

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht**van de****Nederlandse Orde van Advocaten****en de****Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie****Reactie inzake consultatie omtrent de wijziging van Boek 2 BW
en de Wet op de economische delicten in verband met het
openbaar maken van de balans en de staat van baten en lasten
van stichtingen ("Consultatievoorstel")****1. INLEIDING**

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie ("Gecombineerde Commissie") maakt gaarne gebruik van de mogelijkheid in het kader van deze consultatie te reageren.

Met het Consultatievoorstel wordt, ter verruiming van de mogelijke maatregelen ter voorkoming van misbruik van rechtspersonen, beoogd de preventieve en repressieve mogelijkheden met betrekking tot het voorkomen en bestrijden van misbruik van stichtingen te versterken en de informatie over stichtingen te verbeteren.

Al in 2005 kondigde het toenmalige Kabinet aan de transparantie van stichtingen te willen verbeteren. Door de jaren heen heeft de Minister van Justitie verschillende malen aan de orde gesteld dat de stichting als rechtsvorm misbruikt zou kunnen worden door het gebrek aan transparantie.

De stichting is in Nederland een populaire rechtsvorm en wordt voor veel verschillende doeleinden gebruikt. In het verleden heeft vooral de zogenaamde non-profit stichting de bijzondere belangstelling van de

Minister gehad. Hoewel één van de conclusies uit het rapport "*Goed bedoeld. Preventieve doorlichting goede doelensector*" was dat er geen harde aanwijzingen zijn voor invloeden van georganiseerde criminaliteit in de goede doelen sector, en overigens deze sector ook voor een groot deel onder het private toezicht van het CBF valt, heeft de Minister desalniettemin maatregelen aangekondigd, mede in het licht van Europese ontwikkelingen op het gebied van terrorismebestrijding. Uit de brief van de Ministers van justitie en binnenlandse zaken van 19 december 2008¹ blijkt dat deze ministeries de stichtingsvorm zien als mogelijk instrument om terrorisme te financieren. Of stichtingen daadwerkelijk daarvoor worden gebruikt is niet bekend. Zou men van mening zijn dat dit inderdaad het geval is, dan meent de Gecombineerde Commissie dat het openbaar ministerie reeds voldoende middelen heeft om hiertegen op te treden.

Zo maakt de ook in de memorie van toelichting genoemde wetwijziging van artikel 2:20 BW uit 2006 het mogelijk om "vermeende" terroristische activiteiten aan te pakken. Daarnaast bevatten de wetboeken van strafrecht en strafvordering en een groot aantal nadere regelingen een heel arsenaal aan maatregelen om terroristische organisaties op te sporen en aan te pakken. Verder noemt de Gecombineerde Commissie hier nog de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme als een specifiek voor dit gebied geldende wet die juist onder meer tot doel heeft het meldpunt in het kader van die bijzondere transacties in staat te stellen om de gegevens die het verkrijgt te verzamelen, te registreren, te bewerken en te analyseren, teneinde te bezien of deze gegevens van belang kunnen zijn voor het voorkomen en opsporen van misdrijven. De Gecombineerde Commissie twijfelt dan ook aan de toegevoegde waarde van dit voorstel om terroristische activiteiten op te sporen. Niet alleen zullen dergelijke organisaties er voor waken dat het bestuur van de stichting gevormd wordt door mensen wier namen onmiddellijk door het systeem herkend zullen worden, ook aan de betrouwbaarheid van de te publiceren stukken zal in bepaalde gevallen getwijfeld kunnen worden.

De contouren van de beoogde wetwijziging zijn al enige tijd bekend. De Minister van Financiën kondigde in zijn brief van 30 juni 2005 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer² al aan dat een algemene publicatieplicht van de staat van baten en lasten en een balans zal worden ingevoerd en in de brief werd melding gemaakt van de aparte

verantwoording van donaties. Deze lijn wordt in het Consultatievoorstel overgenomen.

De Gecombineerde Commissie constateert daarbij dat de eisen die het in consultatie gebrachte ontwerpvoorstel stelt, in sommige opzichten strenger zijn dan de eisen die voor stichtingen gelden die ingevolge artikel 2:300 BW titel 9 boek 2 BW dienen toe te passen (hierna de titel 9 stichtingen). Overigens valt nog te bezien in hoeverre de door de stichtingen die niet Titel 9 stichtingen zijn, te publiceren stukken ook daadwerkelijk behoorlijk inzicht geven nu de inrichting van de balans en de staat van baten en lasten niet aan bepaalde wettelijke vereisten hoeft te voldoen. De Gecombineerde Commissie meent, dat bij invoering van een regeling met betrekking tot stichtingen waarvoor nog geen verslaggevingsregels gelden, het in ieder geval wenselijk is vergelijkbare uitstel- en ontheffingsmogelijkheden te creëren als gelden voor de Titel 9 stichtingen. De Gecombineerde Commissie komt daarop hierna nog terug.

