ingebed in een arbeidsovereenkomst. De gelden worden bij een beroepspensioenfonds bijeengebracht door personen die een vrij beroep uitoefenen, zoals advocaten of medici. Zie R.H. Maatman, M.W. Enzerink & C.J. Kraaiveld, 'Pensioenfondsen in de notariële praktijk', *WPNR* 2015/7088.

39. Volgens de MvT bij de Wet versterking bestuur pensioenfondsen is het toezien op de evenwichtige belangenafweging zelfs een hoofdtak, zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 6.

5.4. Bevoegdheden van de raad van commissarissen

Met het wetsvoorstel WBTR komt in art. 2:11 lid 8 BW (nieuw) te staan (voor alle rechtspersonen) dat de raad van commissarissen bevoegd is iedere bestuurder te allen tijde te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen.⁴⁰ De bevoegdheid tot benoeming en ontslag van commissarissen dient voor stichtingen in de statuten te staan, aldus art. 2:286 lid 4 onder c BW (nieuw). Dit geldt ook voor de bevoegdheid tot vaststelling van de bezoldiging van commissarissen van een stichting. Deze wordt vastgesteld op de wijze die daartoe in de statuten is voorzien, aldus art. 2:11 lid 11 BW (nieuw).

Wat bepalen de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling over deze onderwerpen? In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling is niet geregeld dat de raad van toezicht bevoegd is tot schorsing van de bestuurders. Deze bevoegdheid staat in het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling.⁴¹ De statuten van een pensioenfonds kunnen hiervan niet afwijken. Overigens staat het ook in de VITP-Toezichtcode.⁴²

De regels voor benoeming en ontslag van leden van de raad van toezicht zijn niet vastgelegd in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Bijlage 2 van de Code Pensioenfonds bevat de benoemings- en ontslagprocedure per (bestuurs)model.⁴³ Vanuit Boek 2 BW is de enige voorwaarde dat deze regels zijn opgenomen in de statuten van het pensioenfonds. Wat staat in Bijlage 2 hoeft niet te worden aangepast.

De wijze van vaststelling van de bezoldiging van de leden van de raad van toezicht is ook niet geregeld in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Art. 21a Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds bevat regels over een beheerst beloningsbeleid. De Nederlandsche Bank (DNB) kan regels stellen met betrekking tot de wijze waarop het beleid inzake beloningen wordt opgesteld en vastgesteld of goedgekeurd.⁴⁴ Dit is een aanvulling op Boek 2 BW. Voorwaarde vanuit Boek 2 BW wordt alleen dat de wijze van vaststelling in de statuten van het pensioenfonds is geregeld.

In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling worden besluiten opgesomd waaraan de raad van toezicht zijn goedkeuring moet verlenen.⁴⁵ Aan de goedkeuring van de raad van toezicht van een pensioen-

fonds zijn onderworpen de besluiten van het bestuur tot vaststelling van: het bestuursverslag en de jaarrekening; de profielschets voor bestuurders; het beleid inzake beloningen, met uitzondering van de beloning van de raad van toezicht; gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds; liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds; het beleid inzake het aangaan en beëindigen van uitvoeringsovereenkomsten door een algemeen pensioenfonds; en het omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm. Dit kan gezien worden als een (toegestane) aanvulling op de regeling in Boek 2 BW. Met deze bevoegdheden kan de raad van toezicht goed uitvoering geven aan zijn taak en hierdoor wordt de positie van de raad van toezicht versterkt.⁴⁶ Deze ruimte biedt Boek 2 BW.⁴⁷

5.5. Belet of ontstentenis van commissarissen

Met het wetsvoorstel WBTR dienen de statuten voorschriften te bevatten over de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet⁴⁸ van elk van de commissarissen, aldus art. 2:11 lid 7 BW (nieuw).⁴⁹

In de pensioenwetgeving ontbreekt een dergelijke regel over ontstentenis en belet. Aangezien de WBTR hierin voorziet, is aanpassing van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling niet nodig. Dit zal niet tot ongewenste gevolgen leiden. De statuten van pensioenfonds zullen wel moeten worden nagezien of hieraan wordt voldaan.⁵⁰

5.6. Informatieverschaffing aan commissarissen

Met de WBTR dient het bestuur op grond van art. 2:11a BW (nieuw) de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van zijn taak noodzakelijke gegevens te verschaffen. Daarnaast stelt het bestuur de raad van commissarissen ten minste een keer per jaar schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de gebruikte beheers- en controlesystemen, aldus lid 2 van art. 2:11a BW (nieuw).

De Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling bevatten een bepaling met een soortgelijke strekking.⁵¹ Deze bepaling komt met de WBTR niet te vervallen. Mijn aanbeveling is om deze wettelijke bepalingen in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspen-

40. De schorsing kan te allen tijde worden opgeheven door het orgaan dat of de persoon die bevoegd is tot benoeming.

41. Art. 28c lid 1 Besluit uitvoering Pw en Wvb.

42. 4.1.8 VITP-Toezichtcode.

43. Zie ook norm 45 van de Code Pensioenfonds.

44. Zie ook norm 77, 78 en 80 van de Code Pensioenfonds. Zie ook 1.7 VITP-Toezichtcode, daarin staat dat behalve de eigen beloning geen enkel onderwerp het fonds betreffende a priori buiten de reikwijdte valt van het intern toezicht. Zie ook 2.4 VITP-Toezichtcode.

45. Art. 104 lid 3 Pw en art. 110a lid 3 Wvb. Zie ook 4.1.2 VITP-Toezichtcode.

46. *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 12.

47. Daarnaast kunnen de statuten ook aanvullende bepalingen bevatten over de bevoegdheden van de raad van commissarissen, zie art. 2:11 lid 2, derde zin BW (nieuw).

48. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer er sprake is van belet.

49. Zie art. 2:9 lid 6 BW (nieuw) voor ontstentenis en belet van bestuurders. Dit lid is vooral relevant bij een bestuur dat bestaat uit een persoon. Het is ook relevant voor een bestuur dat bestaat uit meerdere personen. Voor pensioenfonds kan het lid vooral van betekenis zijn bij een paritair bestuur, zie art. 100 Pw. Het staat een pensioenfonds vrij om in de statuten een regeling op te nemen die ziet op vervanging, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 19.

50. Waaijer, preadvies 2016, p. 63.

51. Art. 104 lid 9 Pw en art. 110a lid 9 Wvb. Zie ook 1.6 VITP-Toezichtcode.

sioenregeling – vanwege de overbodige herhaling – wel te schrappen.

5.7. Norm voor taakvervulling van commissarissen

Door het wetsvoorstel WBTR wordt geregeld dat elke commissaris tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Commissarissen dienen zich op grond van art. 2:11 lid 4 BW (nieuw) bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.⁵²

De Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling bevatten een eigen norm waarnaar leden van de raad van toezicht zich moeten richten. Deze luidt voor de Pensioenwet: ‘bij de vervulling van hun taak [richten zij zich] naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere inspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen’.⁵³ Bij de norm in de Wet verplichte beroepspensioenregeling ontbreekt het woord ‘de werkgever’.⁵⁴

Mijn aanbeveling is deze zinsnede in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling te handhaven.⁵⁵ Het gaat om een specifieke aanvulling van Boek 2 BW.⁵⁶ In de MvT bij de WBTR staat dat voor bestuurders (lees: leden van de raad van toezicht) van stichtingen evenzeer⁵⁷ geldt als voor bestuurders van andere rechtspersonen dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon. Daaraan doet volgens dezelfde MvT niet af dat dit belang in overwegende mate kan worden bepaald door de statutaire doelstelling.⁵⁸ Voor pensioenfondsen betekent dit dat het belang van de rechtspersoon in overwegende mate wordt bepaald door de bepaling in de genoemde sectorale wetten.⁵⁹ In de MvT bij de Wet versterking bestuur pensioenfondsen stond al dat de raad van toezicht zich ‘bij de vervulling van zijn taak [richt]

naar het belang van het fonds en weegt daartoe de in aanmerking komende belangen van bij het fonds betrokkenen af’.⁶⁰ De zinsnede in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling zou als een vertrekpunt in de belangenafweging kunnen worden gezien.⁶¹

5.8. Tegenstrijdig belang van commissarissen

Met het wetsvoorstel WBTR wordt ook de tegenstrijdigbelangregeling voor alle rechtspersonen geüniformeerd. Bij een tegenstrijdig belang mogen commissarissen op grond van art. 2:11 lid 6 BW (nieuw) niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het betreffende onderwerp en kan de beslissingsbevoegdheid verschuiven indien allen een tegenstrijdig belang hebben, tenzij de statuten anders bepalen. Bij een stichting kan het noodzakelijk zijn dat het besluit wordt genomen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.⁶² In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling ontbreekt een vergelijkbare regeling over tegenstrijdig belang.⁶³ Aangezien de WBTR hierin voorziet, is aanpassing van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling niet nodig. De nieuwe regeling zal waarschijnlijk niet tot ongewenste gevolgen leiden.⁶⁴

