

# 281. Statutaire *do's and don'ts*: het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

MR. E.H.W. SPOELMAN EN MR. E. HOLTMAN

Op 28 januari 2020 heeft de Tweede Kamer het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: het 'wetsvoorstel') aangenomen.<sup>1</sup> Het wetsvoorstel is op het moment van dit schrijven nog in behandeling bij de Eerste Kamer. Verwacht wordt dat het wetsvoorstel begin 2021 als wetgeving in werking zal treden.<sup>2</sup>

## Inleiding

Gedurende het wetgevingsproces is het wetsvoorstel in de juridische literatuur uitgebreid aan bod gekomen.<sup>3</sup> In aanvulling daarop wordt in deze bijdrage een aantal praktische aandachtspunten weergegeven en doen wij in verband hiermee enkele suggesties voor statutaire bepalingen van (bestaande) verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Wij menen dat bij deze rechtspersonen een statutenwijziging direct of spoedig na inwerkingtreding van de wet in bepaalde gevallen zeker aan te raden is, ondanks dat in de parlementaire stukken is opgemerkt dat het wetsvoorstel niet noodzaakt of verplicht tot een onmiddellijke statutenwijziging.<sup>4</sup> Dit om duidelijkheid te creëren in de toepasselijke regelgeving ten aanzien van de rechtspersoon, temeer nu men de statuten vaak beschouwt als het 'spoorboekje' van een rechtspersoon. Bovendien zullen bepaalde statutaire bepalingen na inwerkingtreding van het wetsvoorstel direct, dan wel op termijn, hun kracht verliezen.

In deze bijdrage behandelen wij achtereenvolgens welke voorgestelde wijzigingen het wetsvoorstel voor verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen bevat voor wat betreft tegenstrijdig belang, belet en ontstentenis en meervoudig stemrecht. Daarna volgt een

casus aan de hand waarvan wij enkele voorbeelden van statutaire bepalingen in lijn met het wetsvoorstel geven.

## Tegenstrijdig belang

### Voorgestelde regeling

Het BW kent momenteel geen bepalingen omtrent tegenstrijdig belang voor stichtingen. Voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen geldt een extern werkende regeling waarbij de algemene vergadering een of meer personen kan aanwijzen om de rechtspersoon te vertegenwoordigen in geval van een tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders of commissarissen.<sup>5</sup> Op statutaire bepalingen die deze extern werkende regeling bevatten kan men na de inwerkingtreding van de wet geen beroep meer doen.<sup>6</sup>

De voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen voorgestelde regeling is conform de geldende regeling voor nv's en bv's: een functionaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien de desbetreffende functionaris een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming of organisatie.<sup>7</sup> Aanvullend geldt de volgende dwingendrechtelijke escalatieregeling:

- a. Indien geen bestuursbesluit kan worden genomen door een tegenstrijdig belang van de enige, dan wel alle be-

<sup>1</sup> *Kamerstukken I* 2019/20, 34491, nr. A en *Handelingen II* 2019/20, nr. 46, item 7. Het wetsvoorstel werd in 2016 ingediend en is daarna meermaals gewijzigd en geamendeerd.

<sup>2</sup> Zie onder meer J.D.M. Schoonbrood, 'Het overgangsrecht in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2020/7285.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld H.J. de Kraker, 'Het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen: lang verwacht, stil gezwezen, nooit gedacht, toch gekregen', *Bb* 2020/16, P.J. Dortmund, 'Wetsvoorstel bestuur en toezicht teruggedraaid', *Ondernemingsrecht* 2019/64, W.J.M. van Veen & J.A.M. ten Berg, 'Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2019/7236 en P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 8 en *Kamerstukken II* 2019/20, 34491, nr. 17, p. 7.

<sup>5</sup> Art. 2:47 BW.

<sup>6</sup> *Kamerstukken I* 2019/20, 34491, nr. A, art. XV lid 3.

<sup>7</sup> Of van een tegenstrijdig belang sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van het *Bruil*-arrest (HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033), met dien verstande dat een zuiver kwalitatief belang niet onder het wettelijke begrip 'tegenstrijdig belang' valt. Deze bijdrage leent zich er niet voor om nader in te gaan op het duiden van tegenstrijdig belang. We verwijzen voor meer informatie omtrent dit onderwerp naar A.F.J.A. Leijten, 'Bestuur en tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2019/80.

stuurders, neemt de raad van commissarissen het besluit.<sup>8</sup>

- b. Indien (i) geen raad van commissarissen is ingesteld, of (ii) geen besluit van de raad van commissarissen kan worden genomen door een tegenstrijdig belang van de enige, dan wel alle commissarissen, neemt de algemene vergadering het besluit, tenzij de statuten anders bepalen.<sup>9</sup>

