

Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: begrenzing meervoudig stemrecht voor bestuurders en toezichthouders van de vereniging en de stichting

Ondernemingsrecht 2021/10

In dit artikel gaat auteur in op de begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders en toezichthouders van de vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatie en de stichting. Een daartoe strekkende expliciete wettelijke regeling is geïntroduceerd door de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Aan de hand van het beginsel van collegiaal bestuur, de wetsgeschiedenis van de wettelijke regeling voor begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders en commissarissen van de NV en de BV en de wetsgeschiedenis van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, komt de auteur tot de conclusie dat sprake is van codificatie. Nietigheid en conversie maken volgens de auteur de overgangsregeling in de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zinledig. Ter relativering van de gevolgen van non-existente besluitvorming naar aanleiding van begrenzing van meervoudig stemrecht, wijst de auteur op de toepasselijke wettelijke regeling voor derdenbescherming.

1. Inleiding

Het voorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen is op 28 februari 2020 met enkele amendementen aangenomen in de Tweede Kamer en, aldus gewijzigd, op 10 november 2020 aangenomen in de Eerste Kamer. Door middel van de wet wordt vormgegeven aan een professionaliseringsslag bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen, waaronder die in de semipublieke sector.² De wet zal op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip in werking treden. Voor een algemeen overzicht van de onderwerpen van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de bijbehorende parlementaire geschiedenis, kan worden verwezen naar P.J. Dortmund, *Voortgang Wet bestuur en toezicht rechtspersonen*.³ In dit artikel wordt aan de hand van het beginsel van collegiaal bestuur, de totstandkomingsgeschiedenis van de soortgelijke wettelijke regeling voor bestuurders en commissarissen van de NV en de BV en de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, ingegaan op de bestaande regeling, de nieuwe regeling en het overgangsrecht met betrekking tot begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders en toe-

zichhouders van de vereniging, de onderlinge waarborgmaatschappij, de coöperatie en de stichting.

2. Meervoudig stemrecht

2.1 Collegiaal bestuur

In de wettelijke regeling voor hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen van de NV en de BV in de artikelen 2:138 respectievelijk 2:248 BW werkt het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid door.⁴ Een meerhoofdig bestuur en raad van commissarissen oefent zijn taak collegiaal uit en vormt één college. Elke bestuurder en elke commissaris draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken en is, behoudens indien en voor zover hij zich kan disculperen, voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk bestuur respectievelijk toezicht.⁵ Voor wat betreft de NV en de BV is daarom in de wet opgenomen dat aan een bestuurder of commissaris weliswaar meer dan één stem kan worden toegekend, maar niet meer dan de andere bestuurders respectievelijk commissarissen tezamen.⁶ De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen introduceert deze expliciete wettelijke begrenzing van meervoudig stemrecht ook voor bestuurders en commissarissen van de vereniging en de stichting.⁷ Tenzij uit de context anders volgt, wordt hierna onder meervoudig stemrecht voor bestuurders ook meervoudig stemrecht voor commissarissen verstaan.

2.2 Onduidelijkheid huidig recht

Geldt onder het momenteel nog huidig recht dan geen begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders en toezichthouders van de vereniging en/of de stichting? Daarover is geen jurisprudentie vindbaar. Ondanks dat geen sprake is van een expliciete daartoe strekkende wettelijke regeling, bestaat er in de literatuur consensus over dat het op zijn minst genomen van goede governance getuigt dat één bestuurder niet meer stemmen mag uitbren-

¹ Harke Plas is advocaat te Utrecht.

² *Kamerstukken I 2020/21*, 34 491, C.

³ *Ondernemingsrecht 2020/161*.

⁴ L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009, 2. Art. 2:138 en 2:238 BW zijn op grond van de schakelbepalingen in art. 2:149 en 2:259 BW van overeenkomstige toepassing op commissarissen van de NV respectievelijk de BV.

⁵ Art. 2:9 BW.

⁶ Art. 2:129 lid 2 en art. 2:140 lid 4 BW voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de NV en art. 2:239 lid 2 en art. 2:250 lid 4 BW voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de BV.

⁷ Art. 2:44 lid 4 en art. 2:47 lid 4 BW (nieuw) voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de vereniging en art. 2:291 lid 4 en art. 2:292a lid 4 BW (nieuw) voor bestuurders respectievelijk commissarissen van de stichting.

