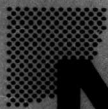


85-537

81663



BMS001004527  
S 1663  
Grize Literatuur



**NIF**

# Fondsen en het recht

Fondsen en de praktijk  
Stichting "Het Nederlands Informatiecentrum voor Fondsen"

336. 665: 397. 168: 397  
Fondsen en het recht

81663

85-537

Mr C.A. Schwarz / Mr B. Wessels

Boekmanstichting-Bibliotheek  
Herengracht 413 - 1017 BP, Amsterdam  
Tel.: 243730/243737/243738/243739

Uitgave:

Stichting "Het Nederlands Informatiecentrum voor Fondsen" (N.I.F.),  
J.F. Kennedylaan 101, 3981 GB Bunnik, tel. 03405 - 67111

© 1984 Stichting "Het Nederlands Informatiecentrum voor Fondsen"  
(N.I.F.).

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar  
gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke  
andere wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming  
van de uitgever.

Grafische vormgeving:

Ontwerpburo Skylla, Leiden

- 1 ■ Fondsen
  - 2 ■ Rechtsvorm
  - 3 ■ Fundare
  - 4 ■ Fondsen en vermogen
  - 5 ■ Plaats van fondsen binnen ons recht
  - 6 ■ Registratieplicht van fondsen
  - 7 ■ De statuten van het fonds
  - 8 ■ Reglementen
  - 9 ■ Bestuur en toezicht
  - 10 ■ Aansprakelijkheid van fondsbestuurders
  - 11 ■ Aansprakelijkheid van fondsbestuurders naar huidig recht
  - 12 ■ Uitgebreide aansprakelijkheid van fonds en fondsbestuurder
  - 13 ■ Wet Ketenaansprakelijkheid
  - 14 ■ Uitbreiding aansprakelijkheid van de fondsbestuurder naar komend recht
    - a. Tweede misbruikontwerp; reikwijdte
    - b. Tweede misbruikontwerp; systeem
  - 15 ■ Derde misbruikontwerp .
  - 16 ■ Samenwerking
  - 17 ■ Twee fusievormen
  - 18 ■ Omzetting van een fonds
  - 19 ■ 'Klassieke' omzetting
  - 20 ■ Omzetting op initiatief van het Openbaar Ministerie
  - 21 ■ Omzetting op initiatief van het fonds
  - 22 ■ Einde van het fonds
- Literatuur



## Fondsen

Een fonds is te omschrijven als een particuliere instelling welke zich krachtens haar statuten bezighoudt met het beheer van een bepaald vermogen met het doel het verstrekken van financiële steun aan organisaties, instellingen en personen die zich bewegen op maatschappelijk, cultureel of charitatief terrein. In deze publicatie wordt het begrip fonds beperkt opgevat teneinde het te doen laten stroken met de doelstelling van de stichting onder wier zorg deze publicatie is tot stand gekomen. De doelstelling van de Stichting "Het Nederlands Informatiecentrum voor Fondsen" (afgekort N.I.F.) luidt: "het zonder winst oogmerk bevorderen van het eigentijds en optimaal functioneren van particuliere stichtingen met een maatschappelijk, cultureel en liefdadig doel, alsmede van particuliere instellingen welke een gelijk of gelijksoortig belang nastreven".

Daardoor blijven instellingen en organisaties die begripsmatig of in het spraakgebruik als fonds worden opgevat hier buiten beschouwing. Dat geldt bijv. voor niet-particuliere fondsen, uitgaande van overheidsinstellingen en fondsen die krachtens de eigen statutaire regeling (statuut) door kerkelijk recht worden geregeerd. Gezien de doelstelling van het N.I.F. behoeft het voorts geen betoog dat ook bijv. beroeps- of bedrijfspensioenfondsen, personeels-, zieken- of begrafenisfondsen of (open) beleggingsfondsen buiten de nu volgende beschouwing blijven.

