

# LAWTON

Archief Philip Staal

## Memo beantwoording vragen van de heer Chaim Even-Zohar email d.d. 16 september 2015

### *Inleiding*

Bij de beantwoording van de vragen zijn zowel de Handelsregisterwet 2007, hierna te noemen: "Hrw 2007", alsmede het Burgerlijk Wetboek, hierna te noemen: "BW", van belang. Deze afkortingen zullen in de onderstaande tekst systematisch worden gebruikt.

Deelvraag 1.a *"Is er een wettelijke verplichting binnen een zekere tijd na de benoeming van een bestuurder dit te registreren bij de K.v.K.?"*

- ❖ De rechtsplicht tot inschrijving van wijzigingen in het Handelsregister rust op ieder der bestuurders van een stichting<sup>1</sup>. Het bestuur kan tevens een volmacht verlenen aan anderen. Het is beleid van de KvK dat een notaris of advocaat wordt geacht over een toereikende volmacht te beschikken op grond waarvan hij eveneens bevoegd is opgaaf te doen. Op het moment dat een bestuurswisseling plaatsvindt is zowel de reeds afgetreden bestuurder als de nieuwe bestuurder tot opgaaf bevoegd. De bevoegdheid van de nieuwe bestuurder geldt pas vanaf het moment dat de benoeming van de betreffende bestuurder conform de statuten is voltooid. Dat de reeds afgetreden bestuurder nog bevoegd is tot opgaaf volgt uit het beleid van de KvK. Voor de inschrijving van wijzigingen geldt een inschrijvingstermijn van één week nadat de wijziging zoals bijv. een bestuurswissel is ingegaan (art. 20 lid 2 Hrw 2007). Na deze periode is de opgaafplichtige bestuurder in overtreding. Op grond van de wet eindigt de opgaafplicht pas op het moment dat de opgaafplichtige de wijzigingen heeft ingeschreven in het Handelsregister.

Deelvraag 1a: *"Is het NIET registreren van benoeming van de bestuurders een strafbare overtreding?"*

- ❖ Uitgangspunt is dat het publiek op de gegevens zoals deze in het Handelsregister zijn ingeschreven moet kunnen vertrouwen. De gegevens uit het Handelsregister hebben externe werking ten opzichte van derden zoals crediteuren (art. 25 Hrw 2007). Daarom worden derden die het Handelsregister raadplegen voor de juiste informatie op grond van de wet beschermd. Indien bepaalde gegevens of mededelingen niet juist staan vermeld in het Handelsregister, dan kan dit onder omstandigheden jegens derden leiden tot aansprakelijkheid wegens onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW) of wanprestatie (art. 6:74 BW). Het is dan ook van belang dat de openomen gegevens in het Handelsregister van het bestuur c.q. individuele bestuurder in overeenstemming worden gebracht met de wijzigingen binnen de stichting. Indien en voor zover de registratie bij een individuele bestuurder onjuist is weergegeven, wordt een derde die het Handelsregister heeft geraadpleegd beschermd. Het niet-registreren van de benoeming van de bestuurders valt niet onder de in de wet zogenoemde bijzondere verplichtingen tot inschrijving zoals bijvoorbeeld: de eerste inschrijving bij oprichting van de rechtspersoon, een statutenwijziging of een ontbinding. Het niet voldoen aan deze bijzondere verplichtingen wordt op grond van de wet gekwalificeerd als een economisch delict. Het niet-registreren van bestuurder valt hier derhalve niet onder.

<sup>1</sup> Zie: art. 2:289 BW; art. 18 Hrw 2007 en art. 6 lid 1 sub b Hrw 2007.

# LAWTON

Deelvraag 1a: “Wanneer wordt de benoeming van een bestuurder van kracht: het moment dat hij volgens de statuten is gekozen of het moment dat de inschrijving bij de KvK voltooid is?”

Onderdeel vraag 2: “Heeft een bestuur waar een paar Bestuurders niet bij de KvK staan ingeschreven en waar de KvK ingeschreven bestuurders geen quorum vertegenwoordigen, toch bindende beslissingen nemen?”