5.9. Aansprakelijkheid van commissarissen

Met de WBTR kunnen ten eerste commissarissen⁶⁵ van alle rechtspersonen ook intern aansprakelijk worden gesteld voor onbehoorlijke taakvervulling op grond van art. 2:11b BW. Naar huidig recht geldt dit op grond van Boek 2 BW alleen niet voor de niet-commerciële stichting.⁶⁶ Dit wordt dus verruimd tot alle stichtingen. In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling wordt de huidige regel in art. 2:9 BW dat bestuurders aansprakelijk zijn voor onbehoorlijke taakvervulling al van overeenkomstige toepassing verklaard op de taakvervulling van leden van de raad van toezicht.⁶⁷

52. Zie voor bestuurders art. 2:9 lid 3 BW (nieuw).

53. Deze norm geldt op grond van art. 105 lid 2 Pw en art. 110b lid 2 Wvb voor beleidsbepalers, hiertoe worden intern toezichthouders gerekend. Zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 44.

54. De Wvb wijkt op dit punt af van de Pw, omdat de pensioenovereenkomst in dit geval niet is ingebed in een arbeidsovereenkomst. Zie Maatman, Enzerink & Kraaiveld, *WPNR* 2015/7088.

55. Volgens de MvT bij de wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet is destijds aangesloten bij art. 2:140/250 BW, lid 2, derde volzin. De artikelen/zinnen waaraan art. 2:11 lid 4 BW (nieuw) is ontleend. Zie *Kamerstukken II* 1998/99, 26415, 3, p. 30. Zie ook *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 12.

56. Volgens P.M. Siegman & S. Smit, ‘Kan een bepaald type bestuursmodel governance issues oplossen?’, *TPV* 2016/49, wijkt de governance van een pensioenfonds af van die van een onderneming, omdat bij een pensioenfonds niet de winstdoelstelling, maar de belangen van de verschillende belanghebbenden centraal staan.

57. In de consultatie is opgemerkt dat bestuurders van stichtingen ook specifieke deelbelangen mogen behartigen.

58. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 11-12.

59. En wat in de statutaire doelstelling staat.

60. *Kamerstukken II* 2011/12, 33182, 3, p. 12. Zie ook de overwegingen 4.2.1 en 4.2.2 van HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Roovers/Cancun Holding I*).

61. Zie voor deze redenering voor het klantbelang van banken, K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 210.

62. Zie voor bestuurders art. 2:9 lid 5 BW (nieuw).

63. Zie ook art. 20 Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en de normen 72-76 van de Code Pensioenfondsen.

64. Zie hierover A.C. Stroeve & D. van der Veer, ‘Nieuwe tegenstrijdigbelangregeling strijdig met paritair bestuursmodel?’, *TPV* 2017/12. Zij komen tot de conclusie dat het wetsvoorstel WBTR het paritaire bestuursmodel niet buiten werking zet.

65. Naar huidig en komend recht kunnen bestuurders van alle rechtspersonen bij onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk worden gesteld, zie art. 2:9 en 2:9b BW (nieuw).

66. Art. 2:300a BW jo. art. 2:149 BW jo. art. 2:9 BW.

67. Art. 104 lid 2 (vierde zin) Pw en art. 110a lid 2 (vierde zin) Wvb. Zie voor de achtergrond *Kamerstukken II* 2012/13, 33182, 11, p. 8-9. Op advies van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht is deze bepaling van overeenkomstige toepassing verklaard. Zie ook 2.5 VITP-Toezichtcode.

Met het wetsvoorstel WBTR wordt deze zin vervangen. In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling komt te staan dat art. 2:9 en 2:9b BW van overeenkomstige toepassing zijn.⁶⁸ Ik kan dit niet plaatsen. Nu met de WBTR ook (eindelijk) de interne aansprakelijkheid van commissarissen bij stichtingen wordt geregeld, is een verwijzing naar bepalingen over de taakvervulling en de aansprakelijkheid van bestuurders (art. 2:9 en 2:9b BW (nieuw)) voor leden van de raad van toezicht niet meer nodig. Dit werpt alleen maar onnodige vragen op. Bijvoorbeeld de vraag waarom voor deze ruime verwijzing is gekozen. Was een verwijzing naar alleen art. 2:9b lid 1 BW – over de aansprakelijkheid – niet voldoende?⁶⁹ Een andere vraag kan zijn of de verwijzing naar art. 2:9 BW (nieuw) alleen ziet op lid 3⁷⁰ – behoorlijke taakvervulling – of ook op de andere leden?⁷¹ Mijn aanbeveling is dat de huidige verwijzing naar art. 2:9 BW in zowel de Pensioenwet als de Wet verplichte beroepspensioenregeling kan vervallen.⁷² De verwijzingen naar art. 2:9 en 2:9b in art. IX en X onder B van het wetsvoorstel WBTR zijn (ook) overbodig en kunnen worden geschrapt. Na invoering van de WBTR zijn de leden van de raad van toezicht van pensioenfondsen aansprakelijk op grond van art. 2:11b BW.⁷³ Een verwijzing naar Boek 2 BW is straks niet langer noodzakelijk.

