

JURIDISCH UP TO DATE



Vaktijdschrift voor de juridische praktijk

Juridisch up to Date is een uitgave van Fiscaal up to Date – onderdeel van Rendement Uitgeverij BV

Conradstraat 38
3013 AP Rotterdam
E-mail: redactie@futd.nl

Hoofdredactie

Mr. dr. J. (Harry) van Drongelen
(emer.) universitair hoofddocent Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg & (gepens.) senior wetgevingsjurist Ministerie SZW

Mr. A.D.M. (André) van Rijs
Docent bij de Vakgroep Sociaal Recht en Sociale Politiek, Universiteit van Tilburg

Uitgever

Drs. M.P. Hoogerwerf

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Juridisch Up to Date verschijnt 12 keer per jaar. (Proef) abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av

ISSN 0924-9451

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2023

PROCEDURELE ASPECTEN EN RECHTSHANDHAVING

mr. J. (Juliette) Wareman¹ en S.J.A. (Sjoerd) van Gils²

Het doorbreken van patstellingen binnen het stichtingsbestuur

2023-0209

De statuten of aanvullende reglementen van een rechtspersoon kunnen bepalen dat besluiten van het bestuur slechts genomen kunnen worden als een bepaald aantal bestuurders, commissarissen, aandeelhouders of leden aanwezig is tijdens de vergadering. Dit wordt aangeduid als een quorum. Indien besluiten worden genomen in strijd met een quorum, zijn deze nietig. Binnen rechtspersonen kan een situatie ontstaan waarbij een besluit niet kan worden genomen omdat niet kan worden voldaan aan het quorum. Daarbij kan worden gedacht aan situaties waarbij een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft of geschorst is en daarom niet mag deelnemen aan de besluitvorming, terwijl zijn of haar aanwezigheid tijdens de vergadering door een quorum wordt vereist om het besluit te kunnen nemen.

Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht Rechtspersonen³ zijn bestuurders van stichtingen gehouden om zich te onthouden van beraadslaging en besluitvorming als zij een tegenstrijdig belang hebben.⁴ Niet alle statuten zijn erop ingericht dat hiermee vaker de situatie kan ontstaan dat een quorum niet gehaald kan worden.

Centraal in deze bijdrage staat de situatie waarbij de besluitvorming binnen het bestuur van een stichting gefrustreerd wordt door een (vrijwel) onhaalbaar quorum én welke praktische oplossingen voorhanden zijn om in een dergelijke situatie toch een besluit te kunnen nemen. Alvorens verder wordt ingegaan op de oplossingen wordt eerst kort stil gestaan bij de achtergrond van het quorum en de tegenstrijdig belang regeling van de stichting.

Meerderheid en Quorumvereisten in het algemeen

Een besluit van het bestuur van een stichting wordt genomen als genoeg bestuurders hiervoor stemmen. Met welke meerderheid moet worden besloten staat vaak in de statuten beschreven en volgt in sommige omstandigheden uit de wet. Wordt de voorgeschreven meerderheid van de stemmen niet gehaald, dan zal er geen besluit tot stand komen. In beginsel geldt de regel dat een bestuurder één stem toekomt. Echter, de statuten kunnen bepalen dat een bestuurder meer dan één stem wordt toegekend zolang de bestuurder maar niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere

bestuurders tezamen.⁵ Onthoudingen, blanco stemmen en niet uitgebrachte stemmen tellen niet mee voor het bepalen van de benodigde meerderheid.

Naast de vereisten voor meerderheid, bestaat er ook de mogelijkheid om een quorum op te nemen in de statuten. Een quorum betekent dat los van het benodigde aantal stemmen, alleen besluiten kunnen worden genomen als een bepaald aantal bestuurders aanwezig is. Het is mogelijk om een quorum te relateren aan het aantal stemgerechtigde bestuurders, maar vaker is een quorum gerelateerd aan het aantal bestuurders dat in functie is. Een bestuurder die weliswaar in functie is maar vanwege een tegenstrijdig belang of schorsing niet deel mag nemen aan de besluitvorming, kan in die gevallen (toch) verhinderen dat een bepaald besluit kan worden genomen.