Dezelfde regeling zal ook voor stichtingen gaan gelden, met dien verstande dat voor de stichting de escalatieregeling slechts beperkt van toepassing is. De stichting heeft immers geen algemene vergadering. De escalatieregeling geldt dan ook slechts voor zover een raad van commissarissen bij de stichting is ingesteld.<sup>10</sup> Als dit niet het geval is, blijft het bestuur bevoegd het besluit te nemen, waarbij het bestuur de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vastlegt.<sup>11</sup> De statuten kunnen, zo stelt het wetsvoorstel, anders bepalen. Indien sprake is van een raad van commissarissen, maar ook bij alle commissarissen een tegenstrijdig belang bestaat, blijft de raad bevoegd om het besluit te nemen, waarbij de raad de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vastlegt. Ook hier kunnen blijkens het wetsvoorstel de statuten anders bepalen.

Zoals hierboven uiteengezet, geeft de voorgestelde regeling ruimte voor statutaire afwijkingen. Welke afwijkingmogelijkheden zijn toegestaan, is niet geheel duidelijk. De

parlementaire geschiedenis biedt op dit punt geen uitsluitel. In de literatuur wordt voor wat betreft de tegenstrijdig belangregeling voor bv's veelvuldig aangenomen dat een afwijkende regeling, inhoudende het doorschuiven van de bevoegdheid tot het nemen van het desbetreffende besluit naar een ander orgaan van de vennootschap, dan wel naar een persoon die van een zodanig orgaan deel uitmaakt of op andere wijze bij de (organisatie van de) vennootschap is betrokken, is toegestaan.<sup>12</sup> Wij menen dat een dergelijke afwijkende regeling ook onder de voorgestelde regeling voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen toelaatbaar is, nu deze regeling conform de voor bv's al geldende regeling is. Daarnaast is een aanvulling op de wettelijke regeling wat ons betreft uiteraard ook mogelijk. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het opnemen van een verplichting tot het raadplegen van een (onafhankelijke) derde voor advies in situaties van tegenstrijdig belang.

### De nieuwe regeling heeft mogelijk ook gevolgen voor statutaire quorum- en meerderheidseisen

Ten aanzien van stichtingen is de (tekst van de) voorgestelde regeling net anders. De stichting kent immers geen algemene vergadering. Welke afwijkingmogelijkheden zijn toegestaan ten aanzien van de voorgestelde tegenstrijdig belang-regeling bij de stichting? De literatuur gaat ervan uit dat statutair kan worden afgeweken van de eis van schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het desbetreffende besluit ten grondslag liggen.<sup>13</sup> Onduidelijk is of andersoortige afwijkingen zijn toegestaan. Wij kunnen ons voorstellen dat het onwenselijk is om, voor zover dat al mogelijk is, een ander (waarschijnlijk) minder betrokken orgaan of een individuele derde te betrekken bij besluitvorming in situaties van tegenstrijdig belang bij alle bestuurders, dan wel commissarissen van de stichting. Dit niet in de laatste plaats in verband met het ontbreken van een wettelijke verplichting om zich te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden organisatie voor derden en andere organen dan het bestuur en de raad van commissarissen.<sup>14</sup>

8 Indien een bestuurder of commissaris ondanks een tegenstrijdig belang deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming, is het desbetreffende besluit vernietigbaar (art. 2:15 lid 1 onder a BW). In het geval dat alle bestuurders, dan wel commissarissen, ten onrechte niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming, treedt de escalatieregeling niet in werking. Een eventueel besluit van de raad van commissarissen, dan wel de algemene vergadering, is in dat geval nietig (art. 2:14 lid 1 BW); het verkeerde orgaan heeft dan immers het besluit genomen.

9 Art. 2:129/239 lid 6 en art. 2:140/250 lid 5 BW. De statuten kunnen hiervan afwijken en bijvoorbeeld bepalen dat het bestuur of de raad van commissarissen in dat geval alsnog bevoegd is het besluit te nemen. Het is dus mogelijk de bevoegdheid van de algemene vergadering in de statuten 'weg te schrijven'.

10 Een al bestaand toezichthoudend orgaan kan na inwerkingtreding van het wetsvoorstel kwalificeren als raad van commissarissen, waardoor dit toezichthoudende orgaan ook relevant wordt in de tegenstrijdig belang-regeling (indien van toepassing). Dit hangt af van de grondslag en taak van het toezichthoudende orgaan. Zie hierover onder meer W. Bosse & A.J. Raat, 'Toezicht bij verenigingen en stichtingen in het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *TOP* 2017/631, P.H.N. Quist, 'Toezichthoudende organen en de gevolgen van het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voor de inrichtingsvrijheid van verenigingen en stichtingen', *Ondernemingsrecht* 2017/106 en B. Bier, 'Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht', *Ondernemingsrecht* 2017/105.

