

Ministerie van Justitie
Afdeling Wetgeving Privaatrecht
(via Overheid.nl > internetconsultatie)

Tilburg, 10 september 2010

Kenmerk: 10-016/RV/TM

Betreft: concept wetsvoorstel inzake publicatieplicht stichtingen

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij reageren wij op het ter consultatie voorgelegde concept-wetsvoorstel "Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op de Economische Delicten in verband met het openbaar maken van de balans en de staat van baten en lasten door stichtingen", hierna: 'het wetsvoorstel'.

Het doel van het wetsvoorstel is het bevorderen van de financiële transparantie van stichtingen om misbruik van die rechtsvorm te voorkomen en te bestrijden. Wij vragen ons ernstig af of dit voorstel (behoudens de wijziging in artikel 2:10 BW) haar doel niet voorbijsticht. Ter onderbouwing daarvan willen wij graag het volgende onder uw aandacht brengen.

Bezwaren tegen dit wetsvoorstel

- Het aantal in de media gerapporteerde gevallen van (gesuggereerd) misbruik van stichtingen voor terrorisme of andere criminele doeleinden, is beperkt. Alle stichtingen, die niet reeds als commerciële stichting in de zin van artikel 2:360 lid 3 BW onder Titel 9 Boek 2 BW vallen en die dus tot nu zijn vrijgesteld van publicatie van hun financiële gegevens, zouden nu verplicht worden hun jaarstukken (bestaande uit de balans en staat van baten en lasten ex art. 2:10 lid 2 BW) openbaar te maken door deponering daarvan bij het Handelsregister. Blijkens de concept Memorie van Toelichting (p. 4) raakt dit 166.000 stichtingen. Een grote hoeveelheid bonafide stichtingen krijgt dus te maken met extra administratieve lasten en wordt hiermee de dupe van een klein aantal malafide stichtingen.
- Stichtingen worden al onder verdergaand overheidstoezicht gebracht door de nieuwe Wet controle op rechtspersonen, die zal worden ingevoerd (Wet van 7 juli 2010, Stb. 2010,280).
- Met betrekking tot stichtingen die de ANBI-status hebben, heeft de (fiscale) overheid reeds voldoende inzicht in wat er in de stichting omgaat.
- De in de Memorie van Toelichting genoemde tijdsbesteding voor deponering (5 minuten voor elektronische deponering en 15 minuten voor deponering per post) achten wij te laag ingeschat. Bovendien zou voor een juist inzicht in de maatschappelijke kosten van dit voorstel ook de tijdsbesteding van de Kamer van Koophandel voor verwerking van de gedeponeerde jaarstukken moeten worden meegenomen.

- Invoering van een publicatieplicht voor niet-commerciële stichtingen past niet in de internationale ontwikkelingen. In dit verband kan met name gewezen worden op het voornemen op Europees niveau om zogenaamde micro-ondernemingen vrij te stellen van onder andere de publicatieplicht.
- Wat de bestaande wetgeving betreft, doet een publicatieplicht voor niet-commerciële stichtingen ook vreemd aan naast de vrijstelling voor de kleine rechtspersoon die geen winst beoogt (art. 2:396 lid 9 BW).
- Indien nu de publicatieplicht m.b.t. jaarstukken uitgebreid wordt tot rechtspersonen buiten de commerciële sfeer, waarom wordt zij dan ook niet toegepast op de niet-commerciële verenigingen? Als de doelstelling van dit wetsvoorstel is: voorkoming en bestrijding van het misbruik maken van niet de commerciële stichting als dekmantel voor ongeoorloofde doeleinden, ligt het voor de hand, dat - indien dit doel al wordt bereikt - personen die dergelijke doeleinden nastreven zullen vluchten in de verenigingsvorm of in enige andere rechtsvorm, waarvoor een dergelijke publicatieplicht niet geldt.
- Anders dan voor rechtspersonen die onder het bereik van Titel 9 Boek 2 BW vallen, geeft art. 2:10 BW geen concrete inrichtingsvoorschriften voor de jaarstukken van niet-commerciële stichtingen. Weliswaar voorziet lid 2 van het voorgestelde artikel 299b in een specifieke verplichting om 'bij' (de Memorie van Toelichting spreekt van 'in') de staat van baten lasten de daar genoemde donaties te vermelden, maar bij gebreke van een concreet normenkader voor de inrichting van de balans en de staat van baten en lasten (en van onafhankelijke toetsing) is er geen enkele waarborg dat de gepubliceerde stukken een compleet en reëel beeld geven. Het enkel invoeren van een publicatieplicht biedt dan evenmin een waarborg dat de met dit wetsvoorstel beoogde transparantie wordt verkregen.
- Overigens zou o.i., indien tot indiening van dit wetsvoorstel wordt besloten, dan ook de verplichting moeten worden opgenomen, dat de stichting, indien zij op grond van haar statuten of krachtens bijzondere wetgeving gehouden is haar jaarstukken te doen onderzoeken door een accountant, de door deze verstrekte verklaring (beoordelingsverklaring of controle-verklaring) eveneens publiceert. (Ingevolge aansluiting bij internationale regelgeving wordt de accountantsverklaring die verstrekt wordt ter uitvoering van een controle-opdracht met ingang van 15 december 2010 'controleverklaring' genoemd).
- Invoering van deze publicatieverplichting zou betekenen dat met betrekking tot elke stichting openbaar wordt van welke organisatie zij subsidie of financiële ondersteuning onder enige andere titel ontvangt, en in welke omvang. De vraag is of deze volledige transparantie uit oogpunt van concurrentie en uit oogpunt van de belangen van de ondersteuners wel gewenst is. Hier zal met name voelbaar zijn hoezeer de vele bonafide instellingen nadeel kunnen ondervinden van wetgeving die in feite slechts beoogt enkele uitwassen te bestrijden.