gen dan de andere bestuurders gezamenlijk.⁸ Daar waar Rensen uit de opvatting dat een meerhoofdig bestuur zijn taak collegiaal vervult constateert dat meervoudig stemrecht weliswaar mogelijk is maar niet op zodanige wijze dat een bestuurder meer stemmen kan uitbrengen dan de overige bestuurders gezamenlijk,⁹ vindt hij in Van Veen en Ten Berg medestanders.¹⁰ Afgezien van ogenschijnlijk Galle kent deze opvatting overigens geen tegenstanders,¹¹ maar vanwege het ontbreken van een expliciete wettelijke regeling bestaat wel twijfel bij onder meer Schoonbrood en Meppelink en Quist.¹² Deze twijfel wordt vooral ingegeven doordat de momenteel nog huidige wet zwijgt over meervoudig stemrecht bij bestuurders van verenigingen en stichtingen, daar waar deze voor de NV en de BV wel een expliciete regeling kent. Hoewel geen informatie beschikbaar is over het aantal, blijken in de praktijk verenigingen en stichtingen te bestaan met statutaire regelingen die een bestuurder meer stemmen geven dan de andere bestuurders tezamen kunnen uitbrengen. Dergelijke regelingen worden vooral gebruikt daar waar een pater familias of belangrijke investeerder nog allesbepalend wil zijn bij de besluitvorming in bijvoorbeeld een stichting administratiekantoor, aldus Schoonbrood en Meppelink.¹³

2.3 Wetsgeschiedenis

Het argument voor twijfel aan een begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders onder het momenteel nog huidig recht voor de vereniging en de stichting, is dat een daartoe strekkende expliciete wettelijke regeling ont-

breekt daar waar dit voor de NV en de BV wel expliciet is bepaald. Deze expliciete wettelijke regeling voor de NV en de BV is in 2000 geïntroduceerd door de Wet herziening preventief toezicht.¹⁴ Daaraan voorafgaand was voor de oprichting of wijziging van statuten van een NV of een BV een verklaring van de Minister van Justitie vereist dat hem van geen bezwaren is gebleken.¹⁵ De toets die de minister uitvoerde bij de verlening van de verklaring van geen bezwaar, viel in twee delen uiteen: een antecedentenonderzoek van de betrokken natuurlijke en rechtspersonen en een technisch-juridische toetsing van de conceptakte (statutenonderzoek). De verklaring mocht voor wat betreft de statuten slechts worden geweigerd indien deze in strijd waren met de openbare orde of de wet.¹⁶ In paragraaf 8 van de bij deze toetsing door de minister gehanteerde zogenoemde departementale richtlijnen,¹⁷ stond opgenomen: *“De statuten mogen aan een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem toekennen, mits deze bestuurder alléén niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. (...) Deze paragraaf is van overeenkomstige toepassing op besluitvorming binnen een meerhoofdige raad van commissarissen.”* Hoewel een expliciete daartoe strekkende wettelijke regeling ontbrak evenals onder momenteel nog huidig recht voor de vereniging en de stichting, was de minister destijds derhalve van oordeel dat een begrenzing van meervoudig stemrecht niettemin wel voortvloeide uit de openbare orde of een wetsinterpre-

8 Zelfs Galle die ogenschijnlijk het standpunt inneemt dat het momenteel nog huidige recht geen begrenzing kent van stemrecht van bestuurders van de vereniging en de stichting, verwondert zich daar tegelijkertijd over omdat *“collegialiteit, gezamenlijke verantwoordelijkheid, en bijbehorende potentiële individuele aansprakelijkheid voor in beginsel elk genomen bestuursbesluit als uitgangspunt gelden”* (R.C.J. Galle, ‘Collegialiteit en stemverhoudingen in het bestuur van de rechtspersoon’, *Ondernemingsrecht* 2007, 152).

9 Asser/Rensen 2-III 2017/138 en 334.

10 W.J.M. van Veen & J.A.M. ten Berg, ‘Enkele overpeinzingen bij het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2019/7236.

11 In verband met het toenmalige wetsontwerp flexibilisering bv-recht brak Galle een lans voor afschaffing van de in zijn ogen arbitraire regeling van wettelijke begrenzing van stemrecht voor bestuurders van NV’s en BV’s door onder meer te wijzen op het ontbreken van een daartoe strekkende expliciete wettelijke regeling voor de vereniging en de stichting. Ogenschijnlijk huldigt hij daarbij het standpunt dat deze begrenzing voor de vereniging en de stichting evenmin volgt uit een interpretatie van art. 2:9 BW. Aan het standpunt van Galle wordt ook wel de lezing gegeven dat ook hij, ondanks het ontbreken van een expliciete daartoe strekkende wettelijke regeling, van mening is dat de begrenzing van meervoudig stemrecht op grond van de collegialiteitsgedachte wel van toepassing is op de vereniging en de stichting (Van Veen en Ten Berg 2019).

12 J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, ‘Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV’, *WPNR* 2016/7118 en 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. Nadien concludeerde Schoonbrood aan de hand van de parlementaire geschiedenis van het voorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen overigens dat meervoudig stemrecht zonder begrenzing voor de vereniging en de stichting onder het momenteel nog huidige recht mogelijk is (J.D.M. Schoonbrood, ‘Het overgangsrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2020/7285).