- ❖ De organisatie van de stichting wordt bepaald door de wet en door haar statuten. In de statuten dient te worden vermeld op welke wijze opvolgende bestuurders benoemd worden.<sup>2</sup> In de statuten van de Stichting Collectieve Maror-gelden Israël (“de Stichting”) staat in artikel 4.4, eerste zin, dat de bestuursleden worden benoemd door de Algemene Vergadering van Platform Israël. De benoeming van een kandidaat is pas voltooid op de dag waarop twee maanden gerekend vanaf de dag dat Platform Israël de voordracht heeft ontvangen, zijn verstreken. Pas nadat de benoeming van kracht is conform de statuten ontstaat voor de bestuurder de rechtsplicht tot het doen van opgave. Kortom, de benoeming van de bestuurder en de inschrijving in het Handelsregister zijn twee losstaande procedures. Het enkele feit dat een bestuurder niet ingeschreven staat in het Handelsregister heeft geen effect op de benoeming van de bestuurder. Het bestuur blijft op grond van de statuten bevoegd tot het nemen van besluiten en het vertegenwoordigen van de Stichting. Wel bestaat het risico dat de Stichting door derden aansprakelijk zou kunnen worden gesteld omdat de informatie omtrent het bestuur niet juist in het Handelsregister staat opgenomen. Immers, derden mogen op de in het Handelsregister opgenomen informatie vertrouwen (zie tevens toelichting bij de vorige vraag).

Deelvraag 1.a. “Zijn besluiten genomen door bestuurders die niet registreert zijn wettelijk genomen of zijn die aanvechtbaar?” Onderdeel vraag 2: “Als het blijkt dat in het verleden een Stichting mogelijk onwettig gehandeld heeft, dat het niet gehandeld heeft volgens haar eigen statuten, als het blijkt dat het bestuur (of vrijwel het hele bestuur) onwetende was van zekere activiteiten, tot op welke mate zijn bestuurders die in vorige besturen zaten vandaag nog wettelijk aanspraakbaar in Nederland? Kunnen huidige bestuursleden verantwoordelijk worden gesteld van activiteiten gedaan door voorgangers?”

*Besluiten genomen zonder inschrijving in het Handelsregister*

- ❖ Behoudens de in de wet of statuten opgenomen beperkingen is het bestuur belast met het besturen van de stichting (art. 2:291 BW). Een bestuurder moet conform de daartoe in de statuten geldige wijze worden benoemd en aangesteld. Op het moment dat aan deze vereisten is voldaan kan het bestuur (behoudens en voor zover dit uit de statuten en op grond van de wet voortvloeit) namens de stichting rechtsgeldig besluiten nemen. Het enkele feit dat een bestuurder niet ingeschreven staat in het Handelsregister doet hier in beginsel niets aan af. Dit blijkt onder andere bijvoorbeeld uit het feit dat bestuurders met terugwerkende kracht kunnen worden ingeschreven in het Handelsregister en in de tussentijd al meerdere rechtsgeldige besluiten hebben kunnen nemen. Enkel en alleen bij de oprichting van de stichting is de inschrijving van de gegevens van de oprichter of oprichters (naast de andere in de wet gestelde eisen bij oprichting) een constitutief vereiste. Wel blijft onverminderd gelden

<sup>2</sup> Art. 2:285 lid 2 jo 2:286 lid 4 sub c BW.

# LAWTON

dat de statuten en eventuele wijzigingen op grond van de Hrw 2007 tijdig dienen te worden ingeschreven.

