

# Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



## De stichting administratiekantoor en tegenstrijdig belang

### 1. Inleiding

Met ingang van 1 juli 2021 werd de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen van kracht.<sup>1</sup> Deze voorziet onder meer in een tegenstrijdig belangregeling voor de stichting. Voor invoering van de Wbtr voorzag de wet daar niet in. De tegenstrijdig belangregeling zoals de wet die de NV en de BV voorschreef werd ook niet bij analogie geacht op de stichting van toepassing te zijn.<sup>2</sup> In dit artikel staan de gevolgen van de nieuwe wettelijke regeling voor de stichting administratiekantoor centraal.

### 2. De wettelijke regeling

De wet bepaalt in art. 2:291 lid 6 BW dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Wanneer hierdoor geen besluit kan worden genomen, wordt bij ontbreken van een raad van commissarissen, zoals bij de stichting administratiekantoor doorgaans het geval is, het besluit alsnog genomen door het bestuur onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.

De zinsnede ‘tenzij de statuten anders bepalen’ ziet zowel op de schriftelijke vastlegging van de overwegingen als op de regel dat het besluit in het geval van een tegenstrijdig belang van alle bestuurders alsnog wordt genomen door het bestuur.<sup>3</sup> De statuten kunnen op beide punten dus anders bepalen. Overigens dient bedacht te worden dat met de frase ‘Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen’ alleen ziet op de gevallen dat ten aanzien van *alle* bestuurders een tegenstrijdig belang bestaat. Daaronder valt niet dat geen bestuursbesluit kan worden genomen op grond van statutaire quorum-eisen en/of versterkte meerderheden. Kan om die reden geen besluit worden genomen, dan kan er, wanneer er niet geëscaleerd kan worden naar een raad van commissarissen omdat de statuten

daarin niet voorzien, in het geheel geen besluit worden genomen. Het verdient aanbeveling statutaire regelingen daar op aan te passen.<sup>4</sup> Indien, bijvoorbeeld, de statuten voorschrijven dat bepaalde besluiten kunnen worden genomen met algemene stemmen van alle in functie zijnde bestuurders, dan kan in aanvulling daarop in de statuten worden vermeld dat indien ten aanzien van een zodanig besluit een tegenstrijdig belang bestaat ten aanzien van een of meer bestuurders, deze voor de bepaling van het quorum worden geacht geen bestuurder te zijn. Ook kan in de statuten worden bepaald dat in geval van tegenstrijdig belang de desbetreffende bestuurder geacht wordt belet te zijn.

1. Blijkens het besluit van 11 juni 2021 tot wijziging van het besluit van 1 december 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Stb.* 2020, 508), uitgegeven op 18 juni 2021 (*Stb.* 2021, 284), traden de bepalingen ten aanzien van, in het bijzonder, de *one tier board* niet in werking per 1 juli 2021 maar treden deze in werking per een latere, nog niet bepaalde datum wanneer de technische mogelijkheid is gerealiseerd voor verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen om in het handelsregister aan te geven of een bestuurder uitvoerend of niet-uitvoerend is.
2. Zie ook Hof Leeuwarden 9 september 2008, *JOR* 2008/329 m.nt. P.H.N. Quist en Rb. Rotterdam 26 augustus 2020, *JOR* 2021/8 m.nt. P.H.N. Quist. Wel heeft de voorzieningenrechter van Rechtbank Gelderland het toen nog niet door de Eerste Kamer aangenomen wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen antiepeerend toegepast, *Vzng. Rb. Gelderland* 11 juni 2019, *JOR* 2019/248 m.nt. Rensen.
3. Zo ook G.J.C. Rensen & P.H.N. Quist, ‘De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in de praktijk’, *WPNR* 2021/7327-7328.
4. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 058, nr. 11, p. 24 l.k. en p. 42 r.k. Irrgang: ‘Er kan echter ook een situatie zijn waarin een of meer bestuurders moeten afhaken vanwege een tegenstrijdig belang waarna de stemmen staken. Ook dan wordt er dus geen besluit genomen. Valt deze situatie er ook onder?’ De minister: ‘Doorschrijven naar de raad van commissarissen gaat alleen op als het besluit van het bestuur niet kan worden genomen ten gevolge van het tegenstrijdig belang.’ Kritisch: I. Wassenaar, ‘Tegenstrijdig belang: de nieuwe regels’, *TOP* 2012, p. 148-153 op p. 150.

### 3. Wanneer is er een persoonlijk tegenstrijdig belang?

Of sprake is van een persoonlijk tegenstrijdig belang wordt bepaald door het 'Bruil-criterium'.<sup>5</sup> De Hoge Raad overwoog in het *Bruil*-arrest dat voor de toepassing van de tegenstrijdig belangregeling niet is vereist dat zeker is dat de betrokken rechtshandeling daadwerkelijk tot benadeling van de rechtspersoon zal leiden, maar dat voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval.<sup>6</sup> Aan de hand van de hierna te schetsen scenario's zal ik enkele veel voorkomende situaties bij administratiekantoren in de vorm van een stichting beoordelen op een eventueel tegenstrijdig belang.

