

234

Besluitvorming buiten vergadering bij stichting

Rechtbank Rotterdam
28 juli 2023, nr. HA RK 23-409,
ECLI:NL:RBROT:2023:7435
(mr. Smits)
Noot mr. dr. P.H.N. Quist

Stichting. Afwijzing van verzoek tot omzetting van stichting in bv. Bestuursbesluit is niet in overeenstemming met statuten genomen en is op grond daarvan nietig. Aan wettelijk vereiste van bestuursbesluit tot statutenwijziging is niet voldaan. Voor besluit tot omzetting geldt mutatis mutandis hetzelfde. Bestuursbesluit bevat ook geen expliciet besluit tot omzetting.

[BW art. 2:15 lid 1 sub a, 2:18 lid 4]

Verzoekster heeft niet in overeenstemming met de toepasselijke wettelijke en statutaire regels tot omzetting en statutenwijziging besloten. Het besluit tot statutenwijziging is niet in overeenstemming met de huidige statuten genomen. De statuten schrijven dwingend voor dat alleen in een vergadering tot wijziging van de statuten kan worden besloten. Verzoekster heeft dit besluit echter buiten vergadering genomen. Hoewel de huidige statuten een grondslag bieden voor het nemen van bestuursbesluiten buiten vergadering, geldt dit niet voor een besluit tot statutenwijziging. Om die reden is het bestuursbesluit nietig en is niet aan het wettelijk vereiste van een bestuursbesluit tot statutenwijziging voldaan. Hetzelfde geldt voor het besluit tot omzetting, aangezien het besluit daartoe volgens de wet op overeenkomstige wijze moet worden genomen en dit is niet gebeurd. Het overgelegde bestuursbesluit bevat tevens geen expliciet besluit tot omzetting. Er moet één door alle bestuurders getekend en deugdelijk van een datum en plaats van ondertekening voorzien exemplaar van het besluit tot omzetting en statutenwijziging bij het verzoekschrift gaan.

*Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt te Zwijndrecht,
verzoekster,
advocaat: mr. J.M.C. Wessels.*

(...; red.)

2. De feiten

2.1. De statuten van Stichting Leerwerkbedrijf Zwijndrecht Werkt luiden – voor zover relevant – als volgt:

“(…)

*Bestuursbesluiten**Artikel 5*

1. Het bestuur kan ter vergadering alleen dan geldige besluiten nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde bestuursleden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. (...)

2. Het bestuur kan ook buiten vergadering besluiten nemen, mits alle bestuursleden in de gelegenheid zijn gesteld schriftelijk, al dan niet per enig telecommunicatiemiddel, hun mening te uiten. (...)

(...)

(...)

*Statutenwijziging**Artikel 11*

1. Het bestuur is bevoegd deze statuten te wijzigen. Het besluit daartoe moet worden genomen met algemene stemmen in een vergadering, waarin alle bestuursleden aanwezig of vertegenwoordigd zijn, zonder dat in het bestuur enige vacature bestaat.

(...)”

3. De beoordeling

3.1. Het verzoek strekt tot het verkrijgen van een machtiging tot omzetting van verzoekster in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 2:18 lid 4 BW. De rechtbank wijst dit verzoek af en overweegt daartoe als volgt.

3.2. Op grond van artikel 2:18 lid 1 BW kan een rechtspersoon zich omzetten in een andere rechtsvorm. Voor die omzetting is onder meer vereist: een besluit tot omzetting, genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging.

3.3. Bij het verzoekschrift zijn afschriften overgelegd van de huidige statuten van 30 januari 2015, een buiten vergadering genomen bestuursbesluit tot statutenwijziging en de notariële akte met de nieuwe statuten.

