Mr. R.A.F. Timmermans[1]

Nieuwe regels voor de stichting continuïteit

Ondernemingsrecht 2020/158

Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen en het Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd zijn in een laatste fase beland. Beide zijn door de Tweede Kamer aangenomen en liggen momenteel bij de Eerste Kamer. De Implementatiewet UBO-register is per 27 september 2020 van kracht. In deze bijdrage wordt nader stilgestaan bij de gevolgen van deze twee wetsvoorstellen en de implementatiewet voor een stichting continuïteit en welke handelingen de stichting zal moeten verrichten. Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen zal niet tot grote wijzigingen leiden voor een stichting continuïteit. Met het Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd krijgt het vennootschapsbestuur een nieuw wapen in handen. De rol van de stichting continuïteit blijft echter van ongekende waarde, nu de bedenktijd geen middel is dat ultieme bescherming aan de vennootschap biedt. Uiterlijk op 27 maart 2022 moeten stichtingen continuïteit hun UBO's in het handelsregister hebben geschreven.

1. Inleiding

De stichting continuïteit is een rechtspersoon die zich ten doel stelt om het belang van een bepaalde vennootschap en de met die vennootschap verbonden onderneming te behartigen. De relatie tussen deze stichting en de vennootschap wordt in de regel vastgelegd in een optieovereenkomst. Op grond van de optieovereenkomst verklaart de vennootschap zich bereid om op initiatief van de stichting preferente beschermingsaandelen aan de stichting uit te geven. Het merendeel van de beursgenoteerde vennootschappen met statutaire zetel in Nederland heeft de mogelijkheid om preferente aandelen aan een onafhankelijke stichting uit te geven geïmplementeerd. Over de stichting continuïteit heb ik uitgebreid geschreven in mijn dissertatie.[2]

Momenteel zijn enkele wetsvoorstellen aanhangig die gevolgen zullen hebben voor stichtingen continuïteit. Het betreft het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen en het Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd. Daarnaast is per 27 september 2020 de Implementatiewet UBO-register van kracht. In deze bijdrage bespreek ik deze twee wetsvoorstellen en de implementatiewet in relatie tot de stichting continuïteit. Ik behandel ook kort het Voorontwerp Wet transparantie maatschappelijke organisaties, zulks in relatie tot de stichting continuïteit.

2. Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

2.1 *Inleiding*

Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (hierna: Wetsvoorstel bestuur en toezicht) is op 28 januari 2020 aangenomen door de Tweede Kamer en ligt momenteel bij de Eerste Kamer.[3] Met deze wet worden de regels omtrent bestuur en toezicht bij de verschillende rechtspersonen geüniformeerd. Naast deze uniformering wordt ook een aantal wetswijzigingen voorgesteld. In deze paragraaf behandel ik de belangrijkste aandachtspunten uit het Wetsvoorstel bestuur en toezicht voor de stichting continuïteit.[4]

2.2 *Bestuursnorm*

Art. 2:291 lid 3 BW van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht bepaalt dat de stichtingsbestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Met deze bepaling zal de bestuursnorm zoals die bij de nv en bv geldt tevens van toepassing worden op stichtingen. Met de term "organisatie" wordt tot uitdrukking gebracht dat wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft toch sprake kan zijn van een relevant samenstel van belangen.[5] Een stichting continuïteit drijft geen onderneming en dus is de term "organisatie" hier gepast. Het doel van een stichting continuïteit is het behartigen van de belangen van de vennootschap en van de met die vennootschap verbonden onderneming.[6] Het bestuur van een stichting continuïteit waakt over het vennootschappelijk belang van de vennootschap. Het belang van de stichting continuïteit valt aldus samen met het belang van de vennootschap die zij beoogt te beschermen.

Deze wetswijziging heeft geen gevolgen voor een stichting continuïteit. Van het bestuur van een stichting continuïteit mag worden verwacht dat het op zorgvuldige wijze de belangen van de stichting en de daarmee ver-

1 Robrecht Timmermans is kandidaat-notaris te Amsterdam en als onderzoeker verbonden aan het Van der Heijden Instituut (RUN).

2 R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

3 Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen).

4 Zie over het Wetsvoorstel bestuur en toezicht onder meer het themanummer van tijdschrift Ondernemingsrecht, *Ondernemingsrecht* 2017/100-107.

5 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 491, nr. 3, p. 11.

6 Zie ook art. 5:71 lid 1 onderdeel c Wft, waarmee de stichting onder bepaalde voorwaarden wordt vrijgesteld van de biedplicht. Zie over het doel van de stichting continuïteit uitgebreid mijn dissertatie, R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/9.2.3 sub b.

bonden organisatie behartigt, ongeacht of de stichtingsstatuten dat met zoveel woorden bepalen. Die taakopdracht valt samen met het behartigen en beschermen van het vennootschappelijk belang van de vennootschap. Het ligt in de rede om op enig moment aan de artikelen in de statuten die over het bestuur van de stichting gaan toe te voegen dat het bestuur zich richt naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie, zulks overeenkomstig de nieuwe wettelijke bepaling.

2.3 *Ontstentenis en belet; overgangsregeling*

Ingevolge art. 2:291 lid 5 BW van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht, moeten de statuten van een stichting voorschriften bevatten omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval sprake is van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld.

Bevatten de statuten van de stichting continuïteit geen ontstentenis- en beletregel voor de situatie waarin alle bestuurders ontbreken, dan zal de stichting op grond van art. XV (Overgangsrecht) lid 4 Wetsvoorstel bestuur en toezicht bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de nieuwe wet haar statuten in overeenstemming moeten brengen met het nieuwe art. 2:291 lid 5 BW. Omdat een stichting continuïteit slechts één orgaan kent, ligt het voor de hand dat in de statuten zal worden bepaald dat bij het (tijdelijk) ontbreken van alle bestuurders de vennootschap een persoon zal aanwijzen die tijdelijk met het bestuur zal zijn belast. Om de onafhankelijkheid van de stichting te waarborgen, zal deze persoon geen relatie met de vennootschap mogen hebben.[7] Een statutaire bepaling op grond waarvan de raad van commissarissen van de vennootschap bevoegd zal zijn om een persoon tot (tijdelijke) stichtingsbestuurder aan te wijzen brengt de onafhankelijkheid het minst in gevaar.

Veel statuten van stichtingen continuïteit voorzien reeds in een regeling die voorziet in de gevallen dat een of meer bestuurders ontbreken. Zo'n statutaire regeling is na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht niet verplicht; de verplichting geldt alleen voor de situaties waarin alle bestuurders ontbreken. Vaak is bepaald dat in het geval van een vacature het bestuur bevoegd blijft en dat indien geen van de bestuurders in functie is (een orgaan van) de vennootschap een bestuurder benoemt om de eerste vacature in te vullen, zodat deze benoemde bestuurder spoedig de andere bestuurders kan benoemen.