13 Schoonbrood en Meppelink 2016.

14 De volledige aanduiding is Wet herziening van het preventief toezicht bij oprichting en wijzigingen van statuten van naamloze en besloten vennootschappen.

15 Voor wat betreft de oprichting op grond van de toenmalige art. 2:64 BW voor de NV en art. 2:175 BW voor de BV en voor wat betreft een statutenwijziging op grond van de toenmalige art. 2:125 BW voor de NV en art. 2:235 BW voor de BV. Overigens was ook na de Wet herziening preventief toezicht een ministeriële verklaring van geen bezwaar nodig voor oprichting en wijziging van statuten, echter werd deze voor wat betreft de oprichting slechts nog geweigerd op de grond dat er, gelet op de voornemens of de antecedenten van de personen die het beleid van de vennootschap zullen bepalen of mede bepalen, gevaar bestaat dat de vennootschap zal worden gebruikt voor ongeoorloofde doeleinden of dat haar werkzaamheid zal leiden tot benadeling van haar schuldeisers (art. 2:68 BW (oud) voor de NV en art. 2:179 BW (oud) voor de BV) en voor wat betreft een statutenwijziging op de grond dat door de wijziging de vennootschap een verboden karakter zou verkrijgen of dat er gevaar bestaat dat door de wijziging de vennootschap gebruikt zal worden voor ongeoorloofde doeleinden (art. 2:125 BW (oud) voor de NV en art. 2:235 BW (oud) voor de BV).

16 Zie het toenmalige art. 2:68 lid 2 BW voor wat betreft de NV en het toenmalige art. 2:179 lid 2 BW voor wat betreft de BV.

17 Richtlijnen 1986 voor beoordelen oprichtingen en statutenwijzigingen van n.v.’s en b.v.’s met beperkte aansprakelijkheid.

tatie.¹⁸ Aangenomen mag worden dat daaraan het beginsel van collegiaal bestuur ten grondslag ligt.¹⁹

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet herziening preventief toezicht, wordt duidelijk dat de wetgever mede vanuit het oogpunt van verlichting van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, de zorg voor technisch-juridisch correcte statuten vond thuishoren bij het notariaat en niet bij de overheid. De departementale richtlijnen aan de hand waarvan de technisch-juridische toetsing plaatsvond, moesten daarom komen te vervallen. De begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders van de NV en de BV zoals die voorheen stond opgenomen in de departementale richtlijnen, is daarbij opgenomen in artikel 2:129 lid 2 en artikel 2:239 lid 2 BW. In de Memorie van toelichting wordt deze keuze verduidelijkt:²⁰ *“De wet bevat geen regels voor de besluitvorming van zo’n meerhoofdig bestuur. In paragraaf 8 van de richtlijnen is neergelegd dat iedere bestuurder aan de totstandkoming van een besluit moet kunnen meewerken en derhalve ten minste een stem heeft. In bepaalde situaties – men denke aan een joint-venture – kan de praktijk behoefte hebben aan de mogelijkheid, een bestuurder meer dan een stem te geven. Daartegen bestaat geen bezwaar voor zover daarbij het beginsel van collegiaal bestuur gewaarborgd blijft. Daarom bepaalt lid 2 van artikel 129/239 dat een bestuurder niet meer stemmen kan worden toegekend dan alle andere bestuurders tezamen.”* Mede naar aanleiding van deze passage, wordt door Van Veen en Ten Berg aangenomen dat de begrenzing van meervoudig stemrecht ook geldt voor de vereniging en de stichting.²¹ Mijns inziens is er nog een argument. Bij het voorstel voor de Wet herziening preventief toezicht is volgens de memorie van toelichting als uitgangspunt aangehouden *“dat richtlijnvoorschriften alleen in de wet moeten worden opgenomen, als door het vervallen van de richtlijnen leemtes in de wet zouden ontstaan”*.²² Van een leemte kan slechts sprake zijn indien een wel geldende regel onbenoemd blijft. In casu is dat de begrenzing van meervoudig stemrecht als uitvloeisel van het beginsel van collegiaal bestuur. Dit beginsel van collegiaal bestuur geldt niet slechts voor de NV en de BV, maar ook voor de vereniging en de stichting. Tegen deze geschiedenis van de Wet herziening preventief toezicht, lijkt derhalve bezwaarlijk a contrario tot de conclusie te kunnen worden

gekomen dat een begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders van de vereniging en de stichting niet zou gelden omdat voor bestuurders van de NV en de BV wel een daartoe strekkende expliciete wettelijke regeling is opgenomen.