Tegenstrijdig belang regeling stichting

Bestuurders met persoonlijke belangen die conflicteren met die van de stichting mogen niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming over het betreffende onderwerp.⁶ In een dergelijk geval moeten de overige bestuurders van de rechtspersoon, zonder conflicterende belangen, het besluit nemen.⁷ De conflicterende bestuurder heeft wel de mogelijkheid om voorafgaand aan de bestuursvergadering te worden gehoord door de overige bestuurders zodat hij informatie kan verschaffen over de kwestie ten aanzien waarvan het tegenstrijdig belang bestaat.⁸ Vervolgens kan de besluitvorming over het agendapunt plaatsvinden.

Met de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is deze tegenstrijdig belangregeling ook geïntroduceerd voor bestuurders van een stichting. Die regeling ziet er als volgt uit.

Als alle bestuurders van de stichting een tegenstrijdig belang hebben, verschuift de bevoegdheid tot het nemen van het besluit naar de raad van commissarissen van de stichting.⁹ Indien ook de raad van commissarissen een conflicterend belang heeft, dient het besluit alsnog te worden genomen door de raad van commissarissen. Echter, in dat geval dient de raad van commissarissen wel de overwegingen die ten grondslag lagen aan het besluit schriftelijk vast te leggen.¹⁰ Heeft de stichting geen raad van commissarissen, en is er in de statuten van stichting ook geen alternatieve regeling opgenomen, dan kan het besluit door het geconflicteerde bestuur genomen worden, onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen.¹¹ In statuten kan een (deels) andere regeling worden opgenomen.

De bevoegdheid tot het nemen van het besluit verschuift niet naar de raad van commissarissen wanneer een bestuurder als gevolg van een tegenstrijdig belang of een schorsing zich onthoudt van stemming en vervolgens de medebestuurders niet tot een besluit kunnen komen omdat de stemmen staken of omdat en bepaald quorum niet behaald wordt. Er moet dan worden vastgesteld dat het besluit niet kan worden genomen. Het niet kunnen nemen van het besluit is namelijk geen gevolg van het tegenstrijdig belang van de betreffende bestuurder, maar van een verschil van inzicht tussen de overige bestuurders of een niet behaald quorum. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat in dat geval het besluit niet doorgaat.¹²

Naast een bestuurder met een tegenstrijdig belang kan ook een geschorste bestuurder niet deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Als een quorum of vereiste meerderheid zo is opgesteld dat het moet gaan om een bepaald aantal stemmen van de bestuurders die 'in functie' zijn, dan telt ook de geschorste bestuurder mee, terwijl ook deze bestuurder niet mag deelnemen aan de vergadering.

Praktijksituaties

Zoals opgemerkt kan een quorum in de praktijk tot onwerkbaar situaties leiden als een quorum (voor langere tijd) niet gehaald kan worden en daardoor belangrijke besluiten of alle besluiten niet kunnen worden genomen.

Het is belangrijk dat in de statuten een regeling is opgenomen die in deze gevallen uitkomst biedt. Zo kan bijvoorbeeld in de statuten worden bepaald dat een tegenstrijdig belang kwalificeert als een geval

van 'belet', waardoor een tijdelijke vervanging voor de bestuurder(s) met een tegenstrijdig belang kan worden aangewezen. In dat geval kan worden blijven voldaan aan het quorumvereiste en kan het besluit genomen worden.¹³ Een dergelijke regeling biedt flexibiliteit voor zorgvuldige besluitvorming, zelf in situaties waarin onzekerheid bestaat over het bestaan van een tegenstrijdig belang.¹⁴

Daarnaast zou ervoor kunnen worden gekozen om het quorum niet te koppelen aan het aantal in functie zijnde bestuurders, maar aan het aantal stemgerechtigde bestuurders. De koppeling van het quorum aan het aantal personen in functie kan leiden tot onmogelijkheid van besluitvorming bij een tegenstrijdig belang of een schorsing. Indien het quorum is gekoppeld aan stemgerechtigde bestuurders zal dit niet het geval zijn.¹⁵

Zoals opgemerkt kan daarnaast worden afgeweken van de tegenstrijdig belangregeling. Door Rensen en Quist wordt geopperd dat een alternatieve regeling in de statuten van de stichting kan worden opgenomen waarbij het bestuur wel besluiten kan nemen zolang er minstens één functionaris zonder tegenstrijdig belang is, met daaraan de eis verbonden dat in de notulen van de bestuursvergadering expliciet wordt gemotiveerd waarom het besluit, ondanks het tegenstrijdig belang van een of van meerdere bestuurders, is genomen.¹⁶ Daarbij zou dan gemotiveerd moeten worden waarom het besluit in het belang van de stichting is.