Naast de overgangsregeling betreffende de ontstentenis- en beletregeling, kent art. XV (Overgangsrecht) leden 4 en 5 Wetsvoorstel bestuur en toezicht een overgangsregeling voor stichtingen waarvan de statuten bepalen dat aan een bepaalde bestuurder meer stemmen toekomen dan aan alle andere bestuurders tezamen.[8] Stichtingen kunnen na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht niet meer een regeling voor meervoudig stemrecht van bestuurders in hun statuten opnemen. Bestaande statutaire bepalingen moeten bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht in overeenstemming worden gebracht met de nieuwe wet. Zij blijven echter geldig tot uiterlijk vijf jaar na de datum van inwerkingtreding van de nieuwe wet of tot de eerstvolgende statutenwijziging na de inwerkingtreding van de nieuwe wet, naar gelang welk moment eerst valt. Meervoudig stemrecht komt niet voor bij stichtingen continuïteit. Het uitgangspunt bij een stichting continuïteit is dat haar bestuurders unaniem en op basis van gelijkwaardigheid besluiten nemen en die als zodanig aan de markt presenteren. Meervoudig stemrecht past niet bij dit uitgangspunt.

2.4 *Tegenstrijdig belang*

Voor stichtingen – en dus ook voor stichtingen continuïteit – geldt thans geen wettelijke tegenstrijdigbelangregeling. Dat gaat veranderen met de Wet bestuur en toezicht. Art. 2:291 lid 6 BW van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht bepaalt 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 organisatie. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door het bestuur onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.[9] Daarmee wordt voorkomen dat een stichting in een situatie waarin alle bestuurders geconflicteerd zouden zijn in het geheel geen besluit meer zou kunnen nemen. Door de overwegingen schriftelijk vast te leggen, wordt het bestuur gedwongen zich rekenschap te geven van de gevolgen van het besluit en zich uitdrukkelijk af te vragen of het te nemen besluit zich verhoudt met het uitgangspunt dat de bestuurders de belangen van de stichting laten prevaleren en steeds hun persoonlijke belangen achterstellen. De overwegin-

7 Zie over de onafhankelijkheid van het stichtingsbestuur R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/9.3.1.

8 De overgangsregeling geldt ook voor een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij. Voorts vallen commissarissen onder deze overgangsregeling.

9 Het niet-naleven van dit vereiste leidt niet tot nietigheid of vernietigbaarheid van het besluit, *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 491, nr. 3, p. 6.

gen die aan het genomen besluit ten grondslag liggen, zullen daarmee in een latere fase kenbaar zijn, hetgeen zowel de stichting als de bestuurders tot voordeel strekt. De motivering van het besluit kan in een aansprakelijkheidsprocedure gebruikt worden om te beoordelen of de bestuurders zich aan de verplichting hebben gehouden om de belangen van de stichting te laten voorgaan boven hun eigen belangen.

Een tegenstrijdigbelangregeling heeft bij een stichting continuïteit geen toegevoegde waarde. Van tegenstrijdig belang van bestuurders van een stichting continuïteit zal niet vaak sprake zijn. Omdat de stichting continuïteit in de regel geen noemenswaardige rechtshandelingen met haar bestuurders in privé zal sluiten, zal niet snel van een direct tegenstrijdig belang sprake zijn.[10] Voorts zal het niet vaak voorkomen dat een bestuurder van een stichting continuïteit in een bijzondere verhouding tot de wederpartij van de stichting staat, zoals een stichtingsbestuurder die gehuwd is met een bestuurder van de wederpartij of die in een contractuele relatie tot de wederpartij van de stichting staat. Het onafhankelijkheidsvereiste dat van toepassing is op een stichting continuïteit voorkomt dat. Ten slotte zal een bestuurder van een stichting continuïteit niet snel in een bepaalde hoedanigheid optreden ten behoeve van de wederpartij van de stichting waarvan hij de belangen eveneens behoort te behartigen.[11] In de meeste gevallen zal die wederpartij de vennootschap zijn. De onafhankelijkheidscriteria die een stichting continuïteit moet toepassen, voorkomen dat de stichtingsbestuurders tevens bestuurder of commissaris zijn van de vennootschap, nog los van de vraag of een kwalitatief tegenstrijdig belang als een tegenstrijdig belang moet worden aangemerkt. Veelal wordt aangenomen dat de tegenstrijdigbelangregeling zoals die voor nv's en bv's geldt beperkt is tot een direct of indirect persoonlijk tegenstrijdig belang en dat een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang er niet onder valt.[12] Daar valt veel voor te zeggen, nu de wettekst met zoveel woorden aan een direct of indirect persoonlijk belang refereert. Een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang valt er niet onder, omdat de bestuurder dan in principe geen persoonlijk belang heeft. Worden de onafhankelijkheidscriteria van Bijlage X[13] toegepast, hetgeen in de praktijk meestal het geval is, dan zal hetzelfde gelden voor de financierende bank waarmee de stichting rechtshandelingen aangaat.[14] Een stichtingsbestuurder zal niet tevens bestuurder zijn van de financierende bank of in een andere relatie tot die bank staan. Andere contractspartijen dan de hiervoor genoemde zal de stichting continuïteit in de regel niet kennen. Overigens merk ik op dat voor de vraag of uiteindelijk sprake is van een tegenstrijdig belang relevant is of er *in concreto* sprake is van een tegenstrijdig belang. Die vraag moet worden beantwoord met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval.[15] Aangetoond moet worden dat de bestuurder daadwerkelijk betrokken is bij een ander met het belang van de vennootschap niet parallel lopend (indirect) belang, zodat sprake is van zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. Het zal dus steeds van de omstandigheden van het geval afhangen of de hierboven vermelde tegenstrijdigbelangsoorten (waaronder een kwalitatief tegenstrijdig belang) moeten worden aangemerkt als een tegenstrijdig belang in de zin van het nieuwe art. 2:291 lid 6 BW.[16]

Er geldt geen verplichting om de nieuwe wettelijke regeling in de statuten vast te leggen, maar in de praktijk is het wel gebruikelijk om hier iets over in de statuten op te nemen. Wenst de stichting af te wijken van het uitgangspunt dat de overwegingen die aan een besluit ten grondslag liggen schriftelijk worden vastgelegd, dan zal dat in de statuten van de stichting moeten worden bepaald. Het zorgvuldig vastleggen van overwegingen die aan een besluit ten grondslag liggen, zal in de regel een gebruik zijn bij een stichting continuïteit, zodat deze verplichting niet als een lastenverzwaring moet worden beschouwd en afwijking van de hoofdregel niet in de rede ligt. De statuten hoeven op dit vlak dus niet *stante pede* te worden aangepast. De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling kan met een eerstvolgende wijziging van de statuten worden vastgelegd.

2.5 *Ontslag en schorsing van stichtingsbestuurders*

Een bestuurder van een stichting die iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, kan op verzoek van iedere belanghebbende of het Openbaar Ministerie door de rechtbank worden ontslagen. Art. 2:298 lid 1 BW biedt hiertoe de mogelijkheid. Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht voorziet in een vervanging van de ontslaggronden "handelen of nalaten in strijd met de wet" en "wanbeheer" door een drietal rechtsgronden. Een stichtingsbestuurder zal voortaan door de rechtbank ontslagen kunnen worden wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen, of wegens ingrijpende

10 De stichting zal wel een verzekeringsovereenkomst aangaan met haar bestuurders en voorts veelal een overeenkomst van opdracht, maar ik laat deze rechtshandelingen hier gemakshalve buiten beschouwing.