## *Geldigheid tot vertegenwoordiging*

- ❖ De bevoegdheid om de stichting te vertegenwoordigen berust op de wet of statuten. Deze bevoegdheid is in beginsel onbeperkt en onvoorwaardelijk (art. 2:292 lid 3 BW). Deze bevoegdheid kan door de statuten of op grond van de wet worden beperkt. De wet en statuten stellen dan intern grenzen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur.
- ❖ In artikel 5.2 van de statuten van de Stichting staat dat het bestuur bevoegd is – kort samengevat – overeenkomsten te sluiten tot verkrijging, vervreemding en bezwaring van registergoederen, alsmede de stichting bij het aangaan van overeenkomsten de stichting als borg hoofdelijk te verbinden dan wel zich ter zekerheidsstelling te verbinden voor een schuld van een ander. In de statuten zijn met betrekking tot de vertegenwoordigingsbevoegdheden van het bestuur van de stichting geen (expliciete) uitsluitingen of beperkingen opgenomen. Dit betekent dat ingeval het bestuur of een bestuurder zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid te buiten is gegaan, de stichting in beginsel toch gebonden is. Dit is het gevolg van de algemene karakter van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders. In dat kader geldt de hoofdregel dat de stichting zich in beginsel slechts kan beroepen op een statutaire vertegenwoordigingsregel als deze overeenkomstig bestaande verplichtingen openbaar is gemaakt (art. 2:6 BW jo art. 25 Hrw 2007). De stichting moet de door haar openbaar gemaakte gegevens, ook als zij onjuist zijn tegen zich laten gelden, mits de wederpartij dit niet wist. De wet maakt geen onderscheid naar vrijwillige of verplichte publicatie noch naar de aard van de gegevens.
- ❖ De conclusie luidt dat het voor het bestuur van de Stichting van belang is om te controleren wie wat tekent en of het bestuur juist is ingeschreven in het Handelsregister. Behoudens de in de wet en statuten opgenomen beperkingen is het bestuur vertegenwoordigingsbevoegd.

## *Bestuurdersaansprakelijkheid*

- ❖ In het algemeen rechtsverkeer heeft de stichting zelfstandige rechten en verplichtingen. De Stichting is in beginsel daarom zelf aansprakelijk voor haar eigen schulden. De hoofdregel luidt dat de bestuurders van een stichting in beginsel niet aansprakelijk zijn voor hun handelen voor en namens de stichting. Onder omstandigheden kan een bestuurder wel aansprakelijk worden gehouden. De aansprakelijkheid van een bestuurder kan extern en intern zijn. Interne aansprakelijkheid: betreft de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de rechtspersoon. Externe aansprakelijkheid: ziet toe op de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens derden zoals crediteuren. De interne en externe bestuurdersaansprakelijkheid wordt hieronder verder toegelicht.
- ❖ *Interne bestuurdersaansprakelijkheid*  
Tussen een bestuurder en een stichting bestaat een contractuele rechtsbetrekking. De bestuurder moet bij de uitvoering van zijn taak de wet en statuten naleven. Als de bestuurder zijn taken niet naar behoren vervult, is de bestuurder hoofdelijk aansprakelijk jegens de stichting (art. 2:9 BW). Alleen de stichting (of de curator namens de gefailleerde rechtspersoon) heeft het recht de bestuurder aansprakelijk te stellen op grond van artikel 2:9 BW. De bewijslast rust dan ook op de stichting. Derden kunnen de bestuurder niet

# LAWTON

aansprakelijk stellen op deze grond. Er is sprake van kennelijke onbehoorlijke taakvervulling indien de bestuurder door zijn handelen een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dit betekent dat er sprake moet zijn van een onmiskenbare en duidelijke tekortkoming bijv. het handelen in strijd met de statutaire vertegenwoordigingsbepalingen of het bevoordelen van bepaalde partijen. Als criterium geldt dat een redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden niet zo gehandeld zou hebben. De collectiviteit van het bestuur brengt met zich mee dat de bestuurder in beginsel dus ook aansprakelijk kan worden gehouden voor het handelen van andere bestuurders. Kortom, het uitgangspunt voor de interne bestuurdersaansprakelijkheid is dat de bestuurders zowel individueel als gezamenlijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Het feitelijk aanspreken van bestuurders namens de rechtspersoon geschiedt over het algemeen door de daartoe aangewezen personen of ingeval van faillissement door de curator.. De verjaringstermijn voor het instellen van een dergelijke vordering is 5 jaar<sup>3</sup>. Deze verjaringstermijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de in dit geval de Stichting bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon. Of in deze sprake is van interne bestuurdersaansprakelijkheid moet worden beoordeeld op basis van alle feiten en omstandigheden.