## Rechtsvorm

Nederland kent vele honderden fondsen. Het overgrote deel van deze fondsen heeft, zeker na de invoering van het tweede Boek van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1976, de rechtsvorm van een stichting. In tegenstelling tot de oude Wet op Stichtingen (1956) waar bijv. beurzenstichtingen, vicarieën en instellingen van weldadigheid in stichtingsvorm zijn uitgezonderd, vallen nu alle stichtingen onder de regeling van Boek 2 (Rechtspersonen) van het Burgerlijk Wetboek. Sporadisch komen wel fondsen in verenigingsvorm voor en zelfs stuiten in de praktijk nog wel eens op zgn. 'oude rechtspersonen' als bijvoorbeeld een capellerie of een vicarie. De juridische positie

van zodanige oude rechtspersonen in het huidige recht is onduidelijk. Naar algemeen gevoelen verdient het ten zeerste aanbeveling voorkomende, nog immer in stand zijnde, oude organisatievormen om te zetten in een rechtspersoonsvorm naar huidig recht, bij voorkeur een stichting. Zie voor omzetting verder Hfst. 19 e.v. Fiscale aspecten ter zake van omzetting zullen in het in deze serie te verschijnen deel 'Fondsen en de fiscus' aan de orde komen. Op de juridische problematiek rond de positie van 'oude' rechtspersonen wordt hier niet verder ingegaan. Gezien het feit dat fondsen in de rechtsvorm van een vereniging slechts spaarzaam voorkomen, zal hieronder met 'fonds' steeds worden bedoeld op fondsen die in de rechtsvorm van een stichting functioneren, tenzij anders is aangegeven. Eventueel voorkomende fondsen die niet de status van rechtspersoon (stichting, vereniging of eventueel besloten vennootschap) hebben blijven hier ook buiten beschouwing. Slechts zij opgemerkt dat hier grote gevaren schuilen in de sfeer van persoonlijke aansprakelijkheid van "bestuurders", terwijl het vermogen van het fonds in de fiscale sfeer in dat geval aan hen zal worden toegekend.

Hieronder zal worden ingegaan op een aantal onderwerpen van algemeen juridische aard welke voor fondsen van belang (kunnen) zijn. Bij de behandeling van de verschillende onderwerpen zal steeds worden aangegeven wanneer het N.I.F. voornemens is met betrekking tot het desbetreffende onderwerp een speciaal deel in de serie Fondsen en praktijk uit te geven.

### ■ 3

## Fundare

De geschiedenis van de stichting gaat vele eeuwen terug. Het woord stichten (fundare) verwijst naar het tot stand brengen van iets stoffelijks, bijv. een hofje, waarin weduwen van protestantse huize gehuisvest kunnen worden. Men spreekt in die tijd wel van 'Anstaltstiftungen'. Historisch dogmatisch kan van deze stichtingsvorm het zgn. 'doelvermogen' worden onderscheiden. De stichting van een fonds, het gebruik van de stichting voor de bestemming van een vermogen voor een bepaald doel, wordt wel aangeduid met de term 'Hauptgeldstiftung'. De Duitse rechtswetenschap van de 19e eeuw komt tot aanvaarding van rechtspersoonlijkheid van deze stichtingen.

Onder invloed van de Duitse rechtswetenschap is ook hier ten lande de juridische zelfstandigheid van deze stichtingen sinds het begin van de 19e eeuw erkend. Overigens is de stichting tot het begin van de 20e eeuw een weinig voorkomende rechtsfiguur. Dit kan mede verklaren waarom het tot 1956 duurt alvorens een wettelijke regeling van de stichting tot stand komt. Na de eerste Wereldoorlog komt de stichtingsvorm in Nederland tot bloei. Allerhande maatschappelijke activiteiten worden meer en meer in stichtingsvormen bedreven. De pressie, met name uit juridische kringen, op de regering om tot een wettelijke regeling te komen, wordt groter. Het duurt toch nog tot 1 januari 1957 alvorens de Wet op Stichtingen in werking treedt (Wet van 31 mei 1956, Stb. 327).

Deze wet, die in Nederland 20 jaar heeft gegolden, ziet niet op een aantal in de wet opgesomde categorieën van stichtingen, zoals de vicarieën - die toentertijd in een aparte wet zijn geregeld - en de instellingen van weldadigheid krachtens de Rompwet (de vroegere Armenwet).

Bij de invoering van Boek 2 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek op 26 juli 1976 worden de in de Wet op Stichtingen uitgezonderde categorieën onder de werking van de regeling van genoemd Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gebracht.