11 Een zogenaamd kwalitatief tegenstrijdig belang.

12 *Kamerstukken II* 2008/2009, 31 763, nr. 6, p. 18; *Handboek Van der Heijden/Dortmond*, Deventer: Kluwer 2013/233.1. Vgl. *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/222 sub e en 223, met literatuur- en jurisprudentieverwijzingen, die pleiten voor een restrictieve uitleg van het tegenstrijdigbelangbegrip.

13 Voorschriften met betrekking tot beschermingsmaatregelen van tot de notering toegelaten issuers van aandelen, kortweg aangeduid als Bijlage X. Bijlage X is op 1 januari 2008 vervallen. Desalniettemin maken veel stichtingen continuïteit nog immer gebruik van de onafhankelijkheidscriteria als opgenomen in punt A.2b.II van Bijlage X. Bijlage X is te raadplegen in mijn dissertatie vanaf p. 621.

14 Zie R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/9.3.1.

15 HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420, m.nt. J.M.M. Maeijer; *JOR* 2007/169 (*Bruil/Kombex*).

16 Zo ook *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/222*

wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Met deze wetswijziging wordt beoogd om belanghebbenden en het Openbaar Ministerie ruimere gronden te bieden dan thans het geval is om in te grijpen wanneer zulks gerechtvaardigd is. De bestaande ontslaggronden zouden in bepaalde gevallen niet toereikend zijn om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven.[17]

Betwijfeld moet worden of de nieuwe regeling tot een grotere ontslagkans van een bestuurder van een stichting continuïteit leidt. De nieuwe regeling moet vooral in samenhang gezien worden met de wens om de taak en aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in de semipublieke sectoren nauwkeurig te regelen.[18] Niet voor niets wijst de minister met zo veel woorden op het mogelijke gevaar dat de uitvoering van diensten en taken van publiek belang in het gedrang kan komen door het handelen van bestuurders.[19] Slechts indien sprake is van een disfunctioneren van de bestuurder met schade voor de stichting en de met haar verbonden organisatie als gevolg, zal een ontslagvordering tegen een stichtingsbestuurder succesvol kunnen zijn.[20] Omdat een bestuurder van een stichting continuïteit het belang van de stichting waarborgt en zorgvuldig opereert, zal deze wijziging naar mijn idee niet leiden tot een uitbreiding van de ontslagmogelijkheden die belanghebbenden thans hebben.

2.6 *Aansprakelijkheid stichtingsbestuurders in geval van faillissement*

Omdat een stichting continuïteit niet aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, gelden de huidige bepalingen uit het nv- en bv-recht die zien op hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor het tekort in faillissement van een nv of bv (art. 2:138/248 BW) niet voor bestuurders van een stichting continuïteit.[21] Dat gaat echter veranderen zodra de Wet bestuur en toezicht van kracht is. Op grond van het nieuwe art. 2:300a BW vindt het bepaalde bij art. 2:138 lid 1 en 3 tot en met 10 BW ten aanzien van de taakvervulling door bestuurders van een stichting, ongeacht of de stichting Vpb-plichtig is, overeenkomstige toepassing. Dat betekent dus kort gesteld dat in geval van faillissement van een stichting continuïteit iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Een eerdere versie van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht maakte nog onderscheid tussen bezoldigde en onbezoldigde bestuurders. In geval van aansprakelijkheid in faillissement voor bezoldigde bestuurders van niet-commerciële verenigingen en stichtingen zou het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW gaan gelden.[22] Het bewijsvermoeden houdt in dat wanneer niet aan de jaarrekeningopenbaarmakingsplicht (art. 2:394 BW) of administratieplicht (art. 2:10 BW) is voldaan, sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling en vermoed wordt dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Omdat bestuurders van een stichting continuïteit een bezoldiging ontvangen,[23] zouden zij aansprakelijk zijn jegens de boedel, tenzij een bestuurder zou kunnen bewijzen dat de onbehoorlijke taakvervulling (schending van de administratieplicht en/of van de openbaarmakingsverplichting) door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen af te wenden. Bij de nota van wijziging is dit bewijsvermoeden geschrapt voor bezoldigde bestuurders van niet-commerciele rechtspersonen.[24] Hiermee is tegemoetgekomen aan het bezwaar dat het verhoogde aansprakelijkheidsrisico voor bezoldigde functionarissen kan leiden tot minder aanbod van talent in een niet-commerciële omgeving.[25] Wel geldt het bewijsvermoeden op grond van het huidige wetsvoorstel voor stichtingen die aan de vennootschapsbelasting zijn onderworpen of voor stichtingen die bij of krachtens de wet (zoals sectorale wetgeving) een financiële verantwoording moeten opstellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in Titel 9 Boek 2 BW.[26] Voor deze stichtingen komt voorts te gelden dat hun bestuurders aansprakelijk zijn voor een misleidende jaarrekening.[27] Omdat, zoals gesteld, een stichting continuïteit niet aan vennootschapsbelasting is onderworpen en evenmin wettelijk verplicht is om een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening, geldt het bewijsvermoeden van art. 2:138 lid 2 BW niet voor bestuurders van een stichting continuïteit. Van aansprakelijkheid

17 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 491, nr. 3, p. 7/8. Met deze regeling wordt aangesloten bij de criteria voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de OK (art. 2:161/271 lid 2 BW).

18 Zie over de achtergrond van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 491, nr. 3, p. 3.

19 *Kamerstukken II* 2015/2016, 34 491, nr. 3, p. 8.

20 Zie in dit verband de memorie van toelichting bij het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht, p. 34.

21 Een stichting continuïteit is met andere woorden geen commerciële stichting. Zie art. 2:300a BW dat de betreffende bepalingen uit het nv- en bv-recht van overeenkomstige toepassing verklaart op een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen. Zie voor de vraag of een stichting Vpb-plichtig is art. 2 tot en met 6 Wet VPB 1969.

22 Hetzelfde zou gaan gelden voor commissarissen. Overigens heeft een raad van commissarissen in mijn ogen geen toegevoegde waarde bij een stichting continuïteit. Dat de Wet bestuur en toezicht in een regeling voor een raad van commissarissen bij de stichting voorziet, maakt dat niet anders. Mij zijn geen stichtingen continuïteit bekend die een raad van commissarissen hebben. Ik laat dit aspect verder buiten beschouwing.

23 Zie R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/9.3.5.

24 *Kamerstukken II* 2018/2019, 34 491, nr. 7.

25 *Kamerstukken II* 2018/2019, 34 491, nr. 6, p. 3.

26 Art. 2:300a lid 2 BW van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht.

27 Art. 2:139 BW.

die kan volgen uit een misleidende jaarrekening is evenmin gevaar te duchten voor een stichting continuïteit.