3.4. Uit de stukken is gebleken dat verzoekster niet in overeenstemming met de toepasselijke wettelijke en statutaire regels tot omzetting en statutenwijziging heeft besloten. Het besluit tot statutenwijziging is niet overeenstemming met artikel 11 van de huidige statuten genomen. Dit artikel schrijft dwingend voor dat alleen in een vergadering tot wijziging van de statuten kan worden besloten. Verzoekster heeft dit besluit echter buiten vergadering genomen. Hoewel artikel 5 lid 2 van de huidige statuten een grondslag biedt voor het nemen van bestuursbesluiten buiten vergadering, geldt dit niet voor een besluit tot statutenwijziging. Om die reden is het bestuursbesluit nietig en is niet aan het wettelijk vereiste van een bestuursbesluit tot statutenwijziging voldaan. Hetzelfde geldt voor het besluit tot omzetting, aangezien het besluit daartoe volgens de wet op overeenkomstige wijze moet worden genomen en dit is niet gebeurd.

3.5. In aanvulling op het voorgaande overweegt de rechtbank dat het overgelegde bestuursbesluit tevens geen expliciet besluit tot omzetting bevat. Slechts uit het notariële concept met de nieuwe statuten dat aan het bestuursbesluit is gehecht kan worden afgeleid dat de rechtsvorm van de stichting zal worden veranderd. Ook dit volstaat niet. Er moet één door alle bestuurders getekend en deugdelijk van een datum en plaats van ondertekening voorzien exemplaar van het besluit tot omzetting en statutenwijziging bij het verzoekschrift gaan.

4. De beslissing

De rechtbank

4.1. wijst het verzoek af.

NOOT

1. Deze beschikking van Rechtbank Rotterdam ziet op besluitvorming door het bestuur in afwijking van een statutair voorschrift dat de wijze van totstandkoming van bepaalde besluiten regelt. Het betrof hier een verzoek tot verlening van een rechterlijke machtiging voor omzetting van een stichting in een bv met beperkte aansprakelijkheid.

2. De procedure voor de omzetting van rechtspersonen wordt beschreven in art. 2:18 BW. Ook een stichting kan worden omgezet in iedere andere rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid, en

daarmee ook in een bv. Daartoe is op grond van genoemd wetsartikel vereist: (i) een besluit tot omzetting, genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging; (ii) een besluit tot wijziging van de statuten; (iii) een notariële akte van omzetting; (iv) een rechterlijke machtiging.

3. Ik ga hier niet verder in op de procedure tot omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm en de daarmee samengaande beklemming van vermogen. Ik verwijs de daarin geïnteresseerde lezer graag naar mijn noot bij Rechtbank Limburg zp. Roermond van 7 december 2022, «JOR» 2023/125.

4. Het oordeel van de rechtbank over de besluitvorming door het bestuur maakt deze uitspraak interessant. De statuten van de stichting geven in dit geval een algemene regel van besluitvorming: het bestuur kan ter vergadering alleen geldige besluiten nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde bestuursleden ter vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is. Voorts bepalen de statuten dat het bestuur ook *buiten* vergadering besluiten kan nemen, mits alle bestuurders in de gelegenheid zijn gesteld schriftelijk, al dan niet per enig elektronisch communicatiemiddel, hun mening te uiten.

5. Ten aanzien van een besluit tot statutenwijziging bevatten de statuten een bijzondere regeling: een besluit daartoe moet worden genomen met algemene stemmen in een vergadering waarin alle bestuurders aanwezig of vertegenwoordigd zijn, zonder dat in het bestuur enige vacature bestaat.

6. De rechtbank wijst het verzoek tot verlening van rechterlijke machtiging af omdat het bestuursbesluit tot omzetting en statutenwijziging schriftelijk is genomen, maar de statuten voor een besluit tot statutenwijziging (van toepassing op een besluit tot omzetting op grond van art. 2:18 lid 2 sub a BW) een bestuursbesluit besluit genomen *in vergadering* voorschrijven, te nemen door het voltallige bestuur. Voorts constateert de rechtbank dat het bestuursbesluit alleen op statutenwijziging ziet en niet tevens op omzetting.

7. Ik richt mij hier op het besluitvormingsvereiste in de statuten.

8. Allereerst merk ik op dat, anders dan bij alle andere rechtspersonen, de statuten van een stichting slechts gewijzigd kunnen worden als de statuten daartoe de mogelijkheid openen

(art. 2:293 BW). Het uitgangspunt van de wet is dat statuten van een stichting dus niet gewijzigd kunnen worden, tenzij de statuten anders bepalen. Dit uitgangspunt stamt uit de tijd dat de stichting zich ontwikkelde van een doelvermogen, beheerst door ongeschreven rechtsregels, naar een wettelijk geregelde rechtspersoon met de Wet op stichtingen in 1956.