### 4. Beoordeling van enkele scenario's

Uitgangspunt is een stichting administratiekantoor ('Stichting A') met twee bestuurders: B en C, zonder enig toezichthoudend orgaan. Stichting A houdt aandelen in een B.V. (de 'BV'). Het doel van de stichting is in haar statuten omschreven als:

"het bevorderen van de continuïteit van de onderneming van de BV en het behartigen van de belangen van alle bij de BV en de door haar gedreven onderneming betrokkenen, waaronder begrepen de houders van door de stichting toegekende certificaten van door de stichting gehouden aandelen in de BV."

*Scenario 1:* B is naast bestuurder van Stichting A ook certificaathouder. Aan de orde is een besluit van het bestuur van Stichting A tot het uitoefenen van stemrecht op de door haar gehouden aandelen in de BV ten aanzien van een voorstel tot het doen van een uitkering door de BV. Heeft B een tegenstrijdig belang?

Aandeelhouders mogen, met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, hun stemrecht aanwenden voor hun eigen belang binnen de vennootschap.<sup>7</sup> In die zin is het belang van B als certificaathouder en Stichting A als aandeelhouder parallel. Echter, het doel van Stichting A is niet het behartigen van de belangen van de certificaathouders alleen, maar 'het bevorderen van de continuïteit van de onderneming van de BV en het behartigen van de belangen van alle bij de BV en de door haar gedreven onderneming betrokkenen (...)' Dat is het belang waarnaar de bestuurders van Stichting A zich ingevolge art. 2. 291 lid 3 BW

dienen te richten. Daarmee zou ten aanzien van het bestuursbesluit van Stichting A tot het stemmen op de aandelen in de BV een tegenstrijdig belang tussen Stichting A en B als haar bestuurder die tevens certificaathouder is kunnen bestaan, in het geval de uitkering dusdanig zou zijn dat de continuïteit van de BV daardoor in het geding zou komen. In dat geval zou Stichting A daarbij als aandeelhouder op grond van art. 2:216 lid 3 BW het risico lopen op aansprakelijkheid voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan<sup>8</sup> en gehoudenheid tot terugbetaling van de uitkering met wettelijke rente. Een en ander betekent naar ik meen dat een besluit van de aandeelhouder bij een 'weten of redelijkerwijs voorzien' dat de BV door de uitkering in betalingsonmacht zou komen te verkeren, los van de verplichting voor de aandeelhouder tot terugbetaling, voor vernietiging in aanmerking zou komen op grond van doeloverschrijding als bedoeld in art. 2:7 BW of strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:15 lid 1 sub b BW. Ook aansprakelijkheid van de stichtingsbestuurders is denkbaar, aangezien de stichting doorgaans niet meer zal beschikken over de middelen tot terugbetaling van de uitkering. Is er echter geen betalingsonmacht van de BV te voorzien, dan is er naar ik meen geen tegenstrijdig belang bij bestuurder B. Naast een aandeelhoudersbesluit tot uitkering dient het bestuur van de BV goedkeuring te verlenen alvorens een besluit tot uitkering gevolgen kan hebben. Hetgeen mij brengt bij het volgende scenario.

*Scenario 2:* idem als scenario 1, zij het dat B niet alleen bestuurder van Stichting A en certificaathouder is, maar ook bestuurder van de BV.

5. HR 29 juni 2007, NJ 2007/420 m.nt. Maeijer (*Bruil-Kombez*). Overigens lijkt de Ondernemingskamer (soms) uit te gaan van een ruimere werking van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling door bij toepassing daarvan ook de norm van de ingevolge art 2:8 BW in acht te nemen zorgvuldigheid met betrekking tot besluitvorming mee te wegen. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, JOR 2018/210 m.nt. Bulten (*Intergamma*). Zie ook Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, JOR 2018/94 m.nt. Josephus Jitta (*Xeikon*).
6. Zie rechtsoverweging 3.4. Aldus ook G.J.C. Rensen & P.H.N. Quist, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen in de praktijk', WPNR 2021/7327-7328.
7. Zie ook M. Olaerts, 'Is de aandeelhouder gebonden aan het belang van de vennootschap?', OR 2017/113, HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*), HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (*Distilleerderij Melchers*) en HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (*Aurora*).
8. Hieronder dient te worden verstaan een aansprakelijkheid tot ten hoogste het bedrag van de uitkering en de wettelijke rente, zie Asser/Van Olffen & Rensen 2-IIa 2019/226.