Het initiële voorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen voorzag erin dat een aantal regelingen die gelden voor de NV en de BV, zou worden verplaatst naar de algemene bepalingen in Titel 1 van Boek 2 BW. Daardoor zouden deze tevens gelden voor de vereniging en de stichting. Daarmee zou onderlinge kruisbestuiving kunnen plaatsvinden en zouden onnodige verschillen tussen de rechtsvormen kunnen worden weggenomen, waarvan een bevorderende werking voor de rechtszekerheid werd verondersteld.²³ Onder de naar de algemene bepalingen in Titel 1 van Boek 2 BW te verplaatsen regelingen, viel ook de begrenzing van meervoudig stemrecht. Daarmee zou deze tevens expliciet van toepassing zijn op de vereniging en de stichting.²⁴ Uit de algemene toelichting op het wetsvoorstel, die inhield dat daarmee niet werd beoogd een wijziging aan te brengen in bestaande toezichtstructuren, lijkt te volgen dat de minister, zoals eerder bij gelegenheid van de Wet herziening preventief toezicht, nog immer van mening was dat een begrenzing van meervoudig stemrecht geldt als voortvloeisel van het beginsel van collegiaal bestuur en daarmee derhalve ook voor bestuurders van de vereniging en de stichting.²⁵

Naar aanleiding van kritiek op een te sterke uniformering van het rechtspersonenrecht die mogelijk in de weg zou kunnen staan aan de differentiatie in verenigingen en stichtingen en de flexibiliteit die in dat opzicht geboden werd geacht,²⁶ is bij nota van wijziging afgezien van uniformering in de algemene bepalingen in Titel 1 van Boek 2 BW en is ervoor gekozen per rechtsvorm regelingen op te nemen.²⁷ Hoewel de geuite kritiek niet specifiek betrekking had op de begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders van de vereniging en de stichting, is daarbij niet voorzien in een expliciete regeling voor begrenzing van dit meervoudig stemrecht. Uit de toelichting blijkt dat de minister tot deze keuze is gekomen door de constatering van Schoonbrood en Meppelink dat de praktijk leert dat sprake is van verenigingen en stichtingen met statutaire regelingen die aan één bestuurder meer stemrecht toekennen dan de andere bestuurders tezamen zodat de expliciete wettelijke begrenzing van meervoudig stemrecht voor die verenigingen en stichtingen zou nopen tot statutenwijziging.²⁸ De minister merkt daarbij op:²⁹ *“Teneinde te voorkomen dat deze rechtspersonen te zeer worden beknelde in hun inrichtingsvrijheid en genooddaakt*

18 De daarbij door de minister gehanteerde departementale richtlijnen droegen *“het stempel van kritische toetsing uit rechtsgeleerd en praktisch oogpunt”*, zo kan uit het voorwoord van de richtlijnen worden opgemaakt. De betrokkenheid van niet-ambtelijke leden van de werkgroep Vennootschapsrecht die de laatste herziening van deze richtlijnen heeft voorbereid, namelijk W.C.L. van der Grinten, T. Drion, A.G. van Solinge en W. Westbroek lijkt deze zelf-toegedichte status te bevestigen. Zie over de (huidige) betekenis van de departementale richtlijnen ook Asser/Maeijer, *Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/27.

19 Bij de latere verplaatsing van deze regeling uit de departementale richtlijnen naar Boek 2 BW bij gelegenheid van de invoering van de Wet herziening preventief toezicht, is expliciet naar het beginsel van collegiaal bestuur verwezen (*Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 3).

20 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 11.

21 Van Veen en Ten Berg 2019.

22 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 277, nr. 3, p. 3.

23 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 3.

24 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 2, p. 2.

25 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 3. Zie ook Van Veen en Ten Berg 2019.

26 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 491, nr. 4, p. 4 ev.

27 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 7. Zie daarnaast ook *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 1 en 2.

28 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 9, p. 2.

29 *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 9, p. 2. Zie daarnaast ook *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 11, p. 2.

worden hun bestaande bestuurs- en toezichtstructuren te veranderen, zal de bepaling dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen mag uitbrengen dan de andere bestuurders respectievelijk commissarissen tezamen, uitsluitend van toepassing blijven op de NV en de BV.” Omdat Schoonbrood en Meppelink geen oproep tot schrappen van deze regeling maar juist suggesties voor overgangsrecht hadden gedaan en de minister door het schrappen van deze regeling uit het wetsvoorstel en het daar overigens bij te laten volgens hen juist nog meer onduidelijkheid creëerde over de vraag of de begrenzing van meervoudig stemrecht niet ook nu al geldt voor de vereniging en de stichting, achten Van Veen en Ten Berg dit, mijns inziens terecht, een opmerkelijke tournure van de minister.³⁰