Ten tweede kunnen met de WBTR commissarissen van alle rechtspersonen in geval van faillissement jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort.⁷⁴ Naar huidig recht geldt dit op grond van Boek 2 BW niet voor niet-commerciële stichtingen.⁷⁵ Pensioenfondsen worden daartoe gerekend omdat zij niet onderworpen zijn aan de vennootschapsbelasting.⁷⁶ Deze verruiming in het wetsvoorstel WBTR betekent een aanzienlijke aanscherping voor de meeste stichtingen.⁷⁷ Voor leden

van de raad van toezicht van pensioenfondsen zal dit in de praktijk waarschijnlijk minder van belang zijn omdat een faillissement minder voorstelbaar is dan van bijvoorbeeld een zorginstelling.⁷⁸

5.10. Ontslag van commissarissen door rechter

De WBTR bevat een aanpassing van art. 2:298 BW,⁷⁹ het wetsartikel waarin het ontslag van een stichtingsbestuurder door de rechter staat.⁸⁰ Dit artikel wordt ook van toepassing op commissarissen. Een commissaris kan na invoering van de WBTR door de rechter worden ontslagen: (i) wegens verwaarlozing van zijn taak, (ii) wegens andere gewichtige redenen, (iii) wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet geduld kan worden, en (iv) wegens het niet of niet behoorlijk voldoen aan een bevel van de voorzieningenrechter.⁸¹ Leden van de raad van toezicht kunnen momenteel niet worden ontslagen op grond van art. 2:298 BW. Op grond van art. 298 lid 5 BW (nieuw) kan dit wel. Deze aanscherping past in mijn ogen bij de professionaliseringslag van de leden van de raad van toezicht van pensioenfondsen.⁸² De tussenkomst van een rechter brengt de onafhankelijkheid van de leden niet in gevaar.⁸³

Volgens de MvT kan deze basisregeling van art. 2:298 BW in sectorspecifieke wetgeving, zoals de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling, zo nodig worden aangevuld.⁸⁴ De Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling bevatten geen expliciete aanvulling.⁸⁵ Leden van de raad van toezicht kunnen ook worden ontslagen als voorziening binnen het enquête-recht. Dit is een procedure op grond van Boek 2 BW. Degenen die een verzoek tot enquête kunnen doen wordt ook geregeld in Boek 2 BW.⁸⁶ In de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling wordt deze kring

68. Art. IX en art. X onder B, zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 2, p. 13.

69. In dit lid staat de oorspronkelijke tekst van het huidige art. 2:9 lid 2 BW.

70. In dit lid staat de oorspronkelijke tekst van het huidige art. 2:9 lid 1, eerste zin BW.

71. Wat overigens overbodig zou zijn, omdat art. 2:9 BW (nieuw) gaat gelden voor alle stichtingen, dus ook voor pensioenfondsen.

72. Dit is ook het standpunt van H.E. Boschma e.a., 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 168.

73. Zie ook art. 2:11 lid 4 BW (nieuw).

74. Art. 2:9c en 2:11c BW (nieuw).

75. Art. 2:300a BW jo. art. 2:138 BW.

76. Zie art. 5 lid 1 onder b Vpb.

77. Overigens schiet het wetsvoorstel WBTR op dit punt mijns inziens als basisregeling te ver door. De huidige artikelen 2:138 en 2:248 BW, waarin hetzelfde staat als in art. 2:9c en 2:11c BW (nieuw), zouden in mijn ogen eventueel in sectorale wetgeving van overeenkomstige toepassing kunnen worden verklaard, mocht daaraan behoefte bestaan. Daarvoor is in elk geval nodig dat commissarissen een marktconforme beloning ontvangen en niet slechts een onkostenvergoeding.

78. Een verlaging van pensioenuitkeringen ligt meer voor de hand. Zie ook A. Stroeve & J. de Bruin, 'Waarom elke (onafhankelijke) pensioenfondsbestuurder stemrecht heeft', *TPV* 2017/29.

79. Zie over de verhouding met art. 173 Pw (benoeming van een bewindvoerder door de Ondernemingskamer), Asser/Rensen, *Overige rechtspersonen*, 2-III*, Deventer: Kluwer 2012, p. 354.