11 In *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, nr. 3, p. 6, werd door de minister nog terloops opgemerkt dat dit schriftelijk vastleggen niet kwalificeert als totstandkomingsvereiste. Gevolg hiervan is dat als de overwegingen niet schriftelijk worden vastgelegd, geen sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit ex art. 2:14, dan wel art. 2:15 BW. In de literatuur plaatsen meerdere auteurs hier vraagtekens bij – zie bijvoorbeeld P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162 en J.M. de Jongh, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2017/102.

12 Zie onder meer Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/230, E. Zwerus & S.R. Brand, 'Tegenstrijdig belang. Recente ontwikkelingen sinds de wetswijziging in 2013', *MvO* 2016/9 en R.G.J. Nowak & A.F.J.A. Leijten, 'De nieuwe tegenstrijdigbelangregeling', *Ondernemingsrecht* 2012/29.

13 Zie onder meer Asser/Rensen 2-III 2017/336a, M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (IVOR nr. 112) 2018/7.3.5 (diss. Utrecht) en P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162.

14 M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (IVOR nr. 112) 2018/7.3.5 (diss. Utrecht).

### Statutaire aandachtspunten

Het voorgaande betekent dat bestaande verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen dienen na te gaan of de statuten een bepaling in verband met tegenstrijdig belang bevatten waar men na de inwerkingtreding van de nieuwe regeling geen beroep meer op kan doen. Is dat het geval, dan ligt het vanwege praktische redenen voor de hand om deze bepaling te vervangen door een regeling overeenkomstig de bepalingen van het wetsvoorstel. Bovendien wordt dan voorkomen dat verwarring ontstaat door het verschil tussen de statutaire regeling waar geen beroep meer op kan worden gedaan en de nieuwe, dwingendrechtelijke wettelijke regeling.

Indien een bestuurder na inwerkingtreding van het wetsvoorstel ondanks een tegenstrijdig belang toch deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming, is het desbetreffende besluit immers vernietigbaar. Indien na inwerkingtreding van het wetsvoorstel in geval van tegenstrijdig belang de rechtspersoon wordt vertegenwoordigd in overeenstemming met de 'oude, extern werkende' regeling omtrent tegenstrijdig belang (al dan niet opgenomen in de statuten), maar waar geen beroep meer op kan worden gedaan, kan sprake zijn van een ongeldige vertegenwoordiging door een vertegenwoordigingsonbevoegde.

### Op statutaire bepalingen omtrent tegenstrijdig belang met 'externe' werking, kan men na de inwerkingtreding van de wet geen beroep meer doen

De voorgestelde regeling heeft wellicht ook gevolgen voor statutaire quorum- en meerderheidseisen. Het kan namelijk zo zijn dat besluitvorming niet mogelijk is doordat ten gevolge van een tegenstrijdig belang bij een of meer functionarissen, de statutaire quorum- en/of meerderheidseis niet wordt gehaald. De escalatieregeling treedt in dat geval niet in werking,<sup>15</sup> waardoor de besluitvorming blokkeert. Een oplossing hiervoor kan zijn dat de statuten bepalen dat een tegenstrijdig belang kwalificeert als belet (zie hierover ook het onderdeel *Belet en ontstentenis*), of dat de statuten het quorum of de vereiste meerderheid koppelen aan het aantal functionarissen dat deelneemt aan de besluitvorming en beraadslaging in plaats van aan het aantal in functie zijnde functionarissen.<sup>16</sup>

Tot slot: het wetsvoorstel biedt de mogelijkheid om op bepaalde punten in de statuten af te wijken van de wettelijke regeling. Naast de mogelijkheid om statutair aanvul-

lende regelingen op de wettelijke regeling op te nemen (wat immers geen *afwijking* van de wettelijke regeling betreft, maar een *aanvulling*), menen wij dat de volgende afwijkingen van de wettelijke regeling mogelijk zijn:

1. Voor verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen: een afwijking van de laatste stap van de wettelijke escalatieregeling. Op basis daarvan is de algemene vergadering bevoegd tot het nemen van het besluit. De statuten kunnen echter bepalen dat het bestuur of de raad van commissarissen in dat geval alsnog het besluit kan nemen, ondanks het tegenstrijdig belang. Daarnaast is het toegestaan om te bepalen dat de bevoegdheid tot het nemen van het desbetreffende besluit in geval van tegenstrijdig belang bij alle bestuurders (indien geen sprake is van een raad van commissarissen), dan wel alle commissarissen (indien wel sprake is van een raad van commissarissen), overgaat naar een ander orgaan of een persoon die van een zodanig orgaan deel uitmaakt of op andere wijze bij de (organisatie van de) rechtspersoon is betrokken.
2. Voor stichtingen waar geen als raad van commissarissen kwalificerend toezichthoudend orgaan is ingesteld: een afwijking van het voorschrift dat het bestuur de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vastlegt in geval van tegenstrijdig belang van de enig bestuurder of alle bestuurders. De statuten kunnen bepalen dat het niet nodig is om voornoemde overwegingen schriftelijk vast te leggen. Onduidelijk is of andere afwijkingen zijn toegestaan (zie ook hierboven onder *Voorgestelde regeling*).
3. Voor stichtingen waarbij wel een als raad van commissarissen kwalificerend toezichthoudend orgaan is ingesteld: een afwijking van het voorschrift dat de raad van commissarissen de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, schriftelijk vastlegt in geval van tegenstrijdig belang van de enig commissaris of alle commissarissen. De statuten kunnen bepalen dat het niet nodig is om voornoemde overwegingen schriftelijk vast te leggen. Onduidelijk is of andere afwijkingen zijn toegestaan (zie ook hierboven onder *Voorgestelde regeling*).

