

JBN 2014/7 Het geheel ontbreken van het toezichthoudend orgaan bij een stichting



| | |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Publicatie | JBN: Juridische Berichten voor het Notariaat |
| Jaargang | 24 |
| Publicatiedatum | 01-07-2014 |
| Afleveringsnummer | 7-8 |
| Artikelnummer | 40 |
| Titel | Het geheel ontbreken van het toezichthoudend orgaan bij een stichting |
| Auteurs | K. Jansen, Kandidaat-notaris Van Putten Van Apeldoorn notarissen te Ede |
| Samenvatting | In dit artikel wordt aan de hand van een niet gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 11 november 2013, zaaknummer C/05/250808/ HA RK 13-162, ingegaan op het geheel ontbreken van het statutair voorgeschreven en bij coöptatie benoemd toezichthoudend orgaan bij een stichting. Er wordt beschreven hoe een dergelijke impasse via de rechter kan worden doorbroken en hoe een gang naar de rechter kan worden voorkomen. In dat kader zal ook worden stilgestaan bij (het wetsvoorstel van) de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen. |
| Trefwoorden | ontbreken toezichthoudend orgaan Stichting |

Het geheel ontbreken van het toezichthoudend orgaan bij een stichting

Samenvatting

In dit artikel wordt aan de hand van een niet gepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 11 november 2013, zaaknummer C/05/250808/ HA RK 13-162, ingegaan op het geheel ontbreken van het statutair voorgeschreven en bij coöptatie benoemd toezichthoudend orgaan bij een stichting. Er wordt beschreven hoe een dergelijke impasse via de rechter kan worden doorbroken en hoe een gang naar de rechter kan worden voorkomen. In dat kader zal ook worden stilgestaan bij (het wetsvoorstel van) de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.

Tekst

1. Casus

Gerechtelijke procedure, uitspraak en vervolg

Het bestuur van een stichting die ten doel heeft het bieden van geestelijke gezondheidszorg ('de stichting') wenst haar statuten te wijzigen ter invoering van de Zorgbrede Governancecode 2010. Op grond van de statuten is het bestuur bevoegd de statuten te wijzigen, doch slechts met voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht. De voormalige leden van de raad van toezicht zijn, vanwege een dispuut met het bestuur van de stichting, enige tijd geleden collectief opgestapt.

Er is derhalve geen enkel lid van de raad van toezicht meer in functie. Potentiële nieuwe leden van de raad van toezicht kunnen niet worden benoemd, omdat de statuten 1. uitgaan van coöptatie; en 2. geen voorziening treffen voor het geval de gehele raad van toezicht komt te ontbreken.

Er is kortom sprake van een impasse. Het bestuur van de stichting kan niet rechtsgeldig tot statutenwijziging besluiten. Een dergelijk besluit zou immers nietig zijn op grond van artikel 2:14 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek ('BW') wegens het ontbreken van de statutair voorgeschreven goedkeuring van de raad van toezicht. Het bestuur kan echter ook geen nieuwe toezichthouders aanstellen die het besluit tot statutenwijziging kunnen goedkeuren omdat het daartoe niet bevoegd is. Wat nu?

2. Gerechtelijke procedure, uitspraak en vervolg

Het bestuur van de stichting besluit een gerechtelijke procedure te starten en daarin de rechter primair te verzoeken tot het benoemen van een aantal toezichthouders op grond van artikel 2:299 BW (naar analogie). Zij verzoekt de rechtbank subsidiair de statuten van de stichting op grond van artikel 2:294 BW te wijzigen als hierna omschreven.

Het primaire verzoek: analoge toepassing van artikel 2:299 BW

Artikel 2:299 BW bepaalt dat de rechtbank op verzoek van een belanghebbende of het Openbaar Ministerie in de vervulling van de ledige plaatsen kan voorzien, telkens wanneer het door de statuten voorgeschreven bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten wordt voorzien. Een dergelijk verzoek kan worden gedaan indien het orgaan dat statutair tot benoeming bevoegd is niet (meer) bestaat, maar ook in het geval het bevoegde orgaan verzuimt tot benoeming over te gaan.