2. PRINCIPIEEL BEZWAAR; ALLE STICHTINGEN

De Gecombineerde Commissie heeft principiële bezwaren tegen de kern van het consultatievoorstel. Haar bezwaren richten zich niet op de wenselijkheid de preventieve en repressieve mogelijkheden met betrekking tot misbruik van rechtspersonen te versterken, maar op de keuze om dit te regelen in het Burgerlijk Wetboek. De Gecombineerde Commissie is van mening dat dit een oneigenlijke keuze is en dat een dergelijke regeling niet in het BW thuishoort. Indien de overheid met dit doel de mogelijkheden van toezicht wil uitbreiden, zijn daarvoor andere wettelijke regelingen meer geëigend.

Het mogelijke argument dat ook derden belang kunnen hebben bij deze deponeringsverplichting en de nakoming daarvan kunnen vorderen, overtuigt de Gecombineerde Commissie niet. De vraag of iemand belanghebbende bij de nakoming van de deponeringsverplichting is, moet worden beantwoord aan de hand van het doel van de regeling, t.w. voorkoming van misbruik van rechtspersonen. De Gecombineerde Commissie verwacht dat derden, gelet op het doel van de regeling, niet snel als belanghebbenden in deze zin aangemerkt zullen kunnen worden; nieuwsgierigheid alleen is onvoldoende. Daarnaast meent de Gecombineerde Commissie dat artikel 2:298 BW zowel aan belanghebbenden als aan het openbaar

ministerie voldoende mogelijkheden geeft om een bestuurder die handelt in strijd met de wet (bijvoorbeeld de verplichting van artikel 2:10 BW) of de statuten dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer, aan te pakken. Anders dan voor de NV of BV geeft Boek 2 BW voor de stichting immers de mogelijkheid om aan de rechter een bestuursverbod te vragen. Daarbij geeft artikel 2:297 BW aan het openbaar ministerie ook nog een directe mogelijkheid om het bestuur van een stichting om nadere inlichtingen te verzoeken en indien niet voldoende aan dit verzoek wordt voldaan de rechter te verzoeken te bevelen dat de hele boekhouding aan het openbaar ministerie ter beschikking wordt gesteld.

Belangrijker vindt de Gecombineerde Commissie echter dat zonder dat daar in de toelichting in feite ook maar een woord aan wordt gewijd, op deze wijze zonder enige noodzaak mogelijk privacy-gevoelige gegevens openbaar zouden kunnen worden. Dat de deponeringsverplichting het voor degenen die op grond van de Wwft bepaalde verplichtingen hebben, eenvoudiger maakt om die verplichtingen na te komen, is een argument dat de Gecombineerde Commissie niet aanspreekt. Deze partijen kunnen immers bij het aangaan van een relatie de noodzakelijke informatie vragen. Informatie uit een voor ieder toegankelijk register voegt daaraan nagenoeg niets toe. Veelal zal de informatie die een partij voor het aangaan van een relatie kan verkrijgen gedetailleerder en recenter zijn en voor hem relevanter dan de informatie die gedeponereerd is bij het Handelsregister. Daarbij lijkt de kans dat de genoemde beroepsgroepen op basis van de balans en de staat van baten en lasten een risico-inschatting van witwassen en financiering van terrorisme kunnen maken vrij gering. Meestal zijn die indicatoren voor niet gespecialiseerde terrorismebestrijders juist niet uit die gegevens op te maken. De Gecombineerde Commissie merkt overigens op dat de tekst van de memorie van toelichting lijkt te impliceren dat de genoemde beroepsgroepen, voordat zij aan een stichting een dienst verlenen, worden geacht deze gegevens bij het handelsregister op te vragen. Voor de praktijk kan dit tot problemen leiden. Moet men voortaan deze gegevens opvragen voordat men de dienst kan verlenen? Wat te doen als een stichting nog niet aan zijn publicatieverplichtingen heeft voldaan?