Op grond van het voorgaande menen wij dat de door dit wetsvoorstel voorgestane publicatieplicht niet zou moeten worden ingevoerd. Voor het geval toch tot indienen wordt besloten, doen wij hierna een aantal voorstellen, niet alleen met betrekking tot de onderhavige verplichting, maar ook met betrekking tot de consistentie met andere wettelijke bepalingen.

Zoals in de aanhef van deze brief reeds aangegeven, onderschrijven wij wel de afschaffing van de verplichting om jaarstukken op schrift te stellen en op schrift te bewaren.

Niet-commerciële stichtingen

Boek 2 BW geeft voor ieder in dat boek geregelde rechtspersoon een eigen regeling voor het opmaken (opstellen) van jaarstukken. De enige uitzondering hierop is de niet-commerciële stichting. Deze moet terugvallen op het algemene artikel 2:10 lid 2 BW.

Met het invoeren van art. 2:299b BW wordt aan deze uitzonderingspositie deels een einde gemaakt. Zo wordt bijv. ook de verplichting voor bestuurders om de opgemaakte jaarstukken te ondertekenen ingevoerd (zie daarover verder in dit commentaar).

Het voorgestelde artikel 2:299b BW zou o.i. zondanig moeten worden uitgebreid dat daarin dan ook alle verplichtingen voor de niet-commerciële stichting met betrekking tot het opmaken, vaststellen en publiceren van de jaarstukken volledig zijn geregeld. Als voorbeelden hiervan kunnen dienen art. 2:48 BW met betrekking tot de niet-commerciële vereniging en art. 2:300 BW met betrekking tot de commerciële stichting. Een uitputtende regeling komt de doelmatigheid van de wetgeving en de rechtszekerheid ten goede, mede gelet op de aan de publicatieplicht verbonden sancties (zie daarover eveneens verder in dit commentaar).

Wij doen hierna een voorstel voor de formulering van een zodanig algemeen artikel. Daarin hebben wij tevens het huidige artikel 2:299a verwerkt. Invoering van een specifiek artikel 2:299b BW is dan overbodig.

Voorstel: art. 2:299a BW komt te luiden:

- 1. Jaarlijks binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste vijf maanden door het in lid 4 bedoelde orgaan op grond van bijzondere omstandigheden, maakt het bestuur de balans en de staat van baten en lasten met toelichting als bedoeld in artikel 10 op en legt het deze stukken ter inzage ten kantore van de stichting voor hen die deel uitmaken van het in lid 4 bedoelde orgaan. Op verzoek wordt hen kosteloos een afschrift van deze stukken verstrekt.*
- 2. Het bestuur vermeldt bij de staat van baten en lasten afzonderlijk de door de stichting krachtens making, lastenbevoordeling, gift, natuurlijke verbintenis of artikel 126 lid 2, onderdelen a en c, van Boek 4 verkregen goederen. Houdt de stichting een of meer ondernemingen in stand welke ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven, dan wordt bij de staat van baten en lasten tevens de netto-omzet van deze ondernemingen vermeld.*
- 3. De balans en de staat van baten en lasten met toelichting worden ondertekend door de bestuurders en door hen die deel uitmaken van het toezicht houdende orgaan. Ontbreekt de handtekening van een of meer hunner, dan wordt daarvan onder opgave van reden melding gemaakt.*
- 4. De balans en de staat van baten en lasten met toelichting worden uiterlijk een maand na afloop van de termijn als bedoeld in lid 1 vastgesteld door het daartoe volgens de statuten bevoegde orgaan. Indien de statuten deze bevoegdheid niet aan enig orgaan verlenen, komt de bevoegdheid toe aan het toezicht houdende orgaan en bij gebreke daarvan aan het bestuur. Vaststelling strekt niet tot kwijting van bestuurders onderscheidenlijk leden van het toezichthoudende orgaan.*
- 5. De stichting maakt de balans en de staat van baten en lasten met toelichting binnen acht dagen na vaststelling openbaar, dan wel binnen acht dagen na de in lid 4 bedoelde termijn, indien de balans en de staat van baten en lasten aan het einde van deze termijn nog niet zijn vastgesteld. De openbaarmaking geschiedt door nederlegging van een volledig in de Nederlandse taal gesteld exemplaar of, als dit niet is vervaardigd, een exemplaar in het Frans, Duits of Engels, ten kantore van het handelsregister. Op het exemplaar moet de datum van het opmaken zijn vermeld*

- alsmede de datum van vaststelling. Indien geen vaststelling heeft plaatsgevonden, moet dit op het exemplaar worden vermeld.*
6. *Is de stichting krachtens op haar toepasselijke regelgeving of krachtens haar statuten verplicht haar balans en staat van baten en lasten te doen onderzoeken door een accountant, dan voegt zij de door deze accountant verstrekte controleverklaring of beoordelingsverklaring toe aan de ingevolge lid 5 bij het handelsregister te deponeren stukken.*
 7. *De in de leden 1 en 5 bedoelde bescheiden worden gedurende zeven jaren bewaard. De Kamer van Koophandel en Fabrieken mag de op deze bescheiden geplaatste gegevens overbrengen op andere gegevensdragers, die zij in hun plaats in het handelsregister bewaart, mits die overbrenging geschiedt met juiste en volledige weergave der gegevens en deze gegevens gedurende de volledige bewaartijd beschikbaar zijn en binnen redelijke tijd leesbaar kunnen worden gemaakt.*
 8. *Iedere bestuurder alsmede eenieder die deel uitmaakt van het in lid 4 bedoelde orgaan kan in rechte van het bestuur en iedere bestuurder nakoming vorderen van de in de leden 1 tot en met 3 opgenomen verplichtingen. Het openbaar ministerie en iedere belanghebbende kan in rechte vorderen dat de stichting haar uit de leden 2 tot en met 4 voortvloeiende verplichtingen nakomt.*
 9. *Dit artikel is niet van toepassing op een stichting bedoeld in artikel 360 lid 3, op een pensioenfonds of een fonds als bedoeld in artikel 631, lid 3, onder c, van Boek 7.*

Wij merken in dit verband nog op dat in de concept Memorie van Toelichting (p. 7) abusievelijk nog wordt verwezen naar de Pensioen- en Spaarfondsenwet. Deze heet inmiddels de Pensioenwet.

Commerciële stichtingen

Misbruik van stichtingen zou zich ook kunnen voordoen bij de commerciële stichtingen in de zin van art. 2:360 lid 3 BW. Tenzij op deze stichtingen het bepaalde in art. 2:403 BW wordt toegepast, zijn deze stichtingen tot publicatie van de jaarrekening verplicht. In zoverre is in de conceptregeling geen uitdrukkelijke bepaling voor commerciële stichtingen vereist.