## ■ 4

### Fondsen en vermogen

In tegenstelling tot vroeger wordt tegenwoordig algemeen aangenomen dat het hebben van enig vermogen voor het bestaan van een vereniging of een stichting niet van belang is. Voor oprichting van een vereniging of stichting is een bepaalde vermogensafzondering uit het vermogen van de oprichter(s) niet noodzakelijk, doch zij zal in de praktijk meestentijds wel plaatsvinden. Uit de hierboven gegeven omschrijving van een fonds blijkt, dat het vermogen centraal staat. Veelal beschikt zo'n fonds reeds bij oprichting over een bepaald vermogen uit het vermogen van de oprichter afgezonderd. Wanneer het fonds bij testament wordt opgericht terwijl het fonds in datzelfde testament als erfgenaam of legataris is aangewezen, bepaalt de wet dat het fonds als erfgenaam of legataris verkrijgt. Het nut van deze bepaling schuilt in de erfrechtelijke regel dat men slechts kan erven wanneer men bestaat op het moment van overlijden van de

erflater.

In veel statutaire regelingen komt een bepaling voor omtrent de geldmiddelen van het fonds. Veelal worden hier opgesomd: periodieke bijdragen, erfstellingen, legaten, schenkingen, opbrengsten uit winstgevendende fondsenactiviteiten, subsidies, beleggingsmiddelen, steunbijdragen en alle wettelijk toelaatbare middelen overigens. Deze statutaire opsomming kan een beeld geven van de activiteiten van het fonds, doch is volstrekt overbodig. Ook wanneer deze opsomming niet statutair zou zijn vastgelegd, zou het fonds in het algemeen tot inontvangstneming van bedoelde inkomsten in staat en bevoegd zijn. Derhalve kan een opsomming als aangegeven slechts belemmerend werken ware het niet dat het slot (alle overige toelaatbare middelen) de signaleerde belemmering weer weg neemt.

Men zij er overigens op bedacht dat het vermogen van een fonds, wanneer dit fonds door één bestuurder wordt beheerd (bijv. bij een familiefonds) en dat vermogen wordt aangewend ter realisering van privé of familievoordelen dat vermogen aan de desbetreffende bestuurder als "eigenvermogen" kan worden toegerekend, uiteraard met repercussies in de sfeer van de Vermogensbelasting.

## ■ 5

### Plaats van fondsen binnen ons recht

De invoering van Boek 2 BW vormt een onderdeel van de in 1947 in gang gezette herziening van grote delen van het Nederlands burgerlijk recht. Dit tweede Boek regelt de rechtspersonen. Naast naamloze en besloten vennootschap vinden hier de vereniging en de stichting hun plaats. De vereniging wordt geregeld in de Titel 2 (de artt. 26 t/m 52) en de stichting in de Titel 5 (artt. 285 t/m 305) van dit Boek. De Titel 1 bevat de Algemene Bepalingen die eveneens op de vereniging en de stichting van toepassing zijn. Bij invoering van de Boeken 3, 5 en 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW), welke invoering rond 1990 wordt verwacht, zal het één en ander in de wettelijke regeling van Boek 2 worden gewijzigd. Deze drie boeken bevatten het centrale gedeelte van ons vermogensrecht. Boek 3 bevat het Vermogensrecht in het algemeen, Boek 5 regelt de Zakelijke rechten en Boek 6 betreft het Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht. De voorgestelde wijzigingen, voorzover

deze voor fondsen van belang zijn, worden in de tekst behandeld. Alle wijzigingen, voorzover deze Boek 2 betreffen, kunnen worden aangetroffen in het Ontwerp Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, zesde gedeelte (Handelingen Tweede Kamer, zitting 1982-1983, 17 725). Op het gebied van het belastingrecht komen fondsen met name in aanraking met de Wet op de Inkomstenbelasting 1964 (giften-aftrek; belastbaarheid van uitkeringen), de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de Omzetbelasting 1968 (het fonds drijft een onderneming; vrijstellingen) en de Successiewet 1956 (het fonds als legataris, erfgenaam of begiftigde; uitkeringen van fondsen). Deze en andere belastingwetten en -regelingen komen aan de orde in het deel 'Fondsen en de fiscus'.