De beoogde wetswijziging brengt derhalve met zich dat bestuurders van een stichting continuïteit na inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht aansprakelijk kunnen zijn jegens de boedel van de stichting; art. 2:300a lid 1 jo. art. 2:138 BW. Wil van deze bestuurdersaansprakelijkheid sprake zijn, dan moet de stichting failliet zijn verklaard. De faillietverklaring wordt alleen uitgesproken, indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden welke aantonen dat de stichting in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen en indien blijkt van het vorderingsrecht van de schuldeisers. Vereist is dat sprake is van meer dan één schuldeiser (pluraliteit van schuldeisers).[28] Gedurende vredestijd zal de stichting in de regel slechts één schuldeiser hebben, te weten de bank. De vennootschap zal in ieder geval geen schuldeiser zijn, nu zij de aan de stichting ter beschikking gestelde gelden niet heeft uitgeleend aan de stichting.[29] Nu de stichtingsbestuurders een bezoldiging ontvangen voor de door hen uitgevoerde werkzaamheden, zouden zij nog als schuldeisers kunnen worden aangemerkt, zodat van pluraliteit van schuldeisers sprake zal zijn. In oorlogstijd zal ook de vennootschap schuldeiser zijn, omdat de stichting aansprakelijk zal zijn voor volstorting van de beschermingsprefs. Dan zal zeker aan het vereiste van pluraliteit van schuldeisers voldaan zijn.

Is de stichting continuïteit daadwerkelijk failliet verklaard, dan kunnen de bestuurders slechts aansprakelijk zijn voor het bedrag van de schulden indien zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld. Zij zullen dan duidelijk anders gehandeld moeten hebben dan een verstandige bestuurder in een vergelijkbare situatie zou hebben gedaan.[30] Bovendien moet aannemelijk zijn dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement van de stichting is. Van roekeloos of onbezonnen handelen door een bestuurder van een stichting continuïteit zal niet snel sprake zijn. Het faillissement van de stichting zal bovendien veroorzaakt worden door een faillissement van de vennootschap en niet zozeer door handelen van het stichtingsbestuur. Pas als het stichtingsbestuur willens en wetens het aan de stichting toegekende recht tot het nemen van de preferente beschermingsaandelen uitoefent, terwijl de vennootschap in een financieel penibele situatie verkeert, lopen zij mogelijk een verhoogd risico in de sfeer van bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 2:138 BW. Ervan uitgaande dat het bestuur van een stichting continuïteit een deugdelijke administratie voert en zijn besluiten op zorgvuldige wijze neemt, loopt het niet snel het risico om uit dezen hoofde aansprakelijk gesteld te worden. Kortom, het Wetsvoorstel bestuur en toezicht zal in dit verband niet leiden tot een verhoogd aansprakelijkheidsrisico voor bestuurders van een stichting continuïteit.

3. Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd

3.1 *Inleiding*

Op 8 september 2020 is het Wetsvoorstel tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het inroepen van een bedenktijd door het bestuur van een beursvennootschap – hierna Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd – aangenomen door de Tweede Kamer.[31] Het wetsvoorstel strekt ertoe het bestuur van een beursvennootschap meer tijd en rust te gunnen om de belangen van de onderneming en haar *stakeholders* te wegen en te inventariseren en om tot een zorgvuldige beleidsbepaling te komen.[32] Daartoe wordt in de eerste plaats het primaat van het vennootschapsbestuur van beursvennootschappen ten aanzien van het beleid en de strategie gecodificeerd.[33] In de tweede plaats krijgt het bestuur de mogelijkheid om een bedenktijd in te roepen bij een dreigend ontslag als gevolg van het niet ingaan op ideeën van aandeelhouders met betrekking tot de strategie of bij een dreigende overname. Zie art. 2:114b BW (nieuw). Er moet dan sprake zijn van een verzoek van een aandeelhouder, waarvan het bestuur vaststelt dat naar zijn oordeel het verzoek van die aandeelhouder wezenlijk in strijd is met het belang van de vennootschap en de met die vennootschap verbonden onderneming. Het inroepen van de bedenktijd heeft tot gevolg dat de bevoegdheid van de algemene vergadering tot schorsing of ontslag van een bestuurder of commissaris gedurende maximaal 250 dagen is opgeschort. Met de mogelijkheid om een bedenktijd in te roepen, krijgt de vennootschap er een wapen bij. Dit wapen kan echter alleen door de vennootschap worden ingeroepen en niet door de stichting continuïteit.

3.2 *Wezenlijke strijd met het vennootschappelijk belang*

De vraag is of het bestuur van de vennootschap de bedenktijd mag inroepen indien het meent dat sprake is van strijdigheid met het vennootschappelijk belang zonder dat het een wezenlijke strijdigheid kan aantonen. Taal-

28 Art. 6 lid 3 Fw.

29 De stortingen van de vennootschap zijn aan te merken als een storting *à fonds perdu*. Zie R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/7.6.3. Mogelijk kan in de terugstortingsverplichting van de stichting nog een vorderingsrecht van de vennootschap worden gelezen.

30 P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/48.

31 *Kamerstukken I* 2020/2021, 35 367, A. Over het Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd, M. van Olffen, 'Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2020/51 en C.J.C. de Brauw, 'Nut en noodzaak van de wettelijke bedenktijd bij strategiebepaling en het bestaande raamwerk van beschermingsmogelijkheden', *Ondernemingsrecht* 2020/52.

32 *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 367, nr. 3, p. 1. Vgl. C.J.C. de Brauw, 'Nut en noodzaak van de wettelijke bedenktijd bij strategiebepaling en het bestaande raamwerk van beschermingsmogelijkheden', *Ondernemingsrecht* 2020/52, par. 3.1, die de tijd die het bestuur zou moeten hebben als een zelfstandig vereiste beschouwt voor het inroepen van de bedenktijd.

33 Art. 2:129 lid 1 BW (nieuw) en art. 2:187 lid 1 BW (nieuw).

kundig gezien moet 'wezenlijk' in art. 2:114b lid 2 sub b BW (nieuw) als een bijwoord worden aangemerkt. Wezenlijk in die betekenis betekent werkelijk. Het bestuur zou moeten kunnen vaststellen dat werkelijk (waar) sprake is van strijdigheid met het vennootschappelijk belang. Dat lijkt me moeilijk vast te stellen, omdat de bedenktijd juist wordt ingevoerd om het bestuur meer tijd te geven om de belangen van de betrokkenen te wegen en te inventariseren en om tot een zorgvuldige beleidsbepaling te komen.[34] Met andere woorden, het bestuur heeft niet de mogelijkheid gehad om zulks te kunnen concluderen en komt mogelijk – dankzij de bedenktijd – in een latere fase tot de conclusie dat er sprake is van wezenlijke strijdigheid. In dit verband memoreer ik dat voor het treffen van *ad-hoc*-beschermingsmaatregelen, zoals de uitgifte van beschermingsaandelen, een marginale toetsing voldoende is.[35] Zo'n marginale toetsing past juist, zo zou ik menen, in een situatie waarin het bestuur in een hectische situatie wordt overvallen en niet voldoende tijd heeft gehad om tot zorgvuldige oordeelsvorming te geraken.