9. In dit geval bepalen de statuten van de stichting dat haar statuten kunnen worden gewijzigd, maar worden aan de totstandkoming van een zodanig besluit verzwaarde eisen gesteld: het besluit moet door alle bestuurders in vergadering worden genomen en er mogen ook geen vacatures in het bestuur zijn. Dat is overigens geen ongebruikelijke regeling en deze verzwaarde eisen zijn ook niet onbegrijpelijk, nu een besluit tot statutenwijziging diep in het wezen van een stichting kan ingrijpen.

10. De rechtbank oordeelt dat dit bestuursbesluit nietig is omdat het in strijd met de bijzondere statutaire besluitvormingsregel is genomen, namelijk schriftelijk en niet in vergadering (of het besluit wel door het voltallige bestuur is genomen wordt niet vermeld).

11. Die conclusie is onjuist. Een besluit dat in strijd met (wettelijke of) statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen wordt genomen – zoals hier het geval – is niet nietig, maar *vernietigbaar* op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW. Weliswaar bepaalt art. 2:14 lid 1 BW dat een besluit van een orgaan van een rechtspersoon dat in strijd met de wet of de statuten is genomen nietig is, maar daarmee wordt bedoeld op de strekking van het besluit als zodanig. Dat is hier niet aan de orde. Art. 2:14 lid 2 BW bepaalt dat indien een besluit nietig is “omdat het is genomen ondanks het ontbreken van een door de wet of de statuten voorschreven voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander dan het orgaan dat het besluit heeft genomen,” het door die ander kan worden bekrachtigd. Maar ook daarvan is in dit geval geen sprake.

12. Overigens zou het ontbreken van die “voorafgaande handeling van of mededeling aan een ander” van art. 2:14 lid 2 BW zelf weer kunnen worden gezien als een vorm van strijdigheid met een wettelijke bepaling die het tot stand komen van besluiten regelt, hetgeen de wettelijke systematiek niet bepaald duidelijker maakt. Echter, naar ik meen is er in dit geval ten aanzien van de strekking van het besluit zelf geen strijd met de

statuten (en ook niet met de wet) en betreft het hier eenvoudigweg besluitvorming die niet heeft plaatsgevonden volgens de regels die de statuten voorschrijven voor het tot stand komen van het desbetreffende besluit. Vernietigbaarheid dus. Zie ook Asser/Kroeze 2-1 2021/303.

13. Zou deze beschikking anders zijn uitgevallen als het hier geen bestuursbesluit tot omzetting van een stichting had betroffen maar een bestuursbesluit van een rechtspersoon met een andere rechtsvorm?

14. Zoals uiteengezet betrof het in dit geval een wezenlijk besluit van het bestuur van een stichting, in veel gevallen haar hoogste orgaan. Maar het gaat hier uiteindelijk om de beoordeling van een bestuursbesluit dat in strijd met een statutaire regeling omtrent besluitvorming is genomen. Was het hier gegaan om een besluit van, bijvoorbeeld, het bestuur van een kapitaalvennootschap, dan was de uitkomst naar ik meen niet anders geweest.

15. Statutaire regels omtrent besluitvorming zijn er niet voor niets. Waar deze als te knellend worden ervaren, kunnen zij worden aangepast. Tot die tijd dient het bestuur zich eraan te houden.

16. Goed besturen begint met het kennen van de statuten en het handelen met inachtneming daarvan.

mr. dr. P.H.N. Quist
notaris te Amsterdam en verbonden aan het
Van der Heijden Instituut van de RU Nijmegen

235

Jaarrekeningsrecht en toezicht

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

10 augustus 2023, nr. 200.324.554/01 OK, ECLI:NL:GHAMS:2023:1971

(mr. Vink, mr. Melissen, mr. Meijer, prof. dr. Hoogendoorn RA, prof. drs. Eeftink RA)

Noot mr. dr. E.C.A. Nass

Jaarrekeningprocedure. Rubricering en waardering van (middellijke) kapitaalbelangen. Belangen worden niet duurzaam gehouden en kwalificeren niet als deelneming. Deze participaties dienen te worden gewaardeerd op verkrijgings- of vervaardigingsprijs of actuele waarde. Bevel tot herziening jaarrekening. Verband met CBB 31 januari 2023, «JOR» 2023/156, m.nt. Affourtit.