Indien in de statuten van de stichting geen alternatieven zijn opgenomen voor de situatie waarin het quorum niet behaald wordt als gevolg van een schorsing of een tegenstrijdig belang, voorziet de wet niet in een oplossing en kunnen bepaalde besluiten niet genomen worden.

Bij de NV en de BV is met betrekking tot besluiten van de algemene vergadering bepaald dat als een quorum niet gehaald wordt, een tweede vergadering bijeen kan worden geroepen waarin het quorum niet meer geldt.¹⁷ Daar wordt derhalve bescherming gegeven tegen een onhaalbaar quorum. De stichting kent een dergelijke bepaling niet. Stichtingen moeten dergelijke bescherming derhalve zelf in de statuten introduceren.

Oplossingen

Als er geen bescherming in de statuten is opgenomen tegen het niet behalen van een quorum, kan een bestuur geconfronteerd worden met de situatie dat bepaalde besluiten (of alle besluiten) niet kunnen worden genomen vanwege een onhaalbaar quorum. Een bestuur dat uit een dergelijke impasse wil geraken zou een statutenwijziging kunnen overwegen om de

benodigde bescherming te introduceren. Echter, doorgaans vereist het besluit tot statutenwijziging hetzelfde quorum zodat ook dat besluit niet genomen kan worden.

Het bestuur kan ook overwegen haar geschorste of geconflicteerde medebestuurder verzoeken (tijdelijk) af te treden. Hieraan zal zeker niet in alle gevallen gehoor worden gegeven. Vaak zal ook voor het besluit om een bestuurder te ontslaan het betreffende quorum gelden. In dat geval kunnen alleen juridische stappen de stichting verder helpen. Tenzij de stichting een onderneming drijft waarvoor een ondernemingsraad moet worden ingesteld, kan de Ondernemingskamer van het hof Amsterdam (de OK) niet verzocht worden om in te grijpen binnen de stichting middels het gelasten van een enquête-onderzoek.¹⁸

Interessant is echter de 'mini-enquête' die artikel 2:298 BW mogelijk maakt. Artikel 2:298 BW regelt het ontslag van een stichtingsbestuurder. Tot de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen waren deze gronden vrij strikt en feitelijk beperkt tot financieel wanbeleid. Met de invoering van de Wet Bestuur en Toezicht Rechtspersonen zijn deze gronden echter verruimd, waardoor er nu meer omstandigheden zijn die ten grondslag kunnen worden gelegd aan een ontslag. Een bestuurder kan nu ontslagen worden wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen en wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld.¹⁹

Artikel 2:298 BW heeft altijd een lid 2 gekend waarin de volgende mogelijkheid is opgenomen: "*De rechtbank kan, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen in het bestuur treffen en de bestuurder schorsen.*" Naar deze mogelijkheid wordt verwezen als een 'mini-enquête'. Immers, het doel van het treffen van de voorlopige voorzieningen is het beëindigen van een bestaande onwenselijke situatie door middel van een tijdelijke oplossing.²⁰ Daarmee doet de mogelijkheid denken aan de voorlopige voorzieningen die in het kader van een enquête bij de OK kunnen worden verzocht op grond van artikel 2:349a BW. In de memorie van toelichting bij de voorloper van artikel 2:298 BW (in 1954) is hierover het volgende opgemerkt: "*Hangende het onderzoek kan de rechtbank de nodige voorlopige voorzieningen treffen voor het beheer; ook kan zij de bestuurder schorsen en daarbij de nodige maatregelen treffen. De rechtbank kan deze voorzieningen geven, desnoods in afwijking van de bepalingen van de statuten.*"²¹ Hieruit volgt dat i) de rechtbank een voorlopige voorziening ambtshalve kan treffen, ii) dat de rechtbank andere voorzieningen kan treffen