Daarnaast geldt dat het verzoek kan worden gedaan in het geval er geen enkele bestuurder (meer) is, maar ook in het geval er minder bestuurders in functie zijn dan statutair is voorgeschreven. De Hoge Raad heeft recent geoordeeld dat deze voorziening niet geldt voor de situatie dat er weliswaar voldoende bestuurders zijn, maar niet wordt voldaan aan de statutair voorgeschreven interne taakverdeling (HR 7 september 2012, LJN: BW5355). De Hoge Raad lijkt daarmee voor een strikte uitleg van artikel 2:299 BW te kiezen.

Gezien deze strikte uitleg leek analoge toepassing van artikel 2:299 BW op het toezichthoudend orgaan van een stichting niet voor de hand te liggen. Omdat de stichting echter in een impasse is geraakt en analoge toepassing van dit wetsartikel uitkomst zou kunnen bieden, besluit het bestuur niettemin een verzoek bij de rechtbank in te dienen. Aan dit verzoek wordt vervolgens, zoals verwacht, geen gehoor gegeven door de Rechtbank Gelderland. Deze rechtbank oordeelt dat artikel 2:299 BW geen grondslag biedt voor het verzoek om te voorzien in de benoeming van één of meer leden van de raad van toezicht. Zij overweegt daarbij dat ten aanzien van verzoekschriftenprocedures een gesloten systeem bestaat en dat de rechter derhalve slechts op grond van een concrete wetsbepaling bevoegd is tot het geven van een beschikking op een verzoekschrift. Zij oordeelt: *'Een andere wettelijke grondslag voor de benoeming van een raad van toezicht bij de stichting is echter niet gesteld of gebleken. Dat betekent dat de stichting ten aanzien van het primaire verzoek niet-ontvankelijk is.'*

Het subsidiaire verzoek: statutenwijziging op grond van artikel 2:294 BW

Op grond van artikel 2:294 BW is de rechtbank bevoegd op verzoek van een oprichter, het bestuur of het Openbaar Ministerie de statuten van een stichting te wijzigen indien (1) ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild en (2) de statuten de mogelijkheid van wijziging niet voorzien of zij die tot wijziging de bevoegdheid hebben zulks nalaten.

Aangezien ongewijzigde handhaving van de statuten van de stichting tot gevolg heeft dat deze niet uit de ontstane impasse geraakt (een gevolg dat bij de oprichting redelijkerwijs niet kan zijn gewild), terwijl de statuten niet in de mogelijkheid van wijziging voorzien (althans niet in de onderhavige situatie), wordt de rechtbank verzocht om de statuten te wijzigen en wel door toevoeging van een artikel inhoudende dat telkens wanneer de raad van toezicht geheel ontbreekt, het bestuur bevoegd is om in de vervulling van de ledige plaats(en) te voorzien.

De rechtbank wijst dit verzoek toe en wijzigt de statuten als voorgesteld. Daarmee was de stichting er echter nog niet. Aangezien de beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad was verklaard, kon de griffier van de rechtbank de wijziging pas na drie maanden inschrijven in het Handelsregister (artikel 996 onderdeel d van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering juncto artikel 2:302 BW). Pas daarna kon de statutaire invoering van de Zorgbrede Governance-code 2010 worden afgewikkeld door achtereenvolgens over te gaan tot:

- de benoeming van de leden van de raad van toezicht door het bestuur;
- goedkeuring van het voorgenomen besluit tot statutenwijziging door de raad van toezicht;
- het nemen van het besluit tot statutenwijziging door het bestuur en;
- het passeren van de akte van statutenwijziging door de notaris gevolgd door inschrijving van de wijzigingen bij het Handelsregister.