Het vereiste dat sprake moet zijn van wezenlijke strijd met het vennootschappelijk belang, zagen we ook al in het Wetsvoorstel doorbreking beschermingsconstructies uit 1997 en is dus niet nieuw.[36] Op grond van dat wetsvoorstel kon een aandeelhouder die gedurende een periode van minimaal een jaar ten minste 70% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap verschaft de Ondernemingskamer (OK) verzoeken tot het ongedaan maken van een door de vennootschap getroffen beschermingsmaatregel. De OK moest dat verzoek toewijzen, tenzij de vennootschap aannemelijk kon maken dat de voornemens van de verzoeker wezenlijk in strijd zouden zijn met het vennootschappelijk belang.[37] In die situatie is het begrijpelijk dat het bestuur een zwaardere toets zou moeten hanteren. Als uitgangspunt gold namelijk dat de vennootschap belangrijke gewijzigde verhoudingen in de algemene vergadering niet langdurig zou mogen negeren.[38] Gedurende de periode van een jaar waarin de aandeelhouder een aanzienlijk gedeelte van het kapitaal verschaft, zou het vennootschapsbestuur voldoende tijd moeten hebben gehad om tot een zorgvuldige beleidsafweging te komen. Doorbreking van de bestreden beschermingsmaatregel zou dan het uitgangspunt moeten zijn, tenzij. Dat is een geheel andere situatie dan die van de bedenktijd, waarin het bestuur vrij plotseling geconfronteerd kan worden met voorstellen van kleine aandeelhouders. De situatie waarin een aandeelhouder gedurende lange tijd een economisch belang van minimaal 70% verschaft, rechtvaardigt – in tegenstelling tot de situatie waarin een aandeelhouder voor korte duur een 3%-belang houdt – dat hij zijn zin krijgt, tenzij het bestuur onomstotelijk vaststelt dat de intenties van de aandeelhouder pertinent slecht zijn voor alle betrokkenen. Overigens geldt thans dezelfde voorwaarde voor het bestuur van een administratiekantoor dat stemvolmachten van certificaathouders wenst te beperken, uit te sluiten of in te trekken. Dat mag (onder meer) slechts indien uitoefening van het stemrecht door de certificaathouder *wezenlijk* in strijd zou zijn met het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming; art. 2:118a lid 2 sub c BW. Gezien de geringe toelichting in de parlementaire geschiedenis bij art. 2:118a BW en de algemene verwijzing naar het Wetsvoorstel doorbreking beschermingsconstructies, vermoed ik dat de wetgever niet goed heeft nagedacht over de ratio van deze zwaardere toets in de context van de stemvolmacht.[39] Hetzelfde geldt voor de summiere toelichting op dit punt in de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd, waarin wederom wordt herhaald wat de voorgaande keren is geschreven.[40] Het ware beter geweest om het woord 'wezenlijk' in de context van de bedenktijd niet te gebruiken.[41] Marginale toetsing is moeilijk te rijmen met de veronderstelling dat het bestuur wezenlijke strijd met het vennootschappelijk belang moet vaststellen.

3.3 *Effect van wettelijke bedenktijd beperkt*

Van de mogelijkheid om een wettelijke bedenktijd in te roepen, moet niet te veel worden verwacht. Een belangrijke constatering is dat het middel van de wettelijke bedenktijd geen soelaas biedt in situaties waarin het tot stand brengen van aandeelhoudersbesluiten in het belang is van de vennootschap.[42] Gedacht kan worden aan de situatie waarin een grootaandeelhouder besluitvorming tot benoeming van een bestuurder die op verzoek van de raad van commissarissen wordt voorgedragen, of besluitvorming omtrent een acquisitie, desinvestering, of claimemissie, frustreert. In die situatie zal geen besluitvorming plaatsvinden, terwijl die besluitvorming in de regel juist in het belang van de vennootschap zal zijn. Hetzelfde geldt voor situaties waarin een aandeelhouder het vennootschappelijk belang ernstig schaadt, niet aannemelijk is dat hij zijn plannen zal bijstellen en de vennootschapsleiding niet voornemens is om het voorstel van de aandeelhouder ooit te steunen. Omdat de bedenktijd niet langer dan gedurende 250 dagen kan worden ingeroepen, hoeft de aandeelhouder alleen maar te wachten om vervolgens na 250 dagen alsnog te volharden in zijn voornemen. Voorts wordt met de inroeping van de bedenktijd

34 Zie *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/632* sub d, die van een op het eerste gezicht onlogisch aspect spreken.
35 HR 18 april 2003, *NJ* 2003, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer (*RNA/Westfield*), waarover *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/573 sub a.
36 *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 732, nr. 2.
37 Zie art. 2:359f BW van het Wetsvoorstel doorbreking beschermingsconstructies.
38 *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 732, nr. 3, p. 6.
39 *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 179, nr. 3, p. 25.
40 *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 367, nr. 3, p. 39.
41 Hetzelfde geldt voor het intrekken van stemvolmachten door een administratiekantoor.
42 Zie reeds eerder mijn bijdrage R.A.F. Timmermans, 'Ontwikkelingen rondom de stichting continuïteit', *Ondernemingsrecht* 2018/13, par. 6. In gelijke zin M. van Olffen, 'Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2020/51, par. 3.1.

niet bereikt dat het vijandige bod wordt opgeschort.[43] De bieder kan rustig een meerderheidsbelang in de vennootschap verwerven. De bedenktijd eindigt na gestanddoening van het bod, waarna de bieder een algemene vergadering bijeen kan roepen om bestuurders en commissarissen te vervangen.[44] Voorstelbaar is dat de bedenktijd zelfs korter duurt dan de 250 dagen, namelijk wanneer het bod binnen die termijn gestand wordt gedaan, in welk geval een bieder minder lang hoeft te wachten. Om besluitvorming in de algemene vergadering die plaatsvindt na gestanddoening van het bod tegen te gaan, zal dan een andere beschermingsmaatregel getroffen moeten worden of zal opnieuw de bedenktijd moeten worden ingeroepen, mits uiteraard aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan.[45]

Uit het voorgaande kan worden afgeleid, dat de bedenktijd vooral een passief middel is.[46] Het geeft de vennootschapsleiding een *time-out*, een adempauze, in een tijd waarin mogelijk complexe vraagstukken moeten worden beoordeeld. Om de vennootschapsleiding in de gelegenheid te stellen om tot een zorgvuldige afweging te komen, is het begrijpelijk dat de rechten van aandeelhouders die de vennootschapsleiding in haar functioneren kunnen hinderen tijdelijk worden opgeschort. De bedenktijd is vooral bedoeld voor de situatie waarin tussen partijen onvoldoende overleg is gevoerd, bijvoorbeeld omdat de overnemer of de activistische aandeelhouder daartoe onvoldoende gelegenheid heeft geboden, waardoor onvoldoende inzicht bestaat in de voornemens van de overnemer of activistische aandeelhouder.[47] Het vereiste dat de bedenktijd slechts kan worden ingeroepen indien sprake is van wezenlijke strijdigheid met het vennootschappelijk belang past slecht in die situatie.