De commerciële stichting moet haar jaarstukken opstellen met toepassing van Titel 9, Boek 2 BW. Voor de commerciële stichting geldt echter geen verplichting om de donaties als bedoeld in lid 2 van het voorgestelde artikel 2:299b BW te vermelden. Wij stellen voor om ook de commerciële stichting te verplichten deze gegevens in de toelichting bij de jaarrekening te vermelden en deze te publiceren. Dit zal dan ook moeten gelden voor de stichting die valt onder het kleine of middelgrote regime als bedoeld in de artikelen 2:396 BW respectievelijk 2:397 BW. Het is een kwestie van wetgevingssystematiek waar deze publicatieverplichting, die een uitzondering inhoudt op de vrijstellingen die deze artikelen geven, moet worden opgenomen. Hieronder doen wij een voorstel voor opname in artikel 2:300 BW.

Voorstel: in art. 2:300 BW wordt een nieuw lid 2 ingevoegd, onder vernummering van de huidige leden 2 tot en met 5 tot leden 3 tot en met 6:

2. Het bestuur vermeldt in de toelichting bij de jaarrekening afzonderlijk de door de stichting krachtens making, lastenbevoordeling, gift, natuurlijke verbintenis of artikel 125 lid 2, onderdelen a en c, van Boek 4 verkregen goederen. In de krachtens artikel 394 openbaar te maken jaarrekening wordt deze vermelding opgenomen, ook indien op de stichting het bepaalde in artikelen 396 of artikel 397 van toepassing is.

Denkbaar zou ook zijn deze voor de commerciële stichting geldende publicatieverplichting expliciet op te nemen in artikel 2:396 lid 8 en artikel 2:397 lid 6. De tweede zin van het hierboven door ons voorgestelde lid 2 van artikel 2:300 BW vervalt dan.

Het vervallen van de eis van het op schrift stellen

Het voorstel schrapt de verplichting in art. 2:10 BW om de balans en de staat van baten en lasten op schrift te stellen en dit schriftelijke exemplaar gedurende zeven jaren te bewaren. Hiermee wordt het mogelijk om deze jaarstukken alleen elektronisch op te stellen en te bewaren. Dit voorstel ondersteunen wij van harte.

Daarvan profiteren primair alle rechtspersonen in de zin van Boek 2BW, dus ook de vereniging, en ook de NV, BV, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij. Daarmee wordt ook de aansprakelijkheid van bestuurders in faillissement wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur (ex art. 2:138 resp. 248 BW) verlicht. De curator zal het niet aanwezig zijn van een schriftelijk origineel exemplaar van de jaarrekening niet langer ten grondslag kunnen leggen aan zijn stelling dat het bestuur niet aan zijn verplichting ex artikel 2:10 BW heeft voldaan, zoals thans wel gebeurt.

Deze verlichting van de administratieplicht geldt door de verwijzing in art. 3:15i lid 2 BW naar art. 2:10 leden 2 tot en met 4 BW ook voor eenmanszaken en personenvennootschappen. Het nieuwe personenvennootschappenrecht in Titel 13, Boek 7 BW geeft in art. 7:814 BW een eigen regeling voor het opstellen van de balans en de staat van baten en lasten. Daarin komt de eis van het op schrift stellen en bewaren niet meer voor. Door invoering van dat artikel zal art. 2:10 lid 2 BW niet meer op personenvennootschappen van toepassing zijn. Artikel 814 lid 6 verklaart alleen artikel 10 lid 4 (de bewaarplicht) van toepassing. Indien het wetsvoorstel personenvennootschappen eerder in werking treedt dan het onderhavige wetsvoorstel, zijn de personenvennootschappen dus reeds eerder van de verplichting vrijgesteld. Het verdient ons inziens aanbeveling hieraan een passage te wijden in de Memorie van Toelichting.

Voorts verdient het aanbeveling om nader in te gaan op de door de wet vereiste "ondertekening" van de jaarstukken door bestuurders en commissarissen (resp. leden van het toezichthoudend orgaan). Weliswaar wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat aan het ondertekeningseis ook met een digitale handtekening kan worden voldaan, maar in verreweg de meeste gevallen, zeker in de non-profitsfeer en bij de kleinere rechtspersonen, zal toch wel een uitdraai op schrift worden gemaakt, die vervolgens handmatig wordt ondertekend. Wat het wetsvoorstel dus vooral beoogt is het mogelijk maken, dat de origineel ondertekende schriftelijke versie van de jaarstukken wordt gescand en elektronisch wordt bewaard. Voor wat betreft deponering bij het Handelsregister zal naar onze mening vooral gebruik gemaakt blijven worden van het insturen van een papieren kopie. Het lijkt ons goed hieraan in de Memorie van Toelichting meer aandacht te wijden.