## ❖ *Externe aansprakelijkheid*

Naast de stichting kunnen ook derden de bestuurder wegens onrechtmatig handelen (art. 6:162 BW) persoonlijk aansprakelijk stellen voor de door zijn handelen veroorzaakte schade. Deze situatie kan zich bijv. voordoen indien een bestuurder een overeenkomst aangaat namens de stichting terwijl hij weet dat deze niet door de stichting kan worden nagekomen. In dat kader kunnen meerdere bestuursleden worden aangesproken. Een dergelijke vordering verjaart door verloop van 5 jaar na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden.<sup>4</sup> Als de benadeelde niet binnen de termijn van 5 jaar bekend raakt met de schade, dan geldt dat een dergelijke vordering in ieder geval door verloop van 20 jaar na de schadeveroorzakende gebeurtenis verjaart.<sup>5</sup>

Indien de stichting aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen, kan de externe aansprakelijkheid tevens worden gestoeld op grond van artikel 2:138 BW, de zogeheten bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement.

## ❖ *Aansprakelijkheid jegens voorganger(s)*

Uitgangspunt is dat een nieuwe bestuurder niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de daden van zijn voorganger. Wel wordt aan een opvolgend bestuurder geadviseerd kritisch te kijken naar het verleden en indien noodzakelijk de benodigde acties te ondernemen om nadelige gevolgen (van het handelen van zijn voorganger) te voorkomen of te beperken.

## *Nietig en vernietigbare besluiten*

- ❖ Op grond van de wet is een besluit nietig doordat dit in strijd met de statuten, fundamentele totstandkomingsvoorschriften (zoals een quorumeis), de wettelijke bepalingen, goede zeden of openbare orde is genomen (art. 2:14 BW). Een nietig besluit is een besluit dat nooit genomen had mogen worden en derhalve wordt geacht nooit bestaan te hebben. Een vernietigbaar besluit is een besluit dat niet op de juiste en voorgeschreven wijze is genomen (art. 2:15 BW). Of sprake is van een nietig dan wel vernietigbaar besluit is afhankelijk van alle

<sup>3</sup> Art. 3:310 lid 1 BW.

<sup>4</sup> Zie voetnoot 3.

<sup>5</sup> Zie voetnoot 3.

# LAWTON

relevante feiten en omstandigheden van het geval. Dit dient op basis daarvan nader te worden bepaald.

*Vraag 1.b.: “Kunnen we vooralsnog Bestuurders registreren met retroactief de datum van in functie treden of accepteert KvK alleen maar de huidige datum? Op wie rust de vermelding verplichting? Is het noodzakelijk dat een manier gevonden wordt (als er zo’n manier is) om de ontbrekende benoemingen en aftreden toch nog op te geven – of is dat niet relevant en heeft geen nut?”*

- ❖ Het is wettelijk verplicht om wijzigingen te melden. Uit de wet volgt dat de opgaafplicht pas eindigt wanneer dit door de opgaafplichtige is gedaan (art. 20, lid 2 jo lid 3 Hrw 2007). Wijzigingen kunnen met terugwerkende kracht in het Handelsregister worden ingeschreven. De KvK kan en mag om nadere bewijsstukken verzoeken zoals notulen op basis waarvan de juistheid van de benoeming van de betreffende bestuurder(s) kan worden geverifieerd. Daarnaast dienen de ex-bestuurders een ‘wijzigingsformulier functionarisgegevens’ te ondertekenen en in te dienen bij de KvK. Pas daarna kunnen alle wijzigingen worden verwerkt. Indien het gaat om betrekkelijk recente wijzigingen dan kan het met oog op de toekomst nuttig zijn om een en ander alsnog te registreren in het Handelsregister.