## ■ 6

### Registratieplicht van fondsen

#### Stichtingenregister en verenigingenregister

De wet bepaalt dat bestuurders van een stichting verplicht zijn de stichting, alsmede de naam, de voornamen en de woonplaats of laatste woonplaats van de oprichter(s) in het stichtingenregister in te (doen) schrijven. Het register wordt gehouden door de Kamer van Koophandel en Fabrieken. Inschrijving dient te geschieden bij die Kamer van Koophandel in wiens regio de gemeente ligt waar de zetel van de stichting is gevestigd. Ten kantore van het register dient een authentiek afschrift van de akte van oprichting, dan wel een authentiek uittreksel van die akte waarin de statuten moeten zijn opgenomen, te worden neergelegd. Ook dienen onder meer de naam, voornamen en woonplaats van de stichtingsbestuurders in het stichtingenregister te worden ingeschreven, wanneer die bestuurders statutair tot vertegenwoordiging van de stichting bevoegd zijn. Indien het bestuur tot vertegenwoordiging bevoegd is, dienen bovenstaande gegevens van alle bestuurders te worden ingeschreven. Dezelfde plicht rust op de bestuurders van de bij notariële akte opgerichte vereniging. De niet bij notariële akte opgerichte vereniging blijft hier buiten beschouwing. Ook het verenigingenregister wordt gehouden door de Kamers van Koophandel en Fabrieken. Inschrijving heeft plaats bij die Kamer van Koophandel onder wiens ressort de gemeente, waar de vereniging gevestigd is, valt.

Zowel voor de stichting als voor de vereniging geldt, dat zolang de opgave ter eerste inschrijving en nederlegging van het afschrift of uittreksel van de akte niet zijn geschied, iedere bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor elke rechtshandeling waardoor hij of zij het fonds verbindt. Op de aansprakelijkheid van de bestuurder wordt onder punt 10 e.v. uitgebreider teruggekomen.

#### Het Handelsregister

Hoewel daarover in de praktijk veel misverstanden blijken te bestaan is het toegestaan dat (het doel van) het fonds zich (mede) richt op commerciële, bedrijfsmatige activiteiten, waardoor voor het fonds winst kan ontstaan. Deze winst kan voortvloeien uit incidentele activiteiten, als bijvoorbeeld verkoop van voorlichtingsmateriaal of inkomsten uit een fancy-fair, doch kan ook voortvloeien uit ondernemingsgerichte activiteiten. Het fonds kan een onderneming drijven. Men denke bijvoorbeeld aan het in stand houden van een modern geoutilleerd bejaardencentrum. Een onderneming wordt wel omschreven als een organisatie die erop gericht is met behulp van arbeid en kapitaal deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer met het oogmerk om winst te behalen. De aldus behaalde winst mag evenwel niet aan oprichters, bestuurders of andere functionarissen worden uitgekeerd, doch dient te worden aangewend in het kader van het nastreven van het doel van het fonds.

Wanneer het fonds een onderneming drijft dient de onderneming te worden ingeschreven in het handelsregister, dat eveneens wordt gehouden door de Kamers van Koophandel. Deze inschrijving behelst voornamelijk gegevens met betrekking tot de bevoegdheid tot vertegenwoordiging en de bevoegdheid tot ondertekening van stukken. De bestuurder van de onderneming van het fonds kan overigens een andere persoon zijn dan de bestuurder van het fonds. In geval publicatie van de vereiste gegevens, waaronder naam en statutaire zetel van het fonds dat de onderneming drijft, geheel niet, onjuist of onvolledig geschiedt, geldt de volgende regeling:

I. Wanneer gegevens niet zijn gepubliceerd, terwijl dit ingevolge de Handelsregisterwet wel had dienen te geschieden, kan op deze gegevens tegenover de derde te goeder trouw - die onkundig is -

door het fonds geen beroep worden gedaan. Hierbij denke men bijvoorbeeld aan de ontslagen bestuurder van de onderneming, die de onderneming blijft vertegenwoordigen, terwijl het ontslag niet door publicatie in het Handelsregister bekend is gemaakt.

II. Wanneer gegevens onjuist of onvolledig in het Handelsregister zijn opgenomen, is het fonds aan de gevolgen daarvan gebonden wanneer een derde, die van de ware toestand onkundig is, op deze gegevens is afgegaan.

Men zij erop bedacht dat thans in het Parlement een voorstel tot wijziging van de Handelsregisterwet in behandeling is. De Kamers van Koophandel zullen, zo luidt het voorstel, de bevoegdheid krijgen zelf bepaalde wijzigingen in te schrijven. Voorts zal iedere ondernemer in den vervolge op brieven, offertes, e.d. het handelsregisternummer waaronder hij is ingeschreven vermelden.

## ■ 7

### De statuten van het fonds

De statuten van het fonds vormen het fundament waarop het fonds is gebouwd. Tezamen met de wettelijke regeling van de desbetreffende rechtspersoonsvorm en met de reglementen vormen de statuten de grondslag voor het intern- en extern functioneren van het fonds. Het fonds wordt in het optreden en functioneren door haar statutaire regeling gebonden. Deze regel wordt aangeduid met de woorden: "De statuten strekken de rechtspersoon tot wet". Naast bepalingen met betrekking tot de organisatorische structuur van het fonds, bevatten de statuten uiteraard ook doel en doelomschrijving.