80. Een verzoek tot ontslag kan worden gedaan door het Openbaar Ministerie of een belanghebbende.

81. Op advies van de commissie vennootschapsrecht zijn deze ontslaggronden ontleend aan de regeling voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de Ondernemingskamer (zie art. 2:161 lid 2 en art. 2:271 lid 2 BW).

82. Zie ook M. Koelemeijer, 'De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 29, die het gemis aan rechterlijk toezicht (in het algemeen) als ongewenst ziet.

83. Zie art. 104 lid 1 Pw.

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

85. Zie over ontslag van leden van de raad van toezicht op grond van de aanwijzingsbevoegdheid op grond van art. 171 Pw M.F. Nolten, 'De aanwijzingsbevoegdheid tot ontslag van de bestuurder: veel ruis in vier sectoren', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013, afl. 2, p. 65.

86. Art. 2:346-347 BW.

wel uitgebreid.⁸⁷ De Pensioenwet kent deze bevoegdheid tot het doen van een enquêteverzoek onder andere toe aan het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan en de raad van toezicht.⁸⁸ De Wet verplichte beroepspensioenregeling kent deze bevoegdheid tot aan het verantwoordingsorgaan en de raad van toezicht.⁸⁹

Beide mogelijkheden tot ontslag kunnen goed naast elkaar functioneren. Het doel van de enquête is ruimer dan dat van art. 2:298 BW. Daarnaast kent art. 2:298 BW een ruime kring van belanghebbenden en het enquêterecht een limitatieve opsomming van gerechtigden.⁹⁰

6. Wijzigingen in Boek 2 BW en de gevolgen voor het gemengd model (one tier-model)

6.1. Grondslag

Met het wetsvoorstel WBTR wordt door de invoering van art. 2:9a BW (nieuw) ook voor stichtingen een one tier-model in Boek 2 BW vastgelegd. Deze regeling is ontleend aan de N.V./B.V.-regeling.⁹¹ Bij sectorale wetgeving kan deze mogelijkheid van het one tier-model worden uitgesloten.⁹²

Van deze mogelijkheid tot afwijking wordt in de pensioensector geen gebruikgemaakt. Sinds 2014 staan de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling dit model toe.⁹³ De Pensioenwet kent hiervoor art. 101a Pw. Met de regels in dit artikel is aangesloten op de regeling van het one tier-model voor de N.V. en de B.V. in Boek 2 BW.⁹⁴ De Wet verplichte beroepspensioenregeling verwijst in art. 110 lid 2 Wvb zelfs voor het gemengd model naar de N.V.-bepaling in Boek 2 BW, namelijk art. 2:129a BW. De vraag is alleen in hoeverre de regels in de Pensioenwet afwijken van de regels in Boek 2 BW en of de WBTR daarop anticipeert met de voorstellen tot wijziging van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling. Dit onderwerp komt in deze paragraaf aan de orde.

6.2. Aantal niet-uitvoerende bestuurders en het zijn van natuurlijke persoon

Met de WBTR komt in art. 2:9a lid 1 laatste zin BW (nieuw) te staan dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen zijn.

Volgens art. 101a lid 3 Pw bestaat een gemengd bestuur uit ten minste drie natuurlijke personen als niet-uitvoerende bestuurders. Voor beroepspensioenfonds verwijst art. 110 lid 2 Wvb naar art. 2:129a BW, waarin staat dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen zijn. Herhaling in sectorale wetgeving of een verwijzing naar wat in Boek 2 BW wordt geregeld, is overbodig. Door

art. 2:9a lid 1 laatste zin BW (nieuw) kan het element van natuurlijke persoon worden geschrapt uit de Pensioenwet en de verwijzing in de Wet verplichte beroepspensioenregeling (met betrekking tot dit onderwerp). Dit doet het wetsvoorstel WBTR niet. Het vereiste aantal niet-uitvoerende bestuurders dient in de sectorale wetgeving te blijven staan, aangezien Boek 2 BW geen minimum stelt aan het aantal niet-uitvoerende bestuurders.

6.3. Taak en bevoegdheden van de niet-uitvoerende bestuurders

In Boek 2 BW wordt met de WBTR in art. 2:9a lid 1, tweede zin BW (nieuw) opgenomen dat de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders niet door een taakverdeling kan worden ontnomen aan niet-uitvoerende bestuurders. Verder staat in de derde zin dat het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders niet aan de uitvoerende bestuurder kan worden toebedeeld.