3.4 *Cumulatie met beschermingsprefs*

Omdat inroeping van een wettelijke bedenktijd geen optimale bescherming biedt – het moet zoals gesteld vooral als een passief beschermingsmiddel worden beschouwd – blijft behoefte bestaan aan de mogelijkheid om beschermingsprefs uit te geven aan een stichting continuïteit. Niet in de laatste plaats omdat het bestuur van een stichting continuïteit in redelijkheid kan oordelen dat het vennootschappelijk belang in het geding is.[48] Het hoeft niet vast te stellen dat de vijandigheden werkelijk waar (dus wezenlijk) in strijd zijn met het vennootschappelijk belang. Met behulp van de stichting kan besluitvorming door de algemene vergadering plaatsvinden die in het belang is van de vennootschap. De uitgifte van beschermingsprefs is anders dan de bedenktijd een actief beschermingsmiddel. Een voordeel van beschermingsprefs is voorts dat de uitgifte daarvan niet aan een harde maximumtermijn gebonden is. Uit de RNA-beschikking volgt immers niet het tegendeel. Beschermingsprefs kunnen langer uitstaan dan 250 dagen of de uitgifte daarvan kan volgen op de 250 dagen bedenktijd, bijvoorbeeld omdat de vennootschapsleiding tijdens de bedenktijd heeft vastgesteld dat de plannen van de vijandige aandeelhouder onmiskenbaar strijdig zijn met het vennootschappelijk belang en de vijandige aandeelhouder niet voornemens is om zijn plannen in het belang van de vennootschap bij te stellen. Uiteraard geldt wel dat na verloop van tijd de toetsing of een beschermingsmaatregel gerechtvaardigd is zwaarder en minder marginaal wordt.[49] Het stichtingsbestuur zal dus weloverwogen en op zorgvuldige wijze moeten kunnen vaststellen dat de plannen van de vijandige aandeelhouder in strijd zijn met het vennootschappelijk belang. Omdat mag worden aangenomen dat de vennootschapsleiding gedurende de bedenktijd voldoende tijd heeft gehad om vast te stellen dat de plannen van de aandeelhouder manifest strijdig zijn met het vennootschappelijk belang, zal de stichting het optierecht om die reden kunnen uitoefenen en niet omdat meer tijd voor overleg nodig zou zijn. Uitoefening van het optierecht om nog meer tijd te krijgen, is moeilijk voorstelbaar. Ten slotte kan de uitgifte van beschermingsprefs als een krachtiger signaal jegens de vijandige bieder worden beschouwd dan het inroepen van de bedenktijd.[50] Met de verwerving door de stichting van 50% van het uitstaande aandelenkapitaal zal de bieder mogelijk eerder bereid zijn tot nader overleg, dan in een situatie waarin zijn stemrechten voor een algemene vergadering die de bieder toch (nog) niet zal willen organiseren, zijn opgeschort. Uiteindelijk is het aan de rechter om te beoordelen of de uitgifte van beschermingsprefs wordt gedragen door de RNA-norm.[51]

Indien het bestuur van de vennootschap de wettelijke bedenktijd inroept, zal het stichtingsbestuur niet snel het optierecht uitoefenen. Immers, na uitoefening van de wettelijke bedenktijd, wordt de bevoegdheid van de algemene vergadering om bestuurders en commissarissen te be-

43 Zie mijn reactie op het Voorontwerp Wetsvoorstel bedenktijd beursvennootschappen, te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/wetsvoorstelbedenktijd/reacties/datum/2. Zie ook *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/632 sub i en M. van Olffen, 'Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2020/51, par. 3.1.

44 Art. 2:114b lid 5 BW.

45 Zie *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 367, nr. 3, p. 36, waarin de minister stelt dat de bedenktijd opnieuw kan worden ingeroepen.

46 Vgl. M. van Olffen, 'Wetsvoorstel wettelijke bedenktijd beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2020/51, par. 3.1, die van "passieve controle" spreekt.

47 Vgl. *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/573 sub f, die een onvoldoende overlegsituatie als een van de twee situaties beschouwen waarin een ad-hoc-beschermingsmaatregel getroffen zou kunnen worden.

48 Zie mijn dissertatie R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/9.5.2 sub b met verwijzingen.

49 Zie ook *Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb* 2019/574 sub b.

50 Vgl. M.W. den Boogert, 'De beursgang en bescherming van ABN AMRO', *Ondernemingsrecht* 2017/47, par. 2.8, die de uitgifte van beschermingsprefs als een signaal beschouwt dat de bieder op zijn schreden kan doen terugkeren.

51 Over de stapeling van bedenktijd met andere beschermingsmaatregelen *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 367, nr. 3, p. 18.

noemen, te schorsen en te ontslaan en de bevoegdheid om de statutaire bepalingen die daar betrekking op hebben te wijzigen, opgeschort. De vijandige aandeelhouder kan dan weinig bewerkstelligen in de algemene vergadering en uitoefening van het optierecht is niet opportuun. In dat licht is het amendement van 3 september 2020 op grond waarvan aandeelhouder(s) die ten minste 3% van het geplaatste kapitaal verschaffen de OK kunnen verzoeken om de bedenktijd op te heffen voor zover deze wordt ingeroepen in het geval andere beschermingsmaatregelen getroffen zijn, weinig begrijpelijk.[52] Roept het vennootschapsbestuur de bedenktijd niet in, dan zal het stichtingsbestuur op zelfstandige en onafhankelijke wijze moeten vaststellen of uitoefening van het optierecht in het belang is van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. Een reden voor het niet inroepen van de bedenktijd kan zijn dat sprake is van een situatie waarin besluitvorming door de algemene vergadering tot stand moet komen. Zoals in paragraaf 3.3 gesteld, heeft de bedenktijd dan geen nut en zal uitoefening van het optierecht ertoe leiden dat besluitvorming met behulp van de stichting wel degelijk plaatsvindt. Het is dan goed voorstelbaar dat de stichting het optierecht uitoefent. Lastiger wordt het indien het vennootschapsbestuur de bedenktijd niet heeft ingeroepen, omdat het meent dat het verzoek van de vijandige aandeelhouder niet wezenlijk in strijd is met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het is dan moeilijk voorstelbaar dat het stichtingsbestuur tot een andere conclusie komt, maar helemaal uitgesloten is het niet, juist ook vanwege de lichtere toets die het stichtingsbestuur mag hanteren. Wezenlijke strijdigheid met het vennootschappelijk belang hoeft het bestuur van de stichting niet vast te stellen.

4. Gevolgen van instelling van het UBO-register voor de stichting continuïteit

4.1 *Inleiding*

Vanaf 27 september 2020 moeten rechtspersonen en vennootschappen hun *ultimate beneficial owners* – afgekort als UBO – inschrijven in het UBO-register. De UBO-regeling is neergelegd in de Implementatiewet UBO-register.[53] UBO's zijn kort gesteld natuurlijke personen die meer dan 25% van het economisch belang in een instelling hebben. De registratieplicht zal ook gaan gelden voor een stichting continuïteit.[54] Op grond van art. 10a lid 1 sub a Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, geldt de registratieplicht niet voor 100%-dochtermaatschappijen van – kort gesteld – uitgevende instellingen die zijn onderworpen aan openbaarmakingsverplichtingen als bedoeld in Richtlijn 2004/109/EG.[55] Een stichting kan echter niet als dochtermaatschappij worden aangemerkt. De stichting voldoet immers niet aan de letterlijke omschrijving van het begrip dochtermaatschappij van art. 2:24a BW.[56] Los van deze aanname kan een stichting continuïteit *überhaupt* niet als een dochtermaatschappij van de vennootschap worden aangemerkt, omdat een stichting continuïteit volledig onafhankelijk behoort te zijn en de vennootschap geen invloed zal kunnen uitoefenen op de bestuurssamenstelling en/of besluitvorming van de stichting. Een stichting continuïteit komt aldus niet voor de vrijstelling van de registratieplicht in aanmerking. Iedere stichting continuïteit zal binnen 18 maanden na inwerkingtreding van de Implementatiewet UBO-register haar UBO('s) in het UBO-register moeten inschrijven.