### Belet en ontstentenis

#### Voorgestelde regeling

Het wetsvoorstel bevat de verplichting voor verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen om in de statuten een regeling omtrent belet en ontstentenis op te nemen. Deze verplichting bestaat op

<sup>15</sup> In de omschreven situatie is het immers niet zo dat door het tegenstrijdig belang op zich geen besluit kan worden genomen. Zie ook *Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 6, p. 22*.

<sup>16</sup> Vgl. J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV en de invloed van een tegenstrijdig belang daarop', *WPNR* 2016/7113 en G.C. van Eck, 'Een nadere analyse van de regeling voor het bestuur in het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *TvOB* 2017/2.

dit moment slechts voor nv's en bv's.<sup>17</sup> Van ontstentenis is sprake indien een vacature binnen het bestuur of de raad van commissarissen ontstaat door het defungeren van een bestuurder of commissaris. Belet is een minder duidelijk omlijnd begrip; dit betreft de situaties waarin een bestuurder of commissaris zijn of haar functie tijdelijk niet mag of kan uitoefenen, door bijvoorbeeld schorsing of ziekte.<sup>18</sup>

#### Statutaire aandachtspunten

Indien de statuten van een bestaande vereniging, stichting, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij nog geen regeling omtrent belet en ontstentenis bevatten, moet de rechtspersoon een dergelijke regeling in de statuten opnemen, en wel uiterlijk bij de eerstvolgende statutenwijziging na het in werking treden van de wet.<sup>19</sup>

### Het wetsvoorstel verplicht verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen tot een statutaire regeling omtrent belet en ontstentenis

Het wetsvoorstel biedt tevens expliciet de ruimte om in de statuten een verdere uitwerking van het begrip 'belet' op te nemen, mits de desbetreffende statutaire bepaling 'voldoende concreet is'. Deze statutaire bepaling dient immers als basis bij het vaststellen of de beletregeling van toepassing is.<sup>20</sup> De statuten kunnen bijvoorbeeld bepalen dat het hebben van een tegenstrijdig belang kwalificeert als belet. Als de desbetreffende statutaire beletregeling daarbij voorziet in tijdelijke vervanging van een bestuurder met tegenstrijdig belang, kan dit ertoe leiden dat de escalatieregeling (zie hierover het onderdeel *Tegenstrijdig belang*) niet in werking treedt, maar dat het bestuur alsnog het besluit neemt. Indien sprake is van een raad van commissarissen, wordt deze door een dergelijke regeling 'omzeild': door toepassing van de regeling omtrent belet, komt men

aan de regeling omtrent tegenstrijdig belang niet meer toe. Wij menen dat de hierboven omschreven regeling mogelijk is aangezien de wet de ruimte hiertoe biedt, ondanks het dwingendrechtelijke karakter van de eerste stap van de escalatieregeling.<sup>21</sup> Aan voornoemde 'vervanging' van geconflieerde bestuurders zal overigens in de praktijk vooral behoefte bestaan bij *joint ventures* – met name bij dergelijke samenwerkingsverbanden is statutair maatwerk geboden.

### Meervoudig stemrecht

#### Voorgestelde regeling

Het BW kent momenteel nog geen regeling in verband met meervoudig stemrecht van bestuurders of commissarissen van verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. In het wetsvoorstel is bepaald dat aan een zodanige bestuurder of commissaris statutair meer dan één stem kan worden toegekend, met dien verstande dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen.<sup>22</sup>

#### Statutaire aandachtspunten

Indien de statuten een bepaling bevatten op basis waarvan een bepaalde bestuurder of commissaris meer stemmen kan uitbrengen dan alle andere bestuurders of commissarissen tezamen, blijft deze bepaling vooralsnog geldig. De desbetreffende bepaling verliest haar geldigheid (i) op het moment van de eerste statutenwijziging na inwerkingtreding van de wet, of (ii) vijf jaar na inwerkingtreding van de wet, afhankelijk van welk moment eerder is.<sup>23</sup> Uiterlijk op dat moment dient de rechtspersoon de statuten in lijn te brengen met de wet, om te voorkomen dat de statuten een bepaling bevatten die geen werking meer heeft, en waar nodig een toelaatbare meervoudigheid op te nemen.