Dezelfde zin staat ook in art. 101a lid 4 Pw en dit geldt ook voor beroepspensioenfonds op grond van art. 110 lid 2 Wvb (met verwijzing naar art. 2:129a lid 1 BW). Deze zin en de verwijzing kunnen dus in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling worden geschrapt. Herhaling is niet nodig.

Beide wetsartikelen, art. 101a lid 4 Pw en art. 110 lid 2 Wvb, verklaren art. 104 lid 2 Pw respectievelijk art. 110a lid 2 Wvb van overeenkomstige toepassing. In deze laatstgenoemde artikelen staat de taakomschrijving van de raad van toezicht. Dit heeft tot gevolg dat niet-uitvoerende bestuurders ten minste zijn belast met het toezien op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur en leggen verantwoording af over de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het bestuursverslag. Dit kan worden gezien als een aanvulling op de taakomschrijving in Boek 2 BW en deze verwijzingen dienen derhalve te blijven staan.⁹⁵

In Boek 2 BW komt met de WBTR in art. 2:9a lid 5 BW (nieuw) te staan dat de uitvoerende bestuurders niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders. Deze zin staat ook in art. 101a lid 5 Pw. Op grond van art. 110a lid 2 Wvb met verwijzing naar art. 2:129a BW geldt dit ook voor beroepspensioenfonds. Deze zin en de verwijzing kan worden geschrapt. Hetzelfde

87. Zie hierover Maatman & Schuit, *Ondernemingsrecht* 2012/68 en Maatman, Enzerink & Kraaiveld, *WPNR* 2015/7088.

88. Art. 219 Pw.

89. Art. 212 Wvb.

90. Zie ook Koelmeijer, *TvOB* 2016, p. 31.

91. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 14.

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

93. Zie hierover G. Leegwater & P. Siegman, 'Pensioenfonds met one tier board', *Goed Bestuur & Toezicht* 2016, p. 17 e.v. Zie voor een onderzoek naar het omgekeerd gemengd bestuursmodel, P. Siegman & S. Smit, www.gpss.nu/42364/Onderzoek-bestuursmodel.

94. *Kamerstukken II* 2012/13, 33182, 11, p. 6.

95. Er bestaat discussie over de vraag of aan niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk goedkeuringsrechten kunnen worden toegekend. Zie art. 104 lid 3 Pw. Zie hierover J.M. Blanco Fernández, 'Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht', in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (preadvises Vereniging Handelsrecht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016, p. 48 e.v.

geldt voor art. 101a lid 6 Pw, waarin staat dat bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten over zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren.⁹⁶ De verwijzing in art. 110 lid 2 Wvb naar art. 2:129a BW heeft hetzelfde gevolg. Dit komt met de WBTR te staan in art. 2:9a lid 2 BW (nieuw).

Kortom, in de Pensioenwet hoeft hetgeen straks in Boek 2 BW staat niet herhaald te worden en de verwijzing in de Wet verplichte beroepspensioenregeling naar art. 2:129a BW kan vervallen, omdat hetgeen in art. 2:129a BW (voor de N.V.) staat, vastgelegd wordt in art. 2:9a BW (nieuw). Deze bepaling gaat gelden voor pensioenfondsen met de rechtsvorm stichting. De verwijzing naar art. 2:9a lid 1, 2 en 5 BW (nieuw), zoals staat in het wetsvoorstel WBTR,⁹⁷ is in mijn ogen overbodig, nu door de WBTR deze bepalingen op alle rechtspersonen van toepassing worden.

De vraag is dan waarom het wetsvoorstel ervoor kiest om de verwijzing naar art. 2:129a BW te vervangen door art. 2:9a lid 1, 2 en 5 BW (nieuw). Betekent dit dat de andere leden van 2:9a BW (nieuw) niet van toepassing zijn op pensioenfondsen? Dat lijkt mij, voorzichtig gezegd, van niet. Boek 2 BW geldt voor alle stichtingen. Deze regels zouden alleen niet van toepassing zijn, als de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling deze regels buiten toepassing verklaren of anderszins daarvan afwijken. De vraag is dan, hoe de huidige voorgestelde aanpassing uit het wetsvoorstel WBTR moet worden geïnterpreteerd. Bovendien speelt deze vraag vooral als de toepassing van de andere leden van art. 2:9a BW (nieuw) tot ongewenste gevolgen voor de pensioensector zou leiden. Is dat het geval?

In art. 2:9a lid 3 BW (nieuw) staat dat ‘Bij de benoeming wordt vermeld of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder of tot niet uitvoerende bestuurder’. Het lijkt mij dat deze (dwingende) regel niet tot ongewenste gevolgen zal leiden. Dit is ook een revelante bepaling voor pensioenfondsen. Afwijking van deze regel in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling is niet nodig.