4.2 *Criteria voor het bepalen UBO van een stichting continuïteit*

Op grond van art. 3 lid 1 sub c Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, moet als UBO van een stichting worden beschouwd natuurlijke personen die de uiteindelijke eigenaar zijn van of zeggenschap hebben over de stichting, via:

- het direct of indirect houden van meer dan 25% van het eigendomsbelang in de stichting, waarbij onder het begrip eigendomsbelang wordt verstaan het recht op uitkering uit het vermogen, zoals winst, reserves of een vereffeningsoverschot;[57]
- het direct of indirect kunnen uitoefenen van meer dan 25% van de stemmen bij besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten van de stichting; of
- het kunnen uitoefenen van feitelijke zeggenschap over de stichting.

Indien geen UBO is achterhaald of twijfel bestaat of een persoon als UBO moet worden aangemerkt, worden de natuurlijke persoon of personen die behoort of behoren tot het hoger leidinggevend personeel van de stichting als pseudo-UBO beschouwd.

Deze criteria zijn niet cumulatief. Voldoet een persoon aan één van deze criteria, dan zal hij of zij als UBO moeten worden geregistreerd. Het eerste criterium – het eigendomsbelang – houdt bij een stichting in dat iemand die recht op uitkering heeft van meer dan 25% van het gehele vermogen van de stichting als UBO moet worden aangemerkt.[58] Het gaat hier om begunstigden. Omdat een stichting continuïteit geen uitkeringen doet aan begunstigden, zullen er geen personen zijn die aan dit criterium voldoen. Een statutaire bepaling op grond waarvan de stichting continuïteit bij ontbinding en vereffening haar batig saldo

52 *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 367, nr. 15.

53 Wetsvoorstel Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten; *Kamerstukken II* 2018/19, 35 179, nr. 1.

54 Art. 35b Handelsregisterbesluit 2008.

55 Aangenomen mag worden dat de vrijstelling van de registratieplicht geldt voor zowel onmiddellijke als middellijke 100%-dochtermaatschappijen.

56 In deze zin ook *Asser/Maeijer & Kroeze 2-I** 2015/254.

57 Art. 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

58 Art. 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, *Kamerstukken II* 2017/2018, 34 808, nr. 18, p. 6. Zie over het eigendomsvereiste bij stichtingen meer uitgebreid B. Snijder-Kuipers & S.G. Veenstra, '(Nieuwe) verplichtingen voor stichtingen (II, slot)', *WPNR* 2020/7282.

uitkeert aan de vennootschap die zij beschermt, maakt mijns inziens de vennootschap niet tot UBO. De contractuele afspraak met de vennootschap op grond waarvan de stichting hetgeen resteert van de gelden die zij van de vennootschap als storting *à fonds perdu* ontvangt, moet terugstorten bij de vennootschap, maakt de vennootschap evenmin tot UBO.[59]

Het bestuur van een stichting continuïteit besluit omtrent een wijziging van de statuten van de stichting. Het bestaat in de regel uit een oneven aantal van meestal drie of soms vijf bestuurders. Geen van de bestuurders zal een versterkte invloed op de besluitvorming hebben. De gedachte is dat alle bestuurders gezamenlijk en op basis van gelijkwaardigheid tot besluitvorming komen. Iedere bestuurder heeft één stem in een bestuursvergadering waarin over een wijziging van de stichtingsstatuten wordt besloten. Dat betekent dat indien het bestuur uit drie bestuurders bestaat, alle stichtingsbestuurders als UBO moeten worden aangemerkt. In die situatie kan iedere bestuurder immers ten minste 25% van de stemmen in een bestuursvergadering uitoefenen. Bestaat het bestuur uit vijf bestuurders, dan heeft geen van de bestuurders meer dan 25% van de stemmen en zal geen van hen als UBO kunnen worden aangemerkt in de zin van het tweede criterium. Het ligt in de rede om in dat geval alle bestuurders als pseudo-UBO aan te merken. In het geval dat de statuten van de stichting continuïteit bepalen dat het besluit tot statutenwijziging de goedkeuring behoeft van de vennootschap, dan zal de vennootschap in mijn optiek niet als UBO moeten worden aangemerkt. Een goedkeuringsrecht met betrekking tot de statutenwijziging kan niet als het uitoefenen van stemrecht worden aangemerkt.[60] De vennootschap kan een wijziging van de statuten bovendien niet initiëren, maar hooguit tegenhouden. Zulke goedkeuringsregels komen in de praktijk geregeld voor bij stichtingen continuïteit.[61]

Het stichtingsbestuur oefent de feitelijke zeggenschap uit over de stichting. De vennootschap behoort geen invloed uit te kunnen oefenen op de stichting. Omdat iedere stichtingsbestuurder één stem kan uitoefenen in een bestuursvergadering, zal geen van hen individueel de feitelijke zeggenschap over de stichting uitoefenen en zal geen van hen als UBO kunnen worden aangemerkt op grond van het derde criterium.

4.3 *UBO-gegevens die geregistreerd worden*

Alle gegevens van de UBO's worden geregistreerd in het UBO-register dat gehouden zal worden door de Kamer Van Koophandel. Met betrekking tot de (pseudo-)UBO worden de volgende gegevens opgenomen:

a. het burgerservicenummer (BSN) van de bestuurder;
b. een fiscaal identificatienummer van een ander land dan Nederland waarvan de bestuurder ingezetene is, indien dat door zijn woonstaat aan hem is toegekend;
c. de naam, de geboortemaand en het geboortejaar, de woonstaat en de nationaliteit van de bestuurder;
d. de geboortedag, de geboorteplaats, het geboorteland en het woonadres van de bestuurder;
e. de aard van het door de uiteindelijk belanghebbende gehouden economische belang en de omvang van dit belang, aangeduid in bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen klassen.

Voorts worden in het handelsregister ten aanzien van de stichtingsbestuurder afschriften van de documenten op grond waarvan de gegevens, bedoeld in de onderdelen a, b, c en d, zijn geverifieerd, gedeponeerd. Het UBO-register bevat openbare en niet-openbare gegevens. Tot de openbare gegevens behoren: naam, geboortemaand en -jaar, nationaliteit, woonstaat en aard en omvang van het belang. De niet-openbare gegevens zijn: adres, geboortedag, -plaats en -land, aard en nummer identiteitsbewijs, BSN of fiscaal nummer. Deze niet-openbare gegevens zijn uitsluitend in te zien door opsporingsinstanties, zoals politie en FIU-Nederland.[62]

4.4 *Registratie uitkeringen door stichting*

De Implementatiewet UBO-register bevat een nieuw art. 2:290 BW. Op grond van dit artikel moet het bestuur van een stichting een register bijhouden waarin de namen en adressen worden opgenomen van alle personen aan wie een uitkering is gedaan die niet meer bedraagt dan 25% van het voor uitkering vatbare bedrag in een bepaald boekjaar, alsmede het bedrag van de uitkering en de datum waarop deze uitkering is gedaan. Omdat het om uitkeringen gaat tot en met maximaal 25% van de uitgekeerde bedragen van een stichting, gaat het hier slechts om de registratie van alle begunstigden anders dan de UBO('s) van de stichting.[63] Het register is een intern register dat regelmatig door het bestuur moet worden bijgehouden, zodat de belastingautoriteiten altijd actuele gegevens over de laatste stand van zaken van de uitkeringen kunnen verkrijgen.[64] Omdat een stichting continuïteit geen uitkeringen doet aan begunstigden, zullen geen registraties in deze zin hoeven plaats te vinden. De bestuurders ontvangen een remuneratie, maar deze valt niet onder het bereik van dit artikel. Bestuurders zijn immers geen begunstigden en een remuneratie is niet als een uitkering in de zin van dit artikel aan te merken. Ook de terugstortingsver-

59 Over deze storting *à fonds perdu* uitgebreid R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/7.6.3.

60 In gelijke zin B. Snijder-Kuipers & S.G. Veenstra, '(Nieuwe) verplichtingen voor stichtingen (II, slot)', *WPNR* 2020/7282, par. 4.2, die dit goedkeuringsrecht in algemene zin bespreken in een noot.