In de loop der tijden, en vooral in dit dynamische tijdsgewricht, kan het wenselijk of noodzakelijk blijken dat de statuten van het fonds worden aangepast c.q. veranderd. Deze verandering kan punten van ondergeschikte aard betreffen zoals bijvoorbeeld wijziging van het statutair vastgesteld aantal bestuurders, doch kan ook van meer ingrijpende aard zijn. Men denke bijvoorbeeld aan een doelwijziging, wanneer het doel van het fonds niet meer als van deze tijd is te beschouwen, bijvoorbeeld het instandhouden van een pesthuis in een bepaalde gemeente in Nederland, of wanneer het doel van het fonds niet meer kan worden nagestreefd, bijv. instanding van lyceum X terwijl dit lyceum reeds is opgeheven en het onroerend goed is

verkocht.

De vraag of de statuten van het fonds gewijzigd kunnen worden hangt af van de rechtspersoonsvorm van het fonds, stichting of vereniging, en van de inhoud der statuten.

Bij een fonds in verenigingsvorm is wijziging van de statuten, inclusief die aangaande doel of doelstelling, steeds mogelijk.

In het verenigingsrecht wordt dwingendrechtelijk voorgeschreven dat statuten van de vereniging slechts gewijzigd kunnen worden bij besluit van de algemene ledenvergadering. Indien statutair niet anders is bepaald moet het besluit tot statutenwijziging door de algemene ledenvergadering steeds genomen worden met een 2/3 meerderheid. Het is mogelijk statutair te bepalen dat wijziging van de statuten is uitgesloten of dat wijziging van de doelstelling of doelomschrijving niet mogelijk is. Ook dan is niettemin wijziging van de statutaire regeling van het fonds mogelijk. De wet bepaalt dat wijziging van de statuten in dat geval mogelijk is bij besluit van de algemene ledenvergadering, wanneer alle leden ter vergadering aanwezig zijn terwijl het besluit tot wijziging met algemene stemmen dient te worden genomen. De conclusie luidt derhalve dat wijziging van de statuten inclusief doel of doelstelling van het fonds in de rechtsvorm van een vereniging opgericht, steeds mogelijk is. De wijziging zelf dient te geschieden bij notariële akte. De bestuurders zijn verplicht een authentiek afschrift van de wijziging en de gewijzigde statuten neer te leggen ten kantore van het hierboven besproken verenigingsregister.

Bij het fonds dat in de rechtsvorm van een stichting is gegoten, ligt de wijzigingsmogelijkheid anders. De wet bepaalt dat stichtingsstatuten slechts door een stichtingsorgaan kunnen worden gewijzigd wanneer de statuten daartoe de mogelijkheid bieden. Meestal is de bevoegdheid tot wijziging van de statuten van het fonds aan het bestuur toegekend. Wanneer het fonds andere organen kent, bijvoorbeeld een Raad van Commissarissen, kan de bevoegdheid tot het nemen van het besluit tot wijziging van de statuten ook aan dat orgaan zijn toegekend. Wijziging van de statuten kan slechts plaatsvinden bij notariële akte. Na wijziging zijn de bestuurders van het fonds verplicht een authentiek afschrift van de wijzigingsakte alsmede de gewijzigde statuten van het fonds neer te leggen bij het hiervoor vermelde stichtingenregister.



Wanneer een regeling met betrekking tot wijziging der statuten ontbreekt is geen orgaan van het fonds tot wijziging bevoegd. In de praktijk kan dit vervelende gevolgen hebben. Zoals hierboven reeds is opgemerkt zijn, zeker de laatste decennia, allerlei ontwikkelingen op sociaal-maatschappelijk en cultureel terrein in een stroomversnelling geraakt. Deze ontwikkelingen zijn uiteraard door de stichter van een fonds nimmer voorzien en het strakke statutaire keurslijf verhindert veelal aanpassing van organisatie en activiteiten aan de maatschappelijke realiteit.