In art. 2:9a lid 4 BW (nieuw) komt het volgende te staan: ‘Het bestuur is te allen tijde bevoegd tot schorsing van een uitvoerende bestuurder’. Deze regel ligt lastig(er) in de pensioensector.⁹⁸ Het Besluit Uitvoering Pw en Wvb en de Code Pensioenfondsen bevatten hierover geen regel. Voor het omgekeerd gemengd model en het onafhankelijk

gemengd model wordt in de VITP-Toezichtcode bepaald dat de niet-uitvoerende bestuurders een uitvoerend bestuurslid kunnen schorsen.⁹⁹ In Boek 2 BW komt deze bevoegdheid aan het gehele bestuur toe, aan uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders gezamenlijk. De vraag is of dit tot ongewenste gevolgen leidt. De Boek 2 BW-regel leidt tot een gezamenlijk schorsingsbesluit van het gehele bestuur en bij de bepalingen in de VITP-Toezichtcode zijn alleen de niet-uitvoerende bestuurders betrokken bij het schorsingsbesluit. Ik zie de rol van de (andere) uitvoerende bestuurders in beginsel niet als bezwaarlijk.¹⁰⁰ Daarnaast gaat het om een schorsingsbevoegdheid. De bevoegdheid tot ontslag dient op grond van Boek 2 BW (alleen) in de statuten te worden vastgelegd en hoeft derhalve niet aan het bestuur toe te komen. De pensioensector kan dat (nog steeds) naar eigen inzicht regelen, zoals dat is vastgelegd in Bijlage 2 van de Code Pensioenfondsen.

In lid 6 van art. 2:9a BW (nieuw) komt te staan dat ‘Een bezoldiging van niet uitvoerende bestuurders van een stichting wordt vastgesteld op de wijze die daartoe in de statuten is voorzien’. Het (dwingende) karakter van deze bepaling is alleen dat de statuten hierover een bepaling dienen te bevatten. Dit lid zal niet tot ongewenste gevolgen leiden voor de pensioensector.

Mijn aanbeveling is dat de Minister van VenJ duidelijkheid verschaft over het achterliggende doel van de (beperkte) verwijzing naar art. 2:9a lid 1, 2 en 5 BW (nieuw) en dat wordt nagegaan of deze verwijzingstechniek, gezien het achterliggende doel, voldoet aan de gestelde eisen aan wetgeving.¹⁰¹

6.4. Belet of ontstentenis van niet-uitvoerende bestuurders

In art. 2:9 lid 6 BW (nieuw) komt te staan dat de statuten voorschriften dienen te bevatten over de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders.¹⁰²

De Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling bevatten hierover geen bepaling. Aangezien de WBTR hierin voorziet, is aanpassing van beide wetten niet nodig.

96. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

97. Art. X onder A, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 2, p. 13.

98. Vgl. Code Pensioenfondsen, norm 46: ‘Het bestuur zorgt ervoor dat in de statuten een schorsingsprocedure is vastgelegd.’ Dit is in aanvulling op de benoemings- en ontslagprocedure die op grond van de wet moet worden vastgelegd, aldus de toelichting bij deze norm.

99. 4.2.3. en 4.2.4 VITP-Toezichtcode.

100. C.A. Schwarz, ‘Toezicht in het familiebedrijf; enkele aspecten’, in: A.J.S.M. Tervoort e.a., *Familievennootschappen* (IVO, deel 107), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 142, ziet op dit punt een beperkte slagkracht voor niet-uitvoerende bestuurders ten opzichte van commissarissen omdat de niet-uitvoerende bestuurders in de meerderheid moeten zijn. De MvT bij de Wet bestuur en toezicht gaat ervan uit dat het (gehele) bestuur ook een belang heeft om een andere (uitvoerende) bestuurder te schorsen wanneer het vertrouwen in deze bestuurder ontbreekt, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 19.

101. Zie hierover P. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 238 e.v.

102. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van elk van de bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld.

6.5. Informatieverschaffing aan niet-uitvoerende bestuurders

Het onderwerp van informatieverschaffing speelt niet bij een one tier-model, aangezien het om een (bestuurs)orgaan gaat. Niet-uitvoerende bestuurders beschikken in beginsel over dezelfde informatie als de uitvoerende bestuurders. Informatie wordt aan het bestuur als zodanig verzonden.¹⁰³ Desgewenst kan in de statuten worden bepaald op welke wijze aan de informatiebehoefte van andere bestuurders tegemoet dient te worden gekomen in het kader van een bepaalde taakverdeling.¹⁰⁴

6.6. Norm voor taakvervulling van niet-uitvoerende bestuurders

Volgens art. 2:9 lid 3, tweede zin BW (nieuw) richten de bestuurders zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.