17 Door een amendement (*Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 14 en Handelingen II 2019/2020, nr. 46, item 7*) is deze regeling – na schrapping uit de eerste versie van het wetsvoorstel – weer in het wetsvoorstel terecht gekomen. Het wetsvoorstel ziet tevens op een wijziging van art. 2:134 lid 4, art. 141 lid 4, art. 244 lid 4 en art. 252 lid 4 BW, waarin de regeling omtrent belet en ontstentenis voor nv's en bv's is opgenomen. Ook voor nv's wordt hierdoor wettelijk vastgelegd dat het mogelijk is om in de statuten een verdere uitwerking van het begrip 'belet' op te nemen. Daarnaast wordt bij de nv een verplichte statutaire regeling omtrent belet en ontstentenis voor alle commissarissen geïntroduceerd. De wijzigingen beogen geen verdere inhoudelijke aanpassingen in de huidige regeling voor nv's en bv's (*Kamerstukken II 2015/16, 34491, nr. 3, p. 13*).

18 Zie ook Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/189 en *Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 95*.

19 *Kamerstukken I 2019/20, 34491, nr. A, art. XV, lid 4*. Voor de wijziging in de regeling voor nv's en bv's is overigens – vermoedelijk per abuis – geen specifieke overgangsregeling van toepassing, waardoor teruggevallen moet worden op het algemene overgangsrecht (i.e. het van overeenkomstige toepassing verklaarde art. 29 ONBW). Dit betekent dat de wijziging onmiddellijk van toepassing is.

20 *Kamerstukken II 2006/07, 31058, nr. 3, p. 95*.

21 *Kamerstukken II 2018/19, 34491, nr. 6, p. 12 en Kamerstukken II 2008/09, 31763, nr. 3, p. 19*. Vgl. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/189, J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV en de invloed van een tegenstrijdig belang daarop', *WPNR 2016/7113*, P.H.N. Quist, 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR 2013/6990* en R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR 2013/6979*. Kritischer zijn G.K. Kuijers-Tollenaar & M.J. van Uchelen-Schipper, 'Reactie op "Belet of ontstentenis, that is the question" van mr. P.H.N. Quist in WPNR (2013) 6990', *WPNR 2014/7002* en H.E. Boschma e.a., 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?', *Ondernehmensrecht 2014/14*.

22 Door een amendement (*Kamerstukken II 2019/20, 34491, nr. 13 en Handelingen II 2019/2020, nr. 46, item 7*) is deze regeling – na schrapping uit de eerste versie van het wetsvoorstel – weer in het wetsvoorstel terecht gekomen. Wij menen dat dit terecht is – ook bij andere rechtspersonen dan nv's en bv's (vgl. art. 2:129/239 lid 2 en 2:140/250 lid 4 BW) zijn het bestuur en de raad van commissarissen immers collegiale organen waar een dergelijke regeling passend is. In verband met de voorgestelde regeling is tevens relevant wat wordt bedoeld met 'alle andere bestuurders tezamen'. Zie hierover ook J.D.M. Schoonbrood, 'Het overgangsrecht in het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR 2020/7285* en R.G.J. Nowak, 'Meervoudig stemrecht en uitval van bestuurders', *WPNR 2016/7132*.

23 *Kamerstukken I 2019/20, 34491, nr. A, art. XV, lid 4 en 5*.

De voorgestelde regeling is tevens relevant voor statutaire bepalingen die ertoe leiden dat een bestuurder of commissaris *de facto* meer stemmen kan uitbrengen dan de andere functionarissen tezamen. Een voorbeeld hiervan is een bepaling die een bepaalde bestuurder een doorslaggevende stem geeft in geval van het staken van de stemmen, terwijl het bestuur uit twee personen bestaat. Hetzelfde speelt in de situatie waar statutair is bepaald dat een bepaalde bestuurder evenveel stemmen mag uitbrengen als de andere in functie zijnde bestuurders tezamen, en een van deze andere bestuurders door belet geen stem kan uitbrengen. Ook in dit geval zal de bestuurder *de facto* meer stemmen kunnen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. De statuten kunnen dit ondervangen. De precieze juridisch-technische uitwerking hiervan hangt af van de inhoud van de statutaire beletregeling. Indien bij belet blijkt de statuten een plaatsvervanger wordt aangewezen, is geen verdere actie vereist – de plaatsvervanger zal dan in plaats van de belette bestuurder een stem uitbrengen en de beoogde verdeling van stemmen blijft intact. Indien daarentegen is bepaald dat bij belet het bestuur bij de overblijvende bestuurders rust, zal de beoogde verdeling van stemmen niet meer werken, en dienen de statuten erin te voorzien dat in dat geval de meervoudigheid is gekoppeld aan het aantal bestuurders dat deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming (in plaats van aan de in functie zijnde bestuurders), zodat de regeling geen strijd oplevert met het verbod uit het wetsvoorstel. Een en ander geldt uiteraard ook voor commissarissen; ook zij kunnen meervoudig stemrecht hebben.