*Vraag 1.c.: “De statuten (Artikel 8) kennen buiten de functie van “bestuurslid” ook de functie van “plaatsvervanger”. De meeste bestuursleden hebben een als zodanig benoemde “plaatsvervanger”. Moeten deze ook als “plaatsvervangend bestuurder” geregistreerd worden? [Tot nu toe zijn ze gewoon als Bestuurders geregistreerd.]”*

- ❖ Uit artikel 4.5 van de statuten van de Stichting volgt dat indien zulks wordt verlangd voor ieder bestuurslid een plaatsvervanger kan worden benoemd. De term “plaatsvervanger” is derhalve niet separaat in de statuten gedefinieerd. Ingevolge artikel 8 van de statuten kan een plaatsvervanger net als een bestuurslid deelnemen aan de besluitvorming. Gelet op vorenstaande kan worden geconcludeerd dat een plaatsvervanger in feite dezelfde bevoegdheden heeft als een bestuurder. Voor een juiste vermelding in het Handelsregister dienen de “plaatsvervangers” te worden geregistreerd onder het kopje bestuurders met de titel “plaatsvervangend bestuurder”. Dit kan gewoon bij de inschrijving in het Handelsregister worden aangegeven.

*Vraag 3: “Maakt de wet een onderscheid tussen de wettelijke aansprakelijkheid van een “office holder” – voorzitter, penningmeester, secretaris en/ of lid van het dagelijks bestuur (DB), en andere bestuursleden? Is er een duidelijke grens tussen civiele en criminele aansprakelijkheid?”*

- ❖ Op grond van de wet vertegenwoordigt het bestuur de stichting (art. 2:291 BW jo 2:292 BW). De wet maakt geen expliciet onderscheid tussen een “office holder” en andere bestuursleden. Wel staat in de wet dat de statuten bepaalde bevoegdheden kunnen toekennen aan een of meer bestuurders. In dit geval bestaat het bestuur van de Stichting uit tenminste negen leden. Het bestuur kiest uit zijn midden een dagelijks bestuur bestaande uit een voorzitter, secretaris en penningmeester (art. 4.7 statuten). De Stichting wordt vertegenwoordigd door het dagelijks bestuur of twee gezamenlijk handelende leden van het dagelijks bestuur (art. 6.1 statuten). Besluiten kunnen echter slechts worden genomen in een vergadering waarin tenminste twee derde van de fungerende bestuursleden of hun plaatsvervangers aanwezig zijn. Ieder bestuurslid heeft één stem (art. 8.1 statuten). Kortom, het bestuur is

# LAWTON

verantwoordelijk voor de besluitvorming. Dit betekent dat naast de individuele bestuurder voor bepaalde handelingen tevens het collectieve bestuur aansprakelijk kan worden gehouden. In geval van onbehoorlijk bestuur kunnen de andere bestuurders de aansprakelijkheid afwenden indien, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, aan hen geen ernstig verwijt kan worden gemaakt. Bovendien geldt dat de bestuurder niet nalatig mag zijn geweest in het treffen van maatregelen om gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

- ❖ De strafrechtelijke aansprakelijkheid is beperkter van opzet dan de civielrechtelijke aansprakelijkheid. De civiele aansprakelijkheid is hierboven toegelicht in de subparagraaf bestuurdersaansprakelijkheid. Het strafrecht is een gesloten stelsel waarbij de gronden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid limitatief in de wet zijn opgesomd. Hierbij gaat het om handelen of nalaten dat uitdrukkelijk als strafbaar feit is verboden. Wat betreft strafrechtelijke aansprakelijkheid dient een onderscheid te worden gemaakt tussen klassieke delicten uit Wetboek van Strafrecht (Sr) en de betrokkenheid bij handelen in strijd met de sociaaleconomische en de milieuwetgeving. Om te beoordelen of er in deze zaak sprake is van overtreding van het strafrecht zijn meer gegevens nodig.

\*\*\*\*