Het consultatievoorstel wil de regeling van toepassing laten zijn op alle stichtingen met uitzondering van de stichtingen genoemd in art. 2:299 lid 6.³⁻

De Gecombineerde Commissie mist, zoals hiervoor al aangestipt, in het consultatievoorstel een analyse die het doel van de regeling afzet tegen de gevolgen voor de *privacy*, maar ook de doelmatigheid van de regeling. Bij het eerste denkt de Gecombineerde Commissie bijvoorbeeld aan familiestichtingen, bij het tweede bijvoorbeeld aan stichtingen administratiekantoor die alleen de juridische eigendom op aandelen houden, daarvoor certificaten van aandelen hebben uitgegeven, zonder vrijheid in de aanwending verplicht zijn door haar ontvangen dividenden door te betalen aan certificaathouders en geen andere inkomsten hebben, terwijl de kosten worden gedragen door de vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven. Dergelijke stichtingen (maar mogelijk ook nog andere categorieën stichtingen) zouden naar de mening van de Gecombineerde Commissie niet onder de onderhavige openbaarmakingsverplichting moeten vallen.

De Gecombineerde Commissie meent dat het wetsystematisch wenselijk is in art. 2:10 BW te bepalen dat het tweede lid niet van toepassing is op rechtspersonen die onder het jaarrekeningrecht vallen en hun jaarrekening moeten deponeren bij het Handelsregister, ook al wordt dit in de literatuur wel aangenomen.

De Gecombineerde Commissie ziet weinig in de voorgestelde regeling. Zij vraagt zich echter wel af waarom, indien misbruik wordt gevreesd van rechtspersonen die niet verplicht zijn hun jaarrekening te deponeren, het voorstel zich beperkt tot stichtingen.

DE VOORGESTELDE BEPALINGEN

2.1. Artikel 2:299b BW

Het ontwerp eerste lid verlangt de openbaarmaking binnen acht dagen van de opgemaakte balans en de staat van baten en lasten. Deze stukken worden door het bestuur opgesteld. In sommige gevallen behoeven deze stukken op grond van de statuten van de rechtspersoon ook nog goedkeuring van bijvoorbeeld een Raad van Toezicht of worden zij door een ander orgaan vastgesteld (zie met zoveel woorden ook artikel 2:300 lid 3 BW). De Gecombineerde Commissie meent dat openbaarmaking in ieder geval niet zou moeten plaatsvinden zolang de stukken nog niet zijn vastgesteld of een interne goedkeuring nog niet is verleend.

Artikel 2:10 lid 2 BW verplicht het bestuur van de rechtspersoon om jaarlijks binnen zes maanden de balans en de staat van baten en lasten op te maken. Voor het bestuur van de stichting die ingevolge artikel 2:300 BW een jaarrekening moet opstellen waarop titel 9 BW van toepassing is, geldt dat de termijn van zes maanden voor het opmaken van deze jaarrekening op grond van bijzondere omstandigheden kan worden verlengd met ten hoogste vijf maanden. De Gecombineerde Commissie meent dat ook voor het opmaken van de balans en de staat van baten en lasten zou moeten gelden dat de termijn op grond van bijzondere omstandigheden met ten hoogste vijf maanden kan worden verlengd. Ook voor het overige lijkt het meer voor de hand te liggen om aan te sluiten bij artikel 2:300 BW. Eventueel kan daaraan een regeling overeenkomstig art. 2:394 lid 2 BW worden toegevoegd voor de gevallen dat de stukken wel zijn opgemaakt maar een noodzakelijke goedkeuring nog niet is verkregen, op grond waarvan het bestuur verplicht is om, indien de balans en staat van baten en lasten niet door het daartoe op grond van de statuten bevoegde orgaan (c.q. de daartoe op grond van de statuten geroepen derde) zijn vastgesteld of goedgekeurd, de door hem opgemaakte balans en staat van baten en lasten onder vermelding van het feit dat deze niet zijn vastgesteld of goedgekeurd, te deponeren.

De Gecombineerde Commissie vraagt zich overigens af of, indien een uitstelkans niet wordt geïntroduceerd, het in de praktijk wel mogelijk is om de naleving van de vijf-maandstermijn te controleren en te handhaven: Stichtingen waarop de regeling van het consultatievoorstel van toepassing zou zijn, zijn niet als zodanig kenbaar. Zij laten zich immers niet op grond van de inschrijving in het

Handelsregister onderscheiden van stichtingen die niet onder de regeling vallen.