Aan een keuze van de wetgever om de begrenzing van meervoudig stemrecht niet tevens expliciet voor de vereniging en de stichting op te nemen, zou in het licht van deze toelichting van de minister wellicht een argument ervoor kunnen worden ontleend dat de begrenzing van het meervoudig stemrecht onder het momenteel nog huidig recht niet van toepassing is op de vereniging en de stichting. De Tweede Kamer bleek zich echter niet te kunnen vinden in dit onderdeel van de nota van wijziging, zo getuige een amendement van de leden Van Gent (VVD) en Van Dam (CDA) dat strekt tot expliciete regelingen voor begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders van de vereniging en de stichting.³¹ In de toelichting op het amendement staat onder meer opgenomen:³² *“Een belangrijk uitgangspunt in het rechtspersonenrecht is dat het bestuur belast is met het bestuur van de rechtspersoon en daarbij optreedt als een collegiaal opererend orgaan. Dit basisprincipe geldt voor alle rechtspersonen die hun wettelijke regeling vinden in boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. (...) Het amendement strekt er (...) toe om de regeling met betrekking tot het meervoudig stemrecht voor alle rechtsvormen gelijk te laten luiden. Er bestaat immers geen grond om onderscheid te maken tussen de vereniging, coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en stichting enerzijds, en de NV en de BV anderzijds.”* De minister heeft daarop gematigd positief gereageerd en de afweging en het oordeel aan de Tweede Kamer overgelaten,³³ waarna het amendement is aangenomen.³⁴ In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer heeft de minister vervolgens laten weten dat het amendement aansluit bij de kern van het wetsvoorstel en het oorspronkelijke wetsvoorstel niet op ingrijpende wijze wijzigt.³⁵ Hiervoor is behandeld dat dit oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag in het verplaatsen van de expliciete begrenzing van meervoudig stemrecht voor de NV en de BV naar de algemene bepaling

van Titel 1 van Boek 2 BW, waarbij de toelichting werd gegeven dat het wetsvoorstel geen wijzigingen beoogde aan te brengen in bestaande toezichtstructuren.³⁶

2.4 Overgangsrecht

Het in de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen opgenomen amendement van Van Gent en Van Dam voorziet ook in een overgangsregeling voor begrenzing van meervoudig stemrecht. Een statutaire bepaling die vóór inwerkingtreding van de wet bepaalt dat een bepaalde bestuurder of commissaris van een vereniging of stichting meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders respectievelijk commissarissen tezamen, is geldig tot uiterlijk vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van de wet of tot de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de wet, naar gelang welk moment eerst valt.³⁷ Als toelichting hierop is aangevoerd dat in de literatuur verschil van inzicht bestaat over de geldigheid van een statutaire regeling die erin voorziet dat een bestuurder of commissaris meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen en dat in de literatuur wordt gemeld dat gevallen bekend zijn waarbij een dergelijke regeling in statuten is opgenomen. *“Door de invoering van dit wetsvoorstel wordt duidelijk dat een dergelijke regeling bij wet is verboden”*, aldus de toelichting op het amendement.³⁸

2.5 Nietigheid en conversie

Na de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zal het opnemen van een regeling in statuten strekkende tot toekenning aan een bestuurder van meer stemmen dan aan alle andere bestuurders tezamen, in strijd zijn met artikel 2:44 lid 4 respectievelijk artikel 2:291 lid 4 BW (nieuw). Een dergelijke regeling is dan volgens Schoonbrood nietig,³⁹ waarbij mag worden aangenomen dat van rechtswege sprake zal zijn van conversie van de nietige bepaling in een bepaling waarin aan de onderhavige bestuurder hetzelfde aantal stemmen wordt toegekend als aan alle andere bestuurders tezamen.⁴⁰ Omdat het toetsingsmoment voor de geldigheid van een rechtshandeling en conversie van een nietige rechtshandeling ligt op het tijdstip waarop de

30 Van Veen en Ten Berg 2019.

31 Kamerstukken II 2019/20, 34 491, nr. 13, welk amendement heeft geleid tot art. 2:44a lid 4 en art. 2:47 lid 4 BW (nieuw) voor de vereniging en art. 2:291 lid 4 en art. 2:292a lid 4 BW (nieuw) voor de stichting.

32 Kamerstukken II 2019/20, 34 491, nr. 13, p. 2 en 3.

33 Kamerstukken II 2019/20, 34 491, nr. 17, p. 10.

34 Met 147 stemmen vóór en 3 stemmen tegen (SGP).

35 Kamerstukken I 2020/21, 34 491, C, p. 9.

36 Kamerstukken II 2015/16, 34 491, nr. 3, p. 1.

37 Art. XV lid 5 Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

38 Kamerstukken II 2019/20, 34 491, nr. 13, p. 3.

39 J.D.M. Schoonbrood, ‘Het overgangsrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2020/7285.

40 MvA II, Parl. Gesch. Nieuw BW, p. 198. Zie ook nr. 2.17 van A-G F.F. Langemeijer in zijn conclusie voor HR 22 november 2002, *NJ* 2003, 34 (*Sint Willibrordus I*): *“De in art. 3:42 BW bedoelde conversie werkt van rechtswege en kan door de rechter ambtshalve worden toegepast.”* Zie voor bestaande statutaire regelingen strekkende tot toekenning aan een bestuurder van meer stemmen dan aan alle andere bestuurders tezamen met een beroep op ‘de gedachte achter de conversieregel’: B.C.M. Waaijer, ‘De statutaire inrichting met betrekking tot bestuur en toezicht’, in: J.M. Blanco Fernández e.a., *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris bv 2016, p. 61, alsmede 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 P.H.N. Quist & G.J.C. Rensen, ‘De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2017/7162.