### Aan een bestuurder of commissaris kunnen statutair niet meer stemmen worden toegekend dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen

In dit kader merken wij nog op dat de voorgestelde regeling van belang kan zijn voor bestaande samenwerkingsverbanden waarbij bij het opzetten van het samenwerkingsverband bewust is gekozen voor een ‘meer flexibele’ rechtsvorm, zoals de coöperatie. Voorstelbaar is dat daarbij een belangrijke overweging was dat het BW voor die rechtsvorm tot dusver geen beperkingen van het meervoudig stemrecht binnen het bestuur kende (in tegenstelling tot de nv en de bv). Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel dient niet alleen bij het opstellen van statuten rekening te worden gehouden met de beperking van meervoudig stemrecht, maar zal ook voor bestaande rechtspersonen uiterlijk bij het aflopen van de *term de grâce* van vijf jaar de statutaire regeling moeten worden aangepast naar een regeling in overeenstemming met de wet. Indien binnen het samenwerkingsverband een en ander (ook) contractueel is vastgelegd, raden wij aan ook deze contractuele afspraken aan te passen overeenkomstig de nieuwe regeling. Volledigheidshalve merken wij op dat bij de beoordeling van de geldigheid van dergelijke contractuele afspraken (na inwer-

kingtreding van de wet) in beginsel geldt dat er op dat punt geen algeheel contracteerverbod geldt, ook al kwalificeert het BW een statutaire regeling waarin een bestuurder meer stemmen uit kan brengen dan alle andere bestuurders tezamen als ongeldig.<sup>24</sup> De toelaatbaarheid van zulke contractuele afspraken moet worden beoordeeld aan de hand van art. 3:40 BW: bekeken moet worden of de contractuele afspraak, in de gegeven omstandigheden, niet in strijd is met de wet, de goede zeden of de openbare orde. Nu de beperking van meervoudig stemrecht samenhangt met het beginsel van collegiaal bestuur<sup>25</sup>, kunnen wij ons voorstellen dat een afwijkende contractuele afspraak afbreuk doet aan dat beginsel en daardoor ontoelaatbaar wordt geacht. Indien men (echter) meent dat een dergelijke afwijkende contractuele afspraak toelaatbaar is, levert handelen in strijd daarmee overigens niet slechts wanprestatie op, maar kan dit ook leiden tot vernietigbaarheid van de desbetreffende besluiten op grond van strijd met de redelijkheid en de billijkheid als bedoeld in art. 2:15 lid 1 onder c BW.<sup>26</sup>

### Casus ter illustratie: statutaire *do's and don'ts*

Stel dat een aantal jaren geleden een coöperatie is opgericht als samenwerkingsverband tussen partij A (het A-lid) en partij B (het B-lid). Bij het opstellen van de statuten ter gelegenheid van de oprichting van de coöperatie is destijds (logischerwijs) geen rekening gehouden met het wetsvoorstel.<sup>27</sup> De statuten bepalen dat het bestuur bestaat uit ten minste twee bestuurders A, te benoemen door de algemene vergadering en een bestuurder B, te benoemen door het B-lid.<sup>28</sup> Daarnaast bepalen de statuten dat de bestuurder B een gelijk aantal stemmen kan uitbrengen als alle in functie zijnde bestuurders A tezamen, plus één. Elke bestuurder A kan één stem uitbrengen. De coöperatie kwalificeert niet als structuurcoöperatie; wel is een (onafhankelijke) raad van commissarissen ingesteld. Wat zal in het kader van de

24 In de literatuur is met name aandacht besteed aan de vraag of het dwingendrechtelijke karakter van het vennootschapsrecht meebrengt dat elke contractuele afspraak die een resultaat beoogt dat niet via een statutaire regeling kan worden bereikt, ongeldig, dan wel niet afdwingbaar is. Zie hierover uitgebreid W.J.M. van Veen, ‘Aandeelhoudersovereenkomsten en het Nederlandse vennootschapsrecht’, *TvOB* 2018/4. Wij menen dat e.e.a. van overeenkomstige toepassing is op contractuele afspraken voor wat betreft andere Boek 2 BW-rechtspersonen.