61 Zie mijn dissertatie R.A.F. Timmermans, *Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen* (VDHI nr. 147) 2018/9.2.3 sub f.

62 Op basis van een beperkt aantal limitatief opgesomde gronden kunnen UBO-gegevens afgeschermd worden van de openbaarheid; art. 51b lid 2 Concept Implementatiebesluit registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten.

63 *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 179, nr. 3, p. 44.

64 *Kamerstukken II* 2019/2020, 35 179, nr. 6, p. 35.

plichting van de gelden die resteren van hetgeen de stichting van de vennootschap als storting *à fonds perdu* heeft ontvangen, moet niet als een uitkering als hier bedoeld worden aangemerkt.

5. Voorontwerp Wet transparantie maatschappelijke organisaties

Om misbruik van financieel-economische aard bij stichtingen – zoals witwassen van geld, fraude, ontplooien van criminele activiteiten – tegen te gaan, bestaat het plan om stichtingen die niet onder het jaarrekeningenrecht van Titel 9 Boek 2 BW vallen te verplichten een balans en een staat van baten en lasten op te stellen en openbaar te maken. Zulks volgt uit het Voorontwerp Wet transparantie maatschappelijke organisaties dat begin 2019 ter consultatie is voorgelegd.[65] Het betreft slechts een voorontwerp. Desalniettemin wijd ik er enkele woorden aan.

Een stichting continuïteit is niet onderworpen aan Titel 9 Boek 2 BW, omdat zij niet als een commerciële stichting beschouwd kan worden. Dat betekent onder meer dat geen accountantscontrole vereist is.[66] Een stichting continuïteit is ook niet gehouden om de jaarrekening openbaar te maken, hetgeen in de praktijk ook niet gebeurt. Dit voorontwerp zal dus tot nieuwe verplichtingen voor stichtingen continuïteit gaan leiden.[67] Ik meen dat openbaarmaking van de balans en de staat van baten en lasten van een stichting continuïteit niet veel toevoegt, omdat de financiële situatie van een stichting continuïteit erg overzichtelijk is en in feite niet veel voorstelt.[68] Bovendien past openbaarmaking niet in het licht van de achtergrond van het voorontwerp. Om die reden zou ik een uitzondering voor een stichting continuïteit passend vinden.

Voorts volgt uit het Voorontwerp Wet transparantie maatschappelijke organisaties dat stichtingen worden verplicht om elke ontvangen donatie van ten minste EUR 15.000 binnen zes maanden na afloop van het boekjaar op te nemen in een donatieoverzicht en dat overzicht binnen acht dagen na het opstellen via hun website openbaar te maken. Het gaat om alle schenkingen ontvangen van derden.[69] De gedachte is om de transparantie van geldstromen naar maatschappelijke organisaties te vergroten. Een stichting continuïteit ontvangt geen donaties, zodat het voorontwerp op dit punt geen gevolgen heeft voor een stichting continuïteit. Een storting *à fonds perdu* die de vennootschap verricht om de kosten die de stichting maakt in verband met de verwezenlijking van haar doel te kunnen financieren, kan moeilijk worden beschouwd als een donatie waarop de wetgever in dit verband doelt. De storting behoort tot het wezen van de stichting. Een storting *à fonds perdu* is bovendien geen schenking pur sang.[70]

6. Afsluitende opmerkingen

Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht leidt tot een aantal aanscherpingen van het rechtspersonenrecht dat van toepassing is op stichtingen. Voor een stichting continuïteit zal niet heel veel veranderen. Bestuurders hoeven niet te vrezen voor een verhoogd aansprakelijkheidsrisico. Het ligt in de rede om te zijner tijd de stichtingsstatuten aan te passen om het richtsnoer voor de taakvervulling van het bestuur en de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling in de statuten op te nemen. Kennen de statuten geen regeling voor belet en ontstentenis van alle bestuurders, dan zal zo'n regeling bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de nieuwe wet in de statuten moeten worden opgenomen. Met de invoering van de wettelijke bedenktijd wordt een nieuw middel aan het vennootschapsbestuur gegeven om zich te weren tegen vijandigheden. Het middel moet niet overschat worden. De rol van een stichting continuïteit blijft van ongekende waarde. Te denken valt aan de situatie waarin besluitvorming van de algemene vergadering wenselijk is of aan een vijandig overnamebod. Inroeping van de bedenktijd is vooral gepast in de situatie waarin het bestuur van de vennootschap meer tijd en rust nodig heeft om de belangen van alle betrokkenen te inventariseren en om tot een zorgvuldige beleidsbepaling te komen. Stichtingen continuïteit zullen uiterlijk 27 maart 2022 hun bestuurders als UBO moeten inschrijven in het UBO-register.

65 Voorontwerp Wet houdende regels voor het openbaar maken van grote donaties ontvangen door maatschappelijke organisaties en tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met het openbaar maken van de balans en de staat van baten en lasten door stichtingen (Wet transparantie maatschappelijke organisaties), te raadplegen via https://www.internetconsultatie.nl/transparantiemaatschappelijkeorganisaties. In de consultatieronde is veel kritiek geuit op het voorontwerp, omdat men vreest dat de privacy van donateurs onevenredig wordt geschonden. Een vergelijkbaar voorstel werd reeds in 2010 gedaan met het Voorontwerp Wet openbaar maken balans en staat van baten en lasten stichtingen. Dat voorontwerp is ter ziele gegaan.

66 Het kan echter wenselijk zijn om de balans en de staat van baten en lasten van een stichting continuïteit door een onafhankelijke accountant te laten controleren.

67 En mogelijk zal dan ook het bewijsvermoeden gaan gelden. Zie hierover paragraaf 2.6.

68 Vgl. H. Beckman, 'Consultatiedocument openbaarmaking jaarrekening van stichtingen: kanttekeningen en opmerkingen', *Ondernemingsrecht* 2010/100, die in het kader van het Voorontwerp Wet openbaar maken balans en staat van baten en lasten stichtingen (zie voetnoot 65) de voorkeur gaf aan opname van de financiële stukken in de 'overige gegevens' van de financiële verslagen van de vennootschap. Dat lijkt me gezien de gewenste onafhankelijkheid van de stichting niet wenselijk.

69 Memorie van toelichting bij het Voorontwerp Wet transparantie maatschappelijke organisaties, p. 13.

70 De bijdrage van de vennootschap voldoet niet aan de definitie van schenking in art. 7:175 lid 1 BW.