rechtshandeling wordt verricht,⁴¹ blijven nietigheid en conversie buiten beschouwing met betrekking tot een bestaande statutaire regeling die in strijd is met artikel 2:44 lid 4 respectievelijk artikel 2:291 lid 4 BW (nieuw) en die niet binnen vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen of bij gelegenheid van de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van deze wet daarmee in overeenstemming is gebracht. Schoonbrood en Meppelink menen dat deze statutaire regeling dan niet meer van toepassing is en dat wordt teruggevallen op de hoofdregel dat iedere bestuurder één stem heeft,⁴² hetgeen lijkt te worden bevestigd door de opmerking van de minister in de memorie van antwoord bij gelegenheid van de behandeling in de Eerste Kamer daar waar staat opgenomen:⁴³ “na 5 jaar kan van rechtswege geen beroep meer worden gedaan op zo’n regeling”. Met een beroep op ‘de gedachte achter de conversieregel’ meent Waaijer echter dat de statutaire regeling dan zo dient te worden gelezen dat de betreffende bestuurder evenveel stemmen kan uitbrengen als alle andere bestuurders tezamen.⁴⁴ In zijn opvatting wordt Waaijer gevolgd door Quist en Rensen.⁴⁵

De gedachte dringt zich op of voor wat betreft bestaande statutaire regelingen strekkende tot toekenning aan een bestuurder van meer stemmen dan aan alle andere bestuurders tezamen, niet toch nietigheid en conversie rechtstreeks van toepassing zijn. Aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet herziening preventief toezicht, is hiervoor gebleken dat aan de expliciete wettelijke regeling van begrenzing van het meervoudig stemrecht voor bestuurders van de NV en de BV niet a contrario het argument kan worden ontleend dat deze begrenzing niet zou gelden voor bestuurders van de vereniging en de stichting. Uit het beginsel van collegiaal bestuur, dat tevens geldt voor de vereniging en de stichting, vloeide volgens de wetgever voort dat een bestuurder niet meer stemmen kan uitbrengen dan alle andere bestuurders tezamen. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, blijkt dat hetzelfde beginsel van collegiaal bestuur ten grondslag ligt aan de introductie van de expliciete wettelijke regeling van begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders van de vereniging en de stichting.⁴⁶ In de toelichting bij het amendement van Van Gent en Van Dam staat niet opgenomen dat door middel van de invoering van het wetsvoorstel een statutaire regeling wordt verboden die aan een bestuurder meer stemmen

toekent dan de andere bestuurders tezamen, maar in de toelichting bij het amendement staat opgenomen dat door de invoering van het wetsvoorstel *duidelijk wordt* dat een dergelijke regeling bij wet is verboden.⁴⁷ In de lijn van de wetsgeschiedenis van de begrenzing van meervoudig stemrecht voor de NV en de BV wordt daarmee de nu reeds bestaande begrenzing van meervoudig stemrecht voor bestuurders van de vereniging en de stichting als uitvloeisel van het beginsel van collegiaal bestuur als uitgangspunt genomen, evenals dat voorheen door middel van de departementale richtlijnen het geval was voor bestuurders van de NV en de BV. De overgangsregeling lijkt daarmee het karakter te hebben van een tijdelijke wettelijke gedoogregeling, waarbij een terme de gr^{ace} wordt toegekend van vijf jaar na inwerkingtreding van de wet dan wel, indien eerder, tot de eerstvolgende statutenwijziging.

Indachtig het toetsingsmoment voor de geldigheid van een rechtshandeling en conversie van een nietige rechtshandeling, dat ligt op het tijdstip waarop de rechtshandeling wordt verricht,⁴⁸ kan de vraag worden gesteld of behoefte bestaat aan een dergelijke overgangsregeling. Ik meen van niet indien als uitgangspunt wordt genomen dat de begrenzing van meervoudig stemrecht nu reeds van toepassing is op de vereniging en de stichting. Daarbij speelt ook een rol dat veranderende omstandigheden tussen het verrichten van de nietige rechtshandeling en een (declaratoir) vonnis waarin conversie wordt geconstateerd weliswaar kunnen worden meegewogen,⁴⁹ maar een overgangsregeling met het karakter van een tijdelijke wettelijke gedoogregeling mijns inziens bezwaarlijk als een dergelijke omstandigheid kwalificeert. Het te maken onderscheid tussen statutaire regelingen waarvan bij vonnis reeds is vastgesteld dat deze zijn geconverteerd en statutaire regelingen waarvan deze gerechtelijke vaststelling (nog) niet heeft plaatsgevonden, zou in het andere geval ook tot onbevredigende uitkomsten leiden. Mocht daartegen in worden gebracht dat dit wellicht een theoretisch onderscheid is vanwege het gebrek aan vindbare jurisprudentie, dan geldt dat hetzelfde onderscheid is te maken tussen situaties waarin conversie vrijwillig wordt nageleefd en situaties waarin deze conversie, al dan niet uit onwetendheid, niet wordt nageleefd.