25 Dat aan de wet het beginsel van collegiaal bestuur ten grondslag ligt, komt onder meer tot uitdrukking in de vertegenwoordigingsregelingen voor de verschillende rechtspersonen. Telkens is het bestuur als zodanig tot vertegenwoordiging bevoegd. Ook op art. 2:9 BW heeft dit beginsel zijn weerslag. Daarin is bepaald dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. M.J. Kroeze, Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/194.

26 Zie hierover in meer detail R.G.J. Nowak, ‘Rechtsgeldigheid en doorwerking van buitenstatutaire governance-afspraken’, *WPNR* 2014/7014.

27 In de notariële praktijk wordt met behulp van een overgangsbepaling in de statuten veelal rekening gehouden met wetsvoorstellen die naar verwachting relatief snel na oprichting of statutenwijziging van een rechtspersoon als wetgeving in werking zullen treden.

28 Art. 2:37 lid 3 jo. 2:53a lid 1 BW. In dit voorbeeld geldt op grond van de wet dat de bestuurder B overigens niet door de raad van commissarissen kan worden geschorst (zie art. 2:57 lid 3 BW), tenzij de statuten hiertoe de mogelijkheid bieden.



inwerkingtreding van de wet moeten en kunnen worden geregeld in de statuten van deze coöperatie?

#### Tegenstrijdig belang

Zoals eerder uiteengezet, kan men op een tegenstrijdig belang-regeling overeenkomstig huidig recht na inwerkingtreding van de wet geen beroep meer doen en is het raadzaam deze bepaling direct te wijzigen (en in elk geval uiterlijk bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de wet). Een zodanige statutaire bepaling zou in casu dan als volgt kunnen luiden:

‘Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming binnen het bestuur over een onderwerp waarbij hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de coöperatie en de met haar verbonden onderneming. Het besluit wordt in dat geval genomen door de overige bestuurders.’<sup>29</sup>

Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben als hiervoor bedoeld, dan wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen.<sup>30</sup>

Een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming binnen de raad van commissarissen over een onderwerp waarbij hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de coöperatie en de met haar verbonden onderneming. Het besluit wordt in dat geval genomen door de overige commissarissen.

Indien alle commissarissen een tegenstrijdig belang hebben als hiervoor bedoeld, dan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering.<sup>31</sup>

Een bestuurder of commissaris die een persoonlijk belang heeft dat – al dan niet potentieel – tegenstrijdig is met dat van de coöperatie, meldt dat onverwijld aan de voorzitter van de raad van commissarissen. Indien de voorzitter van de raad van commissarissen een dergelijk tegenstrijdig belang heeft, dan meldt hij dat onverwijld aan alle overige commissarissen.’

29 Het is mogelijk dat in de statuten tevens quorum- en/of meerderheidseisen worden opgenomen. Zoals uiteengezet in het onderdeel *Tegenstrijdig belang, Statutaire aandachtspunten*, kunnen dergelijke eisen in geval van tegenstrijdig belang van een of meer bestuurders ertoe leiden dat geen besluit kan worden genomen. Om een *deadlock* te voorkomen, kunnen statutaire quorum- en meerderheidseisen worden gemitigeerd voor gevallen van tegenstrijdig belang. In casu wordt dit gedaan door tegenstrijdige belangen onder de beletregeling te brengen – zie het volgende tekstvoorbeeld.

30 Het is niet mogelijk om deze bevoegdheid van de raad van commissarissen statutair ‘weg te schrijven’, hoewel dit in bepaalde gevallen (met name in geval van *joint ventures*) wel wenselijk kan zijn. Dit kan worden ondervangen door een tegenstrijdig belang als belet te kwalificeren (zie ook het volgende tekstvoorbeeld).

31 Desgewenst kan van dit onderdeel worden afgeweken. Zie hierover ook het onderdeel *Tegenstrijdig belang* – zo kan bijvoorbeeld het bestuur of de raad van commissarissen als bevoegd orgaan worden aangewezen, ondanks het tegenstrijdig belang.

#### Belet en ontstentenis

Indien de statuten nog geen regeling omtrent belet en ontstentenis bevatten, zal de coöperatie een zodanige regeling uiterlijk bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de wet in de statuten moeten opnemen. Deze bepaling zou in casu als volgt kunnen luiden:

‘In geval van belet of ontstentenis van één of meer bestuurders, berust het bestuur van de coöperatie bij de overblijvende bestuurders, mits ten aanzien van ten minste één bestuurder A en de bestuurder B geen ontstentenis of belet bestaat.

In geval van belet of ontstentenis van een bestuurder A, is de algemene vergadering tevens bevoegd om een persoon aan te wijzen die tijdelijk belast is met de taken van de desbetreffende bestuurder A.

In geval van belet of ontstentenis van de bestuurder B, is het B-lid tevens bevoegd om een persoon aan te wijzen die tijdelijk belast is met de taken van de bestuurder B.