3. Statutaire regeling

Uit deze uitspraak kan een belangrijke regel worden afgeleid, namelijk dat bij de inrichting van statuten van een stichting met een toezichthoudend orgaan een voorziening moet worden getroffen voor het geval alle toezichthouders komen te ontbreken. Dit geldt des te meer in gevallen waarin de leden van de raad van toezicht worden benoemd door middel van coöptatie. In de statuten zal moeten worden bepaald wie in de ledige plaats(en) kan voorzien, indien de gehele raad van toezicht ontbreekt. Deze bevoegdheid kan worden toegekend aan het bestuur, maar ook aan bijvoorbeeld de oprichter van de stichting, een donateur, de ondernemingsraad of de cliëntenraad.

Een vraag daarbij is of kan worden bepaald dat de rechter daartoe bevoegd is, zoals de Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorginstellingen in haar modelstatuten heeft gedaan. Nu artikel 2:299 BW niet analoog kan worden toegepast op toezichthouders van stichtingen, ontbreekt daarvoor een wettelijke grondslag en zal de rechter een dergelijk verzoek - als het aan de Rechtbank Gelderland ligt - niet-ontvankelijk moeten verklaren.

4. Internetconsultatie Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Op 6 februari 2014 is het Ambtelijk voorontwerp Voorstel van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ('het wetsvoorstel') gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl. Het wetsvoorstel beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren. Het biedt een wettelijke grondslag aan de instelling van een toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtingen en bevat voor alle rechtspersonen een basisregeling voor de taak van het toezichthoudend orgaan en zijn leden. Ook wordt voor alle rechtspersonen geregeld dat bestuurders en toezichthouders met een tegenstrijdig belang niet mogen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming.

In de voorgestelde regeling worden onder meer de criteria op grond waarvan bestuurders van stichtingen door de rechtbank kunnen worden ontslagen aangepast (artikel 2:298 BW). Dit artikel wordt bovendien van overeenkomstige toepassing verklaard op leden van het toezichthoudend orgaan. In de toekomst kunnen derhalve ook toezichthouders van een stichting door de rechtbank worden ontslagen indien zij het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaden of hebben geschaad dat het voortduren van hun lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan redelijkerwijs niet kan worden geduld.

De wetgever heeft er niet voor gekozen om ook artikel 2:299 BW van overeenkomstige toepassing te verklaren op leden van het toezichthoudend orgaan. Gelet op de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Gelderland is dat mijns inziens een gemiste kans.

Wat verder opvalt is dat er geen algemene regeling in het wetsvoorstel is opgenomen ter zake belet en ontstentenis van bestuurders en toezichthouders. Voor de NV en de BV geldt dat de statuten daarvoor voorschriften moeten bevatten (artikel 2:144/244 BW). Ook voor (bepaalde) stichtingen zou dat niet geheel nieuw zijn. Een dergelijke regeling was bijvoorbeeld, zowel voor bestuurders als voor toezichthouders, opgenomen in het (ingetrokken) wetsvoorstel met betrekking tot de maatschappelijke onderneming (artikel 2:307a lid 5 en artikel 307c lid 6) en is opgenomen in het Voorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting (artikel 30 lid 10).

5. Slot

Het bestuur van de stichting heeft uiteindelijk via een omweg bereikt wat het wilde bereiken, namelijk invoering van de Zorgbrede Governancecode, maar moest daarvoor wel enig geduld hebben. Het moge duidelijk zijn dat het van belang is om in de statuten van een stichting met een toezichthoudend orgaan een voorziening te treffen voor het geval het toezichthoudend orgaan geheel komt te ontbreken. Voor het geval dat toch (nog) niet is gebeurd, zou de wetgever ter gelegenheid van (het wetsvoorstel van) de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen te hulp kunnen schieten door artikel 2:299 BW ook van toepassing te verklaren op toezichthouders. Hij zou daarin direct ook een algemene regeling met betrekking tot belet en ontstentenis van bestuurders en toezichthouders kunnen opnemen, die voor alle rechtspersonen geldt.

Rechtbank Gelderland 11 november 2013, zaaknummer C/05/250808/ HA RK 13-162.

Met dank aan de heer P.H.N. van Spanje, advocaat/partner bij A&S advocaten te Wageningen, voor toezending van deze uitspraak.

K. Jansen

Kandidaat-notaris Van Putten Van Apeldoorn notarissen te Ede