Voor die gevallen, waarin het ongewijzigd laten van de statuten van het fonds zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting van het fonds in redelijkheid niet gewild kunnen zijn, opent de wet de mogelijkheid van statutenwijziging door de Arrondissementsrechtbank. Van deze mogelijkheid van statutenwijziging kan gebruik worden gemaakt wanneer de statuten van het fonds niet de mogelijkheid tot wijziging openen of wanneer het tot wijziging bevoegde orgaan niet tot wijziging overgaat in die gevallen waarin dit gewenst of noodzakelijk wordt bevonden. De rechtbank kan alleen tot wijziging overgaan op verzoek van een oprichter of van het bestuur van het fonds of op vordering van het Openbaar Ministerie. De wet bepaalt nog dat de rechtbank bij zo'n wijziging zo min mogelijk zal afwijken van de bestaande statuten. De onmogelijkheid van doelwijziging wanneer zulks statutair met zoveel woorden is bepaald, valt te beschouwen als onwenselijk en niet van deze tijd. Dit is ook de mening van de Wetgever. In het onder Hfst. 5 genoemde zesde gedeelte van de Ontwerp Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 wordt een nieuwe regeling voorgesteld, ertoe strekkende dat de Arrondissementsrechtbank ook de bevoegdheid tot doelwijziging toekomt in die gevallen dat zulk een wijziging statutair is uitgesloten. De rechter zal, volgens dit wetsontwerp, een doel moeten kiezen dat verwant is aan het oorspronkelijk doel van het fonds dat als stichting is opgericht.

Naar huidig recht kan de rechtbank ook op verzoek van een oprichter of het fondsbestuur of op vordering van het Openbaar Ministerie tot wijziging van statuten overgaan, wanneer ontbinding dreigt, omdat het doel van het fonds in strijd is met de wet of omdat het vermogen van het fonds niet voldoende is voor de verwezenlijking van het doel, terwijl het onwaarschijnlijk is dat voldoende vermogen binnen afzienbare tijd zal worden verkregen.

In het overgangsrecht, dat de soepele overgang naar het rechtsregiem van Boek 2 beoogt, zijn enkele voor fondsen relevante voorzieningen getroffen. Zo zijn instellingen van weldadigheid in de zin van de Rompwet Instellingen van weldadigheid met ingang van 26 juli 1976 stichtingen (met uitzondering van o.a. zelfstandige onderdelen van een kerkgenootschap). Ook zgn. vicarieën zijn sedertdien stichtingen. Bijzonderheid is dat, zelfs indien de statuten die wijziging hebben uitgesloten, de rechtbank wijziging kan brengen in het doel of de doelomschrijving van genoemde instellingen, dit in afwijking van de regeling neergelegd in art.2.293. en art.2.294 van het Burgerlijk Wetboek. Ook de instellingen als bedoeld in de zgn. beuzenbesluiten zijn met ingang van 1976 tot stichtingen verklaard. In het overgangsrecht zijn voor laatstgenoemde stichtingen nog enkele bijzondere bepalingen opgenomen.

## ■ 8

### Reglementen

Zowel bij verenigingen als bij stichtingen treft men in veel gevallen naast statuten reglementen aan. In deze reglementen worden allerhande zaken geregeld, de organisatie en het functioneren van de rechtspersoon betreffend. Statutair kan uitwerking van bepaalde zaken aan reglementaire regeling worden overgelaten. Men denke bijvoorbeeld aan een Reglement op de Raad van Commissarissen of op een Raad van Toezicht. Wanneer statutair het bestaan van een Raad van Commissarissen of een Raad van Toezicht is vastgelegd, wier taak ligt in het houden van toezicht op het bestuur, behoeft regeling van vergoeding van reiskosten, hoogte van vacatiegelden, rooster van aftreden en frequentie van vergaderen niet statutair te worden vastgelegd. Deze punten kunnen in een reglement nader worden uitgewerkt. Hetzelfde geldt voor regeling van deze punten met betrekking tot het bestuur, welk reglement dan veelal wordt aangeduid als het Huishoudelijk reglement.

Een ander in de praktijk veel voorkomend reglement is het financieel reglement. Hierin worden zaken geregeld als de taakomschrijving van de functie van penningmeester, de bewaring van boeken en bescheiden, de wijze van financiële verslaglegging en bijvoorbeeld de taak en bevoegdheden van een kascommissie. Informatie omtrent het voeren van een doelmatige administratie, interne controle, verslaglegging e.d.

zal worden vervat in het in deze serie te verschijnen deel "Fondsen en administratie".

Vanzelfsprekend mogen de reglementen geen bepalingen behelzen die in strijd zijn met de wet of de statuten.