De vraag is of B, nu deze zowel bestuurder is van Stichting A als van de BV, een tegenstrijdig belang heeft. In scenario 2 draagt B, tevens certificaathouder, op twee niveaus verantwoording, namelijk als bestuurder van Stichting A en als bestuurder van de BV. Als bestuurder van de BV rust op B de taak het besluit tot uitkering te beoordelen in de zin van art. 2:216 lid 2 BW en kan het bestuur goedkeuring slechts weigeren indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, met andere woorden: als de continuïteit van de BV daardoor in gevaar komt. De continuïteit van de BV is echter ook het belang dat de stichting behartigt. Zowel dus als bestuurder van Stichting A als in hoedanigheid van bestuurder van de BV dient B de continuïteit van de BV als uitgangspunt te nemen. Daarmee is er naar ik meen geen sprake van een tegenstrijdig belang. De vraag rest of B, die als certificaathouder een belang heeft bij uitkering, een tegenstrijdig belang kan hebben als bestuurder van de BV. Hierover lopen de meningen uiteen.<sup>9</sup> Ik meen dat gezien de beperkte beoordelingsruimte die art. 2:216 lid 2, tweede zin, BW aan de bestuurder toekent ('Het bestuur weigert slechts de goedkeuring indien het weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden') B als bestuurder van de BV evenmin een tegenstrijdig belang heeft als bestuurder van Stichting A.<sup>10</sup>

*Scenario 3:* idem als scenario 2, zij het dat B in privé 83% van de aandelen in de BV houdt, en Stichting A aandelen in de BV houdt uit hoofde van een werknemersparticipatieplan. Op grond van haar statuten is Stichting A bevoegd de door haar gehouden aandelen in de BV te verkopen, mits tegen onmiddellijke betaling door de koper en uitkering van de verkoopopbrengst aan haar certificaathouders en royering van de certificaten. B heeft een gegadigde gevonden om zijn aandelen in de BV te kopen (G). G heeft te kennen gegeven dat hij voor 100% van de aandelen een aanzienlijk hoger bedrag per aandeel wil betalen dan voor 83%. G is een strategische koper die met de koop van de aandelen in de BV een concurrent uit de weg ruimt en voornemens is na de koop de activiteiten van de BV naar het buitenland te verplaatsen en de BV vervolgens te liquideren. B dient als bestuurder van Stichting A te besluiten omtrent het al dan niet verkopen van de door Stichting gehouden aandelen in de BV. Ik meen dat B als aandeelhouder en certificaathouder een dusdanig persoonlijk belang bij de verkoop van de aandelen heeft dat hij als bestuurder van Stichting A, die de continuïteit van de BV beoogt te waarborgen, een tegenstrijdig

belang heeft. B dient zich dus als bestuurder van Stichting A te onthouden van de beraadslaging en besluitvorming aangaande de verkoop van de door haar gehouden aandelen in de BV.

## 5. Conclusie

Een bestuurder van een stichting administratiekantoor die zelf certificaten houdt, heeft daarmee in beginsel geen tegenstrijdig belang bij bestuursbesluiten tot het uitoefenen van stemrecht door de stichting ten aanzien van uitkeringen. Dit is alleen anders als door de uitkering de continuïteit van de vennootschap in gevaar zou komen. Als de bestuurder van een stichting administratiekantoor tevens bestuurder is van de vennootschap waarvan de stichting aandelen houdt, leidt dit laatste in beginsel evenmin tot een tegenstrijdig belang, nu de stichting administratiekantoor en het bestuur van de BV eenzelfde belang geacht worden te dienen. Onder omstandigheden kan een persoonlijk belang van de bestuurder van een stichting administratiekantoor dusdanig zijn, dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen als bestuurder van de stichting administratiekantoor uitsluitend zal laten leiden door het belang van de stichting. Voor administratiekantoren met een andere rechtsvorm dan de stichting geldt het bovenstaande evenzeer.

Mr. P.H.N. Quist\*

9. Zo menen Leijten 2013, p. 99, Wezeman 2016, p. 84-85 dat art. 2:216 BW al voldoende garantie biedt voor een verantwoordelijke besluitvorming, aangezien de wetgever nauwelijks discretionaire beslissingsbevoegdheid overlaat aan de bestuurders: derhalve hoeft geen rekening te worden gehouden met de tegenstrijdig belangregeling. Daar tegenover staan Bier, *Tijdschrift voor Jaarrekeningrecht* 2014/4, p. 94 en Stokkermans, *WPNR* 2014/7011, p. 275-288, die menen dat art. 2:216 lid 2 BW een invulling is van het vennootschappelijk belang en dat het tegenstrijdig belang niet kan worden 'uitgeschakeld' bij het geven van goedkeuring door het bestuur aan uitkeringen.

10. Zie ook Vzng. Rb. Oost-Brabant 2 december 2019, JOR 2020/114 m.nt. P.D. Olden. Aan de orde was de geldigheid van een bestuursbesluit van de STAK om het stemrecht verbonden aan de door de STAK gehouden aandelen in de rechtspersoon uit te oefenen. Op de agenda stond de benoeming van een bestuurder van de STAK tot bestuurder van de rechtspersoon. De voorzieningenrechter oordeelde dat van een tegenstrijdig belang bij de bestuurder van de STAK tevens certificaathouder geen sprake was. De maatstaf was hier de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW omdat ten tijde van de uitspraak voorzag de wet nog niet voorzag in een regeling van tegenstrijdig belang voor de stichting.

\* Notaris te Amsterdam, vaste medewerker van het WPNR. (paul.quist@ggmlaw.com)