dan gevraagd en iii) dat de rechtbank bij het treffen van haar voorzieningen kan afwijken van de statuten. Het grote verschil met enquête die bij de OK kan worden verzocht is het doel van de voorlopige voorzieningen. Bij een enquête is dat verkrijgen van openheid van zaken, het herstel van goede verhoudingen en het vaststellen van verantwoordelijkheid voor wanbeleid. Bij de mini-enquête van artikel 2:298 BW is dat (uitsluitend) bescherming van de stichting tegen een bestuurder die zijn taak verwaarloost, waar gewichtige redenen jegens bestaan of waarbij er op grond van wijziging van omstandigheden het voortbestaan van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet meer kan worden geduld.²² Bijzonder in dit kader is een recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam.²³ Binnen het bestuur van een STAK die aandelen houdt in een Amsterdamse vastgoedonderneming bestaat onenigheid. De certificaten van aandelen worden gehouden door of namens twee families. Namens beide families zit een bestuurder in de STAK, en er is een onafhankelijke derde bestuurder. De bestuurders kunnen alleen gezamenlijk de STAK vertegenwoordigen in de aandeelhoudersvergadering van de Amsterdamse vastgoedonderneming. Er ontstaat onenigheid tussen de bestuurders van de STAK, waarmee de besluitvorming in de algemene vergadering stil komt te liggen. Er wordt zowel een enquêteprocedure gestart, als een mini-enquête gebaseerd op artikel 2:298 BW. In de mini-enquête vragen twee van de drie bestuurders het ontslag van de andere bestuurder en deze bestuurder vraagt op zijn beurt het ontslag van de andere twee bestuurders. De mini-enquête is gestart omdat de OK niet kan ingrijpen in een stichting, en zolang het bestuur van de stichting het niet eens kan worden geen vertegenwoordiging van de STAK in de algemene vergadering mogelijk is. De rechtbank constateert dat er sprake is van een onherstelbare vertrouwensbreuk binnen het bestuur van de STAK en dat het bestuur niet meer adequaat kan functioneren. De rechtbank oordeelt dat onvoldoende grond voor schorsing of ontslag van de bestuurders bestaat. De rechtbank oordeelt ook dat een oplossing voor de geschillen gelegen zou zijn in een statutenwijziging. Daartoe kan nu juist vanwege de geschillen niet besloten worden. De rechtbank ziet daarin aanleiding om de voorlopige voorziening te treffen dat een tijdelijk bestuurder wordt aangewezen met een doorslaggevende stem en een zelfstandige vertegenwoordigingsbevoegdheid. Een mooie maatregel die de patstelling doorbreekt en zowel de STAK als de vennootschap waarin zij aandelen houdt vooruithelpt. Echter, als strikt naar de tekst van artikel 2:298 lid 2 BW wordt gekeken is het de vraag of de voorlopige voorzieningen van deze mini-enquête wel getroffen kunnen worden als reeds duidelijk is dat niet tot een schorsing of ontslag van de bestuurders zal worden besloten.

Conclusie

Het is bestuurders van stichtingen en belanghebbende bij stichtingen aan te raden om na te gaan of in de statuten van de betreffende stichting voldoende bescherming is opgenomen tegen het niet meer kunnen nemen van besluiten als een quorum niet gehaald kan worden. Mocht een stichting in de situatie komen te verkeren dat het quorum blijvend niet gehaald kan worden, dan kan de mini-enquête van artikel 2:298 BW uitkomst bieden.

Noten:

1. Juliette Wareman is werkzaam bij Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht.
2. Sjoerd van Gils is werkzaam bij Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht.
3. Stb. 2021/284.
4. Artikel 2:291 lid 6 BW.
5. Lennarts, T&C bij artikel 2:239 lid 4 BW, p. 1447.
6. Asser/Rensen 2-III 2022/137: tegenstrijdig belang, p. 1.
7. Asser/Rensen 2-III 2022/137: tegenstrijdig belang, p. 3.
8. Kamerstukken II 2008/09, 31763, p. 20.
9. Artikel 2:292 lid 7 BW.
10. Artikel 2:292a lid 7 BW.
11. Artikel 2:291 lid 6 BW.
12. Kamerstukken II 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 42.
13. Schoonbrood en Meppelink, WPNR 2016/7105, p. 3.
14. Stokkermans, WPNR 2017/7173, p. 948.
15. Schoonbrood en Meppelink, WPNR 2016/7105, p. 3.
16. Rensen & Quist, WPNR 2021/7327, p. 5.
17. Artikel 2:120 BW voor de NV en artikel 2:230 BW voor de BV.
18. Artikel 2:344 BW.
19. Artikel 2:298 lid 1 BW.
20. Schmieman, T&C BW, commentaar op artikel 2:298 BW.
21. *Kamerstukken II 1953/54, 3463, 3 p. 10.*
22. Zie hierover ook Van Veen in zijn recente bijdrage aan Bulten e.a. *Handboek enquêterecht.*
23. Rechtbank Amsterdam 20 juli 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:4630.