Ondertekening door toezichthouders

Het voorgestelde art. 2:299b lid 3 BW bepaalt dat alle bestuurders van de stichting de balans en de staat van baten en lasten moeten ondertekenen; dit ter verantwoording van het gevoerde beleid. Wij stellen voor, dat dezelfde verplichting geldt voor de leden van een mogelijk ingesteld toezichthoudend orgaan (Raad van Commissarissen of Raad van Toezicht). Zie ook het hierboven door ons voorgestelde art. 2:299a BW. Deze verplichting sluit aan bij hetgeen Boek 2 BW bepaalt ter zake van ondertekening bij andere rechtspersonen. Ook daar moeten deze leden ter verantwoording van het gehouden toezicht ondertekenen. Zie met name ook de niet-commerciële vereniging, waar commissarissen de balans en de staat van baten en lasten dienen te ondertekenen (art. 2:48 lid 1 BW).

Voorstel:

In art. 2:299b lid 3 BW wordt na de woorden "de bestuurders" ingevoegd "en door hen die deel uitmaken van het toezichthoudende orgaan".

Sancties

Art. II van het wetsvoorstel verbindt een sanctie aan een schending van de publicatieplicht uit art. 2:299b BW. De schending kwalificeert als een economisch delict (art. 1, onder 4°, van de Wet op de Economische Delicten).

Wanneer ons voorstel tot opneming van alle verplichtingen in één artikel 299a wordt gevolgd (zoals hierboven weergegeven), zal uiteraard de vermelding in artikel 1 WED moeten worden aangepast (in plaats van "299b, eerste lid" wordt het dan: "299a, vijfde lid").

Boek 2 BW geeft meerdere sancties voor schending van de publicatieplicht door rechtspersonen waarop Titel 9 Boek 2 BW van toepassing is. Door (bepaalde van) deze sancties van overeenkomstige toepassing te verklaren, neemt naar onze mening de effectiviteit van de regeling toe.

Op grond van art. 2:301 BW ontbindt de rechtbank, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, een stichting indien zich een van de in dit artikel genoemde omstandigheden voordoet. Wij stellen voor, naar analogie van art. 2:19a lid 2 BW, dat schending van de publicatieplicht als omstandigheid voor ontbinding wordt toegevoegd, waarbij wel, om deze sanctie te verzachten, wordt bepaald dat de stichting in de gelegenheid kan worden gesteld, indien de rechtbank hiertoe reden ziet, om alsnog de jaarstukken te publiceren en op deze wijze het verzuim weg te nemen. Zie bijvoorbeeld art. 2:185 lid 3 BW ingeval van ontbinding van een besloten vennootschap door de rechtbank.

Voorstel:

Aan art. 2:301 lid 1 BW wordt een sub c toegevoegd:

c. de stichting ten minste een jaar in gebreke is met de nakoming van de verplichting tot openbaarmaking van de balans en de staat van baten en lasten [met toelichting] overeenkomstig artikel 299b [of: artikel 299a].

Lid 2 van art. 2:301 BW komt te luiden, onder vernummering van het huidige lid 2 tot lid 3:

2. Alvorens de ontbinding uit te spreken kan de rechter de stichting in de gelegenheid stellen binnen een door hem te bepalen termijn het in lid 1, onder c genoemde verzuim te herstellen.

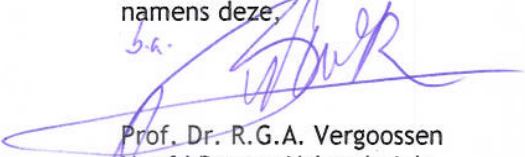
Andere sancties, zoals het van overeenkomstige toepassing verklaren van art. 2:138 BW (bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement, onder andere wegens schending van de publicatieplicht uit art. 2:394 BW) achten wij minder goed toepasbaar.

Slot

Tot zover ons commentaar. Uiteraard zijn wij graag tot nadere toelichting en overleg bereid.

Hoogachtend,
BDO Accountants
namens deze,

S.A.


Prof. Dr. R.G.A. Vergoossen
Hoofd Bureau Vaktechniek


mr. R.H.A. Franken

Senior Adviseur Ondernemingsrecht