[BW art. 2:24c, 2:362 lid 1, 2:367, 2:389, 2:447]

Ingevolge art. 2:362 lid 1 BW dient de jaarrekening volgens normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd een zodanig inzicht te geven dat een verantwoord oordeel kan worden gevormd omtrent het vermogen en het resultaat, alsmede voor zover de aard van een jaarrekening dat toelaat, omtrent de solvabiliteit en de liquiditeit van de rechtspersoon. De balans met de toelichting geeft de grootte van het vermogen en zijn samenstelling in actief- en passiefposten op het einde van het boekjaar getrouw, duidelijk en stelselmatig weer.

Bij de vaststelling van de normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd, zijn de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving (hierna: RJ) van belang. Dat geldt ook indien, zoals in het onderhavige geval, bij de inrichting van de jaarrekening de RJ niet kenbaar zijn toegepast. De voorschriften van de RJ kunnen ook dan een belangrijk oriëntatiepunt en gezaghebbende kenbron vormen voor wat in het concrete geval als aanvaardbaar heeft te gelden. Ingeval de rechtspersoon bij het vaststellen van de jaarrekening is gekomen tot waarderingen die

met deze voorschriften stroken, kan dit een belangrijke aanwijzing vormen dat het vereiste inzicht is verschaft en dat de ruimte die in redelijkheid aan de rechtspersoon moet worden gelaten bij zijn keuze voor de waardering van bepaalde posten niet is overschreden (vgl. o.a. HR 10 februari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7473, «JOR» 2006/94, m.nt. Van der Zanden).

Bij de inrichting van de jaarrekening heeft de rechtspersoon een zekere mate van keuzevrijheid. In een geval als het onderhavige moet worden beoordeeld of de wijze waarop de belangen in de Vastgoedondernemingen in de Jaarrekening 2021 zijn verantwoord en toegelicht in het licht van de daarop betrekking hebbende voorschriften en de in verband daarmee door Momentum Capital c.s. gemaakte bezwaren aanvaardbaar zijn (vgl. o.a. HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8790, «JOR» 2009/188, m.nt. Ploeger (Spyker)).

Uit het memorandum van mei 2014 blijkt dat wat betreft de belangen van Momentum Estate Fund I BV (hierna: MEFI) in de Vastgoedondernemingen van het begin af aan sprake is geweest van een exitstrategie. Deze strategie was gericht op een exit in 2019. Uit de stukken blijkt dat de investering van MEFI in de Vastgoedondernemingen financieel gedreven was, gericht op groeipotentieel op de korte en middellange termijn, die kennelijk circa vijf jaar bedroeg en als een streefdatum werd geformuleerd. Dat de exit wegens ongunstige marktomstandigheden (nog) niet is gerealiseerd, maakt dat niet anders. Ook nu is nog sprake van een exitstrategie. Dit alles brengt met zich dat de belangen in de Vastgoedondernemingen door MEFI niet duurzaam worden gehouden en derhalve, in weerwil van het rechtsvermoeden van art. 2:24c BW, niet kwalificeren als deelnemingen als bedoeld in dat artikel. Het gevolg is dat MEFI deze belangen in de Jaarrekening 2021 (waarover het hier gaat) onder de financiële vaste activa als bedoeld in art. 2:367 BW, terecht als “overige effecten” of – nader bepaald – als participaties heeft gerubriceerd.

Participaties als hier aan de orde dienen te worden gewaardeerd volgens de algemene grondslagen van art. 2:384 lid 1 BW, zijnde de verkrijgings- of vervaardigingsprijs of de actuele waarde. MEFI heeft toegelicht dat de belangen in de Vastgoedondernemingen in de Jaarrekening 2021, net als in 2020, zijn gewaardeerd tegen de actuele waarde, hetgeen dus een juiste waarderingsgrondslag voor dit actief vormt.