Belangrijk voordeel van regeling van bepaalde punten bij reglement is dat wijziging van het reglement zonder formaliteiten door het daartoe bevoegde orgaan kan geschieden. Zoals hierboven reeds is opgemerkt is wijziging van statuten veelal aanmerkelijk ingewikkelder en in ieder geval meer kostbaar. Immers, wijziging van statuten dient plaats te vinden bij notariële akte. In veel gevallen kan het aantrekkelijk zijn om punten van minder belang en/of van huishoudelijke aard om doelmatigheidsredenen reglementair te regelen.

## ■ 9

### Bestuur en toezicht

Voor zover bekend blijken fondsen in Nederland in de praktijk veelal slechts één orgaan te kennen. Aannemelijk is dat de ingewikkeldheid van de organisatorische structuur van een fonds zal afhangen van haar aard, omvang en maatschappelijk functioneren. Wanneer een fonds als enig orgaan een bestuur kent, zal dat bestuur een autonome positie innemen. Een toezichthoudende instantie op de taakuitoefening door dat bestuur ontbreekt immers.

Het bestuur van het fonds kan meerhoofdig zijn, doch kan ook slechts door een persoon gevormd worden. Het staat de oprichter(s) van het fonds vrij de wijze van benoeming, ontslag en eventuele schorsing van bestuurders naar eigen inzicht te regelen.

Dit ligt anders bij het fonds dat in de rechtsvorm van een vereniging functioneert. De wettelijke regeling van de vereniging kent naast het verenigingsbestuur de algemene ledenvergadering, aan welk orgaan dwingendrechtelijk een aantal belangrijke bevoegdheden binnen de vereniging toekomen. Hier zijn te noemen het recht tot het nemen van het besluit tot ontbinding van de vereniging, alsmede het recht tot statutenwijziging en duurverlenging. Daarnaast is regel dat benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders van de vereniging door de algemene ledenvergadering geschiedt. Weliswaar kan statutair van deze regeling worden afgeweken, doch de meerderheid van de bestuurders van de vereniging dient door de leden benoemd te worden.

De algemene ledenvergadering oefent daarnaast een zeker toezicht op het bestuur uit.

Bij fondsen in de rechtsvorm van een stichting opgericht worden de eerste bestuurders veelal bij akte van oprichting aangewezen, terwijl latere benoeming door coöptatie geschiedt. Coöptatie wil zeggen dat het bestuur zelf de nieuwe bestuurders van het fonds in stichtingsvorm benoemt.

De wijze van benoeming van bestuurders van het fonds wordt neergelegd in de statutaire regeling. Wanneer niet op deze statutair voorgeschreven wijze in de benoeming van bestuurders wordt voorzien, kan benoeming van bestuurders door de Arrondissementsrechtbank plaatsvinden. De rechtbank kan tot zulk een benoeming overgaan op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het Openbaar Ministerie. Zo'n benoeming kan niet geschieden op initiatief van de rechtbank zelve.

Zoals gezegd, oprichters - of bij latere statutenwijziging het daartoe bevoegde orgaan - zijn vrij in de regeling van de organisatorische structuur van het fonds. Zeer wel mogelijk is het, naast het bestuur, een Raad van Commissarissen of een Raad van Toezicht te creëren. Taak van dat orgaan bestaat dan uit het uitoefenen van toezicht op het binnen het fonds gevoerde bestuur. Ook ziet men in de praktijk wel een splitsing van het bestuur in een dagelijks- en een algemeen bestuur. Taak van het dagelijks bestuur is dan gelegen in het uitvoeren van de normale bestuurswerkzaamheden, terwijl het algemeen bestuur zich meer bezighoudt met het uitzetten van beleidslijnen en het uitoefenen van toezicht op het dagelijks bestuur.

Veelal hebben de leden van het algemeen bestuur een wat lossere band met het fonds en wordt slechts twee of driemaal 's jaars vergaderd, terwijl de leden van het dagelijks bestuur een nauwere band met het fonds hebben, soms dagelijks aanwezig en soms op arbeidsovereenkomst bij het fonds werkzaam zijn.

Uitgebreider informatie omtrent de wijze waarop de organisatorische structuur van het fonds gedefinieerd kan worden, bevat het in deze serie te verschijnen deeltje "Fondsen, bestuur en besturen".