In geval van belet of ontstentenis van alle bestuurders of alle bestuurders A of de bestuurder B, zonder dat in overeenstemming met het hiervoor bepaalde een persoon is of personen zijn aangewezen die tijdelijk belast is of zijn met de taken van de desbetreffende bestuurder of bestuurders, of in het geval die persoon niet in staat is of weigert het bestuur tijdelijk op zich te nemen, zal ieder lid het recht hebben om een algemene vergadering bijeen te roepen met het uitsluitende doel om een bestuurder te benoemen of een persoon aan te wijzen die in staat en bereid is het bestuur tijdelijk op zich te nemen.

In geval van belet of ontstentenis van een commissaris berust de taak van die commissaris bij de overgebleven commissarissen, of de enig overgebleven commissaris. Bij belet of ontstentenis van alle commissarissen kan de algemene vergadering besluiten dat de taak van de raad van commissarissen tijdelijk zal worden uitgeoefend door een door de algemene vergadering daartoe aangewezen persoon.’

Ook is het mogelijk om in de statuten van de coöperatie een verdere uitwerking van het begrip ‘belet’ op te nemen, welke als volgt zou kunnen luiden:

‘Onder belet wordt verstaan:

- (i) ziekte;
- (ii) onbereikbaarheid;
- (iii) schorsing; en
- (iv) het hebben van een tegenstrijdig belang als bedoeld in artikel [•]<sup>32</sup> van deze statuten, en wel voor de duur van de desbetreffende beraadslaging en besluitvorming,

32 Verwijzing naar de eerdere bepaling omtrent tegenstrijdig belang.

met dien verstande dat in de gevallen bedoeld onder (i) en (ii) slechts sprake is van belet indien er gedurende een termijn van [zeven]<sup>33</sup> dagen geen mogelijkheid tot contact tussen de desbetreffende bestuurder of commissaris en het bestuur, respectievelijk de raad van commissarissen heeft bestaan.’

#### Meervoudig stemrecht

Voor wat betreft het aantal stemmen binnen het bestuur, stellen de statuten in ons voorbeeld dat de bestuurder B hetzelfde aantal stemmen kan uitbrengen als alle in functie zijnde bestuurders A tezamen, plus één. Deze bepaling verliest haar geldigheid op het moment van de eerste statutenwijziging na inwerkingtreding van de wet, dan wel vijf jaar na inwerkingtreding van de wet, afhankelijk van welk moment eerder is, en dient uiterlijk dan te worden aangepast. Een aangepaste regeling zou als volgt kunnen luiden.

‘Elke bestuurder A die deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming heeft het recht om één stem uit te brengen. De bestuurder B heeft, indien hij deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming, het recht om evenveel stemmen uit te brengen als de aan de beraadslaging en besluitvorming deelnemende bestuurders A tezamen.

Het bestuur besluit bij volstreekte meerderheid (meer dan de helft) van de uitgebrachte stemmen in een vergadering waarin ten minste één bestuurder A en één bestuurder B aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Blanco stemmen gelden als niet uitgebracht. In geval de stemmen staken, is het voorstel verworpen.’

#### Afsluitend

Zoals blijkt uit het voorgaande, is voor bestaande verenigingen, stichtingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen in bepaalde gevallen een statutenwijziging direct of spoedig na het in werking treden van de nieuwe regeling aan te raden. Ook verplicht het overgangsrecht ertoe om de statuten bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de wet in lijn te brengen met het wetsvoorstel. Dit betreft in het bijzonder (i) de wettelijke bepalingen omtrent tegenstrijdig belang (met dien verstande dat men op een ‘extern werkende regeling’ omtrent tegenstrijdig belang direct na inwerkingtreding al geen beroep meer kan doen), (ii) de verplichting tot het opnemen van een statutaire regeling omtrent belet en ontstentenis, en (iii) de beperkingen in verband met meervoudig stemrecht (met dien verstande dat statutaire regelingen in strijd hiermee uiterlijk vijf jaar geldig blijven). Dit kan er, zoals hiervoor uiteengezet, ook toe leiden dat andere statutaire bepalingen, zoals quorum- en meerderheidseisen en bepalingen omtrent het aantal door een functionaris uit te brengen stemmen, gewijzigd moeten worden. Een statutenwijziging kan tevens wenselijk zijn in verband met de afwijkingsmogelijkheden die het wetsvoorstel biedt. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om een afwijking van de escalatieregeling bij tegenstrijdig belang of een statutaire uitwerking van het begrip ‘belet’.

#### Over de auteurs

**Mr. E.H.W. (Eloïse) Spoelman**

Kandidaat-notaris bij Stibbe.

**Mr. E. (Eline) Holtman**

Kandidaat-notaris bij Stibbe.

<sup>33</sup> De duur is mede afhankelijk van de gebruiken binnen de organisatie.