Dat regelingen strekkende tot toekenning aan een bestuurder van meer stemmen dan alle andere bestuurders tezamen in de praktijk staan opgenomen in statuten van bijvoorbeeld een stichting administratiekantoor daar waar een pater familias of belangrijke investeerder nog allesbepalend wil zijn bij de besluitvorming,⁵⁰ maakt dit mijns in-

41 Voor de geldigheid van de rechtshandeling: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2018/327. Zie ook GiEA Curaçao 29 oktober 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:261.

Voor de conversie van een nietige rechtshandeling: mr. S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, art. 3:42 BW, aant. 5.3.3 en 6.2.2.

42 J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, ‘Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV’, *WPNR* 2016/7118.

43 *Kamerstukken I* 2020/21, 34 491, C, p. 6.

44 Waaijer 2016, p. 61.

45 Quist en Rensen 2017, Quist 2017 en *Asser/Rensen 2-III* 2017/138.

46 Zie laatstelijk nog *Kamerstukken I* 2020/21, 34 491, C, p. 5.

47 *Kamerstukken II* 2019/20, 34 491, nr. 13, p. 3.

48 Voor de geldigheid van de rechtshandeling: *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2018/327. Zie ook GiEA Curaçao 29 oktober 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:261. Voor de conversie van een nietige rechtshandeling: mr. S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, art. 3:42 BW, aant. 5.3.3 en 6.2.2.

49 MvA II, Parl. Gesch. Nieuw BW, p. 198-199. Zie ook mr. S.A.M. de Loos-Wijker, *GS Vermogensrecht*, art. 3:42 BW, aant. 6.5.

50 Schoonbrood en Meppelink 2016. Zie ook de minister in de toelichting van zijn tourneur: *Kamerstukken II* 2019/20, 34 491, nr. 17, p. 10.

ziens niet anders. Integendeel. Uit diezelfde praktijk blijkt dat dit soort regelingen kunnen leiden tot schrijnende situaties, bijvoorbeeld een bestuurder die bij uitoefening van een meerderheid van stemmen door een medebestuurder collegiaal verantwoordelijk wordt voor een besluit dat in zijn beleving evident fout is. Indien het gaat om bestuurders van een stichting administratiekantoor en deze bestuurders tevens certificaathouders zijn, behoort ‘stemmen met de voeten’, zoals door Galle als enige oplossing geopperd,⁵¹ bezwaarlijk tot de mogelijkheden. Daarbij komt dat juist in geval van een pater familias of belangrijke investeerder die allesbepalend wil zijn bij de besluitvorming dit niet zelden leidt tot geen, dan wel onvoldoende voldragen, beraadslaging waardoor het besluit niet kwalificeert als vrucht van overleg.⁵²

3. Gevolgen

3.1 Besluit

In de systematiek van de wet komt een besluit van een orgaan tot stand, zodra de leden van het orgaan – na beraadslaging – met de vereiste volstrekke of gekwalificeerde meerderheid hun stem(men) hebben uitgebracht ten faveure van een voorliggend voorstel.⁵³ Tenzij de statuten anders bepalen, is het in de vergadering van een orgaan van een rechtspersoon uitgesproken oordeel van de voorzitter omtrent de uitslag van een stemming beslissend, aldus artikel 2:13 lid 3 BW. Het gaat dan slechts om de telling door de voorzitter van de uitgebrachte stemmen. Met betrekking tot andere constatering is het oordeel van de voorzitter niet beslissend. Het oordeel van de voorzitter heeft derhalve geen betrekking op de geldigheid van uitgebrachte stemmen of het genomen besluit als zodanig.⁵⁴ Is een voorstel tot het nemen van een besluit volgens de voorzitter bij – volstrekke of gekwalificeerde – meerderheid van de stemmen aangenomen terwijl hij nietige stemmen heeft meegeteld en zonder meetellen van deze stemmen de vereiste meerderheid van de geldig uitgebrachte stemmen voor aanname van het voorstel niet is verkregen, dan is rechtens het voorstel toch niet aangenomen en dus het besluit niet genomen. Er is dan sprake van non-existentie van het besluit.⁵⁵ Het besluit komt dan eenvoudigweg niet tot stand.⁵⁶ Evenals een nietig besluit, kan een belanghebbende een non-existent besluit zonder meer naast zich neerleggen. In een procedure kan een belanghebbende wel aan de rechter verzoeken een declaratoire uitspraak te doen over de nietigheid.