Uit art. 105 lid 2 Pw vloeit voort dat niet-uitvoerende bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen. Art. 110b lid 2 Wvb kent dezelfde tekst met uitzondering van het woord 'werkgever'. Mijn aanbeveling is deze zinsnede te handhaven. Het gaat om een specifieke aanvulling van Boek 2 BW.¹⁰⁵

6.7. Tegenstrijdigbelangregeling voor niet-uitvoerende bestuurders

Met de WBTR geldt de tegenstrijdigbelangregeling ook voor bestuurders van stichtingen. Deze regeling staat in art. 2:9 lid 5 BW (nieuw).

De Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling bevatten hierover geen bepaling. Aangezien de WBTR hierin voorziet, is aanpassing van beide wetten niet nodig.

6.8. Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders

Het wetsvoorstel WBTR regelt in art. 2:9b BW de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders. Naar huidig recht staat dit voor niet-uitvoerende bestuurders in art. 2:9 BW. Deze bepaling geldt ook voor pensioenfondsen.¹⁰⁶ De WBTR heeft op dit punt alleen tot gevolg dat hetgeen naar huidig recht in art. 2:9 lid 2 BW staat naar komend recht wordt verplaatst naar art. 2:9b lid 1 BW (nieuw).

6.9. Ontslag van niet-uitvoerende bestuurders door rechter

Het wetsvoorstel WBTR verruimt de ontslaggronden van art. 2:298 BW,¹⁰⁷ het artikel over het ontslag van bestuurders door de rechter. In de praktijk, zo staat in de memorie van toelichting, blijken de huidige 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. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichting in gevaar komt. Volgens de memorie van toelichting past de voorgestelde regeling hiermee beter bij de functie die stichtingen vandaag de dag in het maatschappelijke en economische verkeer vervullen.¹⁰⁸ Niet-uitvoerende bestuurders kunnen ook ontslagen worden via het enquêterecht.¹⁰⁹

7. Conclusie en aanbevelingen

De centrale vragen in deze bijdrage waren: (i) welke gevolgen heeft deze wet voor de pensioensector, (ii) zijn de voorgestelde aanpassingen in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling voldoende, of (iii) zijn er meer aanpassingen gewenst? De gevolgen van het wetsvoorstel WBTR voor de pensioensector zijn te overzien. Veel van hetgeen in de pensioensector al geregeld was, komt nu in Boek 2 BW te staan. De voorgestelde aanpassingen in het wetsvoorstel WBTR van de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling zijn te beperkt. Meer aanpassingen in beide wetten zijn gewenst.

Mijn aanbevelingen voor de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling zijn als volgt.

RvT-model:

1. De term 'raad van toezicht' vervangen door de Boek 2-term 'raad van commissarissen'.
2. De eis dat commissarissen natuurlijke personen dienen te zijn, kan worden geschrapt.
3. De taakomschrijving van de raad van commissarissen kan, voor zover deze overeenkomt met de algemene taakomschrijving in Boek 2 BW, geschrapt worden.
4. De bepaling over de informatieverschaffing kan vervallen.
5. De verwijzing naar art. 2:9 BW kan vervallen.

103. Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 15.

104. Kamerstukken II 2012/13, 33182, 11, p. 7. Zie voor een wijzigingsvoorstel van art. 2:9a lid 2 BW (nieuw) Schwarz, *IVO* 2017, p. 135.

105. Zie hierover paragraaf 5.7.

106. Kamerstukken II 2012/13, 33182, 11, p. 7.

107. Een stichtingsbestuurder kan door de rechter worden ontslagen: (i) wegens verwaarlozing van zijn taak, (ii) wegens andere gewichtige redenen, (iii) wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet geduld kan worden, en (iv) wegens het niet of niet behoorlijk voldoen aan een bevel van de voorzieningenrechter. Zie over de nieuwe ontslaggronden, Koelmeijer, *TvOB* 2016, p. 29.

108. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 8.

109. Zie hierover paragraaf 5.10.

Gemengd model:

1. De eis dat niet-uitvoerende bestuurders natuurlijke personen dienen te zijn, kan worden geschrapt.
2. De regels over het gemengd model in de Pensioenwet kunnen vervallen, voor zover deze gelijklopend zijn aan de nieuwe bepalingen in Boek 2 BW.
3. De verwijzing naar art. 2:129a BW in de Wet verplichte beroepspensioenregeling kan worden geschrapt.