De voorgestelde bepaling verlangt dat de opgemaakte stukken *volledig* worden openbaar gemaakt, waarbij lid 2 de afzonderlijke vermelding van benoemde posten in de staat van baten en lasten voorschrijft. Op deze wijze gaat de openbaarmakingsverplichting van stichtingen die onder deze regeling zouden vallen aanzienlijk verder dan de eisen die voor kleine en gedeeltelijk zelfs voor middelgrote jaarrekeningplichtige ondernemingen gelden. De Gecombineerde Commissie meent dat het consultatievoorstel in dit opzicht bepaald te ver gaat.

Overigens zal, indien de voorgestelde openbaarmakingsverplichting wordt ingevoerd, in het algemeen de daaruit blijkende informatie zodanig gedateerd zijn dat men zich moet afvragen of die informatie bij kan dragen tot het realiseren van het met de regeling beoogde doel.

De Gecombineerde Commissie meent dat de berekeningen van Actal stelselmatig de administratieve kosten voor justitiabelen van voorgestelde maatregelen schromelijk onderschatten. Los daarvan vreest zij dat de kosten van controle en handhaving van de in het consultatievoorstel neergelegde regeling in geen enkele verhouding staan tot de kans dat deze regeling in relevante mate bij zal dragen aan het terugdringen van het misbruik van stichtingen. Opvallend is dat de toelichting zich over vragen als de verwachte doelmatigheid van de regeling, en de met de controle en handhaving gemoeide kosten in het geheel niet uitspreekt.

Het tweede lid vermeldt welke gegevens de staat van baten en lasten moet individualiseren. Daarbij valt op dat alle krachtens makingen, lastenbevoordelingen, giften, natuurlijke verbintenissen of artikel 4:126 lid 2, onder a en c, verkregen goederen hoe hoog of hoe gering de waarde daarvan is, zouden moeten worden vermeld. Indien dit zou betekenen dat een stichting ook elk bedrag dat de stichting als gift ontvangt afzonderlijk dient te vermelden, dan zal deze bepaling, met name voor stichtingen die via collectanten geld inzamelen voor het goede doel, praktisch niet haalbaar zijn. Het komt de Gecombineerde Commissie voor dat, indien deze weg al wordt ingeslagen, het wenselijk is dat alleen posten die individueel een hogere waarde hebben dan een reëel minimum bedrag, vermeld moeten worden. Ook zou gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid om voor collectes waarvoor een vergunning is verleend te bepalen dat de opbrengst van een collecte alleen als totaalbedrag vermeld dient te worden. Bij de Gecombineerde Commissie is overigens wel de vraag gerezen waarom,

indien het om misbruik van rechtspersonen gaat, alleen naar de batenkant en niet ook naar de lastenkant gekeken wordt.

De Gecombineerde Commissie wijst er ten overvloede op dat niet uitgesloten is dat rechtspersonen die nu reeds verplicht zijn hun jaarrekening geheel of gedeeltelijk openbaar te maken, ook "dubieuze" inkomsten of uitgaven kunnen hebben die op misbruik van die rechtspersonen kunnen duiden en die op grond van de inrichtingseisen die voor hun jaarrekening gelden of de wijze waarop zij deze openbaar mogen maken, niet kunnen worden onderkend. Ook in dit opzicht kan de regeling op zijn best tot selectieve doelmatigheid leiden.

2.2. De Overgangsbepaling

De tekst van de Overgangsbepaling en de toelichting op die bepaling sluiten niet op elkaar aan. De voorgestelde wettekst gaat uit van het van toepassing zijn van de regeling op balansen en staten van baten en lasten die ingevolge de voorgestelde regeling moeten worden openbaar gemaakt vanaf twee maanden en één dag na de inwerkingtreding van de wet. De toelichting gaat er daarentegen van uit dat de wet pas van toepassing wordt op balansen en staten van baten en lasten vanaf drie maanden na de inwerkingtreding. De Gecombineerde Commissie meent dat beide opties nog in een ander opzicht gebrekkig zijn: de toepassing van de regeling wordt afhankelijk gesteld van de pas op grond van de regeling vereiste openbaarmaking. De Gecombineerde Commissie vermoedt dat bedoeld is om de toepasselijkheid van de regeling te koppelen aan - om in de termen van het voorstel te spreken - het opmaken van de balans en de staat van baten en lasten.

De Gecombineerde Commissie meent dat het wenselijk is om, indien een regeling als beoogd door het consultatievoorstel wordt ingevoerd, deze eerst van toepassing te doen zijn op boekjaren die zijn aangevangen na het van kracht worden van de wet.

Den Haag, 9 september 2010.