3.2 Derdenbescherming

Een onherroepelijke uitspraak die de nietigheid van een besluit vaststelt, is voor een ieder bindend indien de rechtspersoon partij in het geding is geweest,⁵⁷ zo volgt uit artikel 2:16 lid 1 BW. Daarmee wordt een uitzondering gevormd op de hoofdregel dat rechterlijke uitspraken slechts procespartijen binden. Hoewel de wet zwijgt over non-existente besluiten, acht Assink het verdedigbaar dat, nu het gevolg van een non-existent en een nietig of vernietigd besluit hetzelfde is, artikel 2:16 lid 1 BW van overeenkomstige toepassing kan zijn ingeval in een onherroepelijke uitspraak wordt vastgesteld dat een besluit non-existent is.⁵⁸ Dat lijkt mij een juiste constatering.

Ondanks dat een onherroepelijke uitspraak die de nietigheid (of de daarmee gelijk te stellen non-existentie) van een besluit vaststelt voor een ieder bindend is indien de rechtspersoon partij bij het geding is geweest, komt derden wel bescherming toe. Indien een derde het gebrek dat aan het besluit kleefde kende noch behoefde te kennen, kan de nietigheid of vernietigbaarheid van een besluit met direct externe werking niet aan deze derde worden tegengeworpen zo volgt uit artikel 2:16 lid 2 BW. Dat geldt niet voor wat betreft een besluit tot benoeming van een bestuurder of commissaris.⁵⁹ Of en in hoeverre de rechtspersoon wel gebonden is aan een namens hem door een dergelijk vermeend bestuurder of commissaris verrichte rechtshandeling, dient te worden beoordeeld aan de hand van artikel 2:6 leden 2 en 3 juncto artikel 3:61 lid 2 BW.⁶⁰ Dat brengt met zich mee dat tegen een wederpartij die heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, bijvoorbeeld doordat de vermeend bestuurder of commissaris als zodanig stond ingeschreven in het handelsregister, op de onjuistheid van deze veronderstelling door de rechtspersoon geen beroep kan worden gedaan.

4. Conclusie

Door de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zal het meervoudig stemrecht van bestuurders en toezichthouders van de vereniging en de stichting door een expliciete wettelijke regeling zijn begrensd. Voor verenigingen en stichtingen die na invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen worden opgericht of waarvan de statuten na deze invoering worden gewijzigd, brengt dit duidelijkheid. Ondanks met oog daarop geschreven overgangsrecht, geldt dit niet voor bestaande verenigingen en stichtingen met een statutaire regeling strekken-

51 R.C.J. Galle, ‘Collegialiteit en stemverhoudingen in het bestuur van de rechtspersoon’, *Ondernemingsrecht* 2007, 152.

52 Vgl. Schoonbrood en Meppelink 2016.

53 Vgl. B.F. Assink | W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 1), Deventer: Kluwer 2013, § 17, p. 299.

54 Assink | Slagter 2013 (Deel 1), § 17, p. 300.

55 Assink | Slagter 2013 (Deel 1), § 17.4, p. 314.

56 A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht* (IVOR nr. 89) (diss.), Deventer: Kluwer 2012, p. 93.

57 Behoudens herroeping of derdenverzet, zo volgt uit art. 2:16 lid 1 BW.

58 Assink | Slagter 2013 (Deel 1), § 17.7, p. 341. Anders: Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, *JOR* 2009/252, m.nt. C.J. Groffen (*New World Juices/Rungis*).

59 Uit art. 2:16 lid 2 BW volgt tevens dat de rechtspersoon aan de onderhavige bestuurder of commissaris de schade dient te vergoeden indien deze het gebrek in het besluit kende noch behoefde te kennen.

60 HR 2 juni 1977, *NJ* 1978, 238, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Van Manen/Coöperatieve Flatexploitatie Vereniging ‘Minerva’*).

de tot toekenning aan een bestuurder of toezichthouder van meer stemmen dan alle andere bestuurders respectievelijk toezichthouders tezamen. De mogelijke uitkomsten variëren tussen geldigheid, nietigheid en conversie voor een onderhavige regeling tot het einde van de terme de grâce uit het overgangsrecht, tot niet van toepassing, nietigheid en conversie en een uitleg conform nietigheid en conversie voor een onderhavige regeling na het einde van deze terme de grâce uit het overgangsrecht. Hoewel in al deze gevallen derden afdoende worden beschermd zodat dit met name duidelijkheid brengt voor de interne verhoudingen, is het derhalve met het oog daarop wenselijk statuten van verenigingen en stichtingen spoedig in overeenstemming te brengen met de begrenzing van meervoudig stemrecht.