Overigens, een belangrijk punt bij benoeming van bestuurders is het vinden van de meest aangewezen persoon (zulks i.v.m. zijn bekwaamheden). Het besturen van fondsen vergt, zoals bekend, een constante en nauwgezette zorg ter zake van de instandhouding van het vermogen,

de wijze van beleggen etc. Zie daarvoor meer uitgebreid het in deze serie te verschijnen deeltje "Fondsen en financiën".

## Aansprakelijkheid van fondsbestuurders

Het grootste deel van de fondsen in Nederland wordt 'onbezoldigd' bestuurd. Wanneer dit niet het geval is en de fondsbestuurder ontvangt een salaris in het kader van zijn bestuurswerkzaamheden kan er tussen fonds en bestuurder een arbeidsverhouding worden aangenomen. Wanneer de fondsbestuurder geen honorering (salaris) voor zijn bestuurswerkzaamheden ontvangt zal meestal sprake zijn van een overeenkomst tot verrichten van enkele diensten. In het algemeen zal de fondsbestuurder steeds in een contractuele verhouding tot de organisatie staan. Op grond van deze contractuele verhouding is de fondsbestuurder verplicht als een behoorlijk bestuurder op te treden. Deze verplichting tot behoorlijk besturen vloeit ook reeds voort uit de wet zelf, nu in het algemeen deel van het tweede Boek van het BW is bepaald, dat iedere bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Deze plicht tot behoorlijke taakvervulling brengt persoonlijke aansprakelijkheid met zich mee voor de fondsbestuurder die zijn bestuurs-taak niet behoorlijk vervult.

Hiervoor is reeds aan de orde gesteld dat er een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder - naast het fonds - bestaat voor een rechtshandeling waardoor die bestuurder het fonds verbindt, wanneer niet is voldaan aan de verplichting tot inschrijving van het fonds in de daartoe bestemde registers (stichtingenregister/verenigingenregister). Deze aansprakelijkheid bestaat bij niet-inschrijving van het fonds altijd, dus ongeacht de vraag of de bestuurder zich naar behoren van zijn taak kwijt. Als bestuurder van een fonds letten er derhalve op, dat aan de desbetreffende inschrijvingsverplichting is voldaan.

Afgezien van bovenbedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid (onverlet de eigen aansprakelijkheid van het fonds) bij niet-inschrijving in de daartoe bestemde registers, kunnen uit de verhouding van de bestuurder ten opzichte van het fonds, velerlei aansprakelijkheden

voor de bestuurder voortvloeien. De rechtsvorm van het fonds, vereniging of stichting, maakt in dit opzicht geen verschil. De bestuurder die zijn taak niet behoorlijk vervult is jegens het fonds persoonlijk aansprakelijk voor de door zijn handelen ontstane schade.

■11

## Aansprakelijkheid van fondsbestuurders naar huidig recht

Een behoorlijk bestuurder dient zich te bewegen binnen de hem door de statuten en/of besluiten van organen van het fonds (het bestuur, eventueel een Raad van Commissarissen) gegeven ruimte. Wanneer de bestuurder de grenzen van zijn bevoegdheid overschrijdt - hij gaat bijvoorbeeld het hem op de begroting toebedeelde bedrag (ruim) te boven - is hij tegenover het fonds persoonlijk aansprakelijk voor vergoeding van de schade. Een ander voorbeeld van onbehoorlijke taakvervulling waaruit schade voor het fonds voortvloeit kan zijn het gunnen van een opdracht van het fonds aan een bevriende relatie, terwijl alle andere inschrijvers op die opdracht aanmerkelijk lagere prijzen rekenden.

Ook tegenover derden kan de bestuurder aansprakelijk zijn. Deze aansprakelijkheid kan voortvloeien uit door de bestuurder jegens derden verrichte onrechtmatige handelingen. Hierbij zij opgemerkt, dat van een onrechtmatig handelen reeds sprake is, wanneer de fondsbestuurder jegens de derde in strijd handelt met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in acht genomen dient te worden. Een bekend voorbeeld in het rechtspersonenrecht is de bestuurder die namens de rechtspersoon een overeenkomst sluit, terwijl hem bekend is dat zijdens de rechtspersoon nimmer aan de aldus ontstane verplichtingen voldaan zal (kunnen) worden.

Men denke dan aan het geval waarin de rechtspersoon reeds binnen korte tijd in staat van faillissement wordt verklaard terwijl de lasten de baten verre overtreffen. Persoonlijke aansprakelijkheid van de fondsbestuurder jegens een derde zou zich ook voor kunnen doen wanneer bedoelde bestuurder een derde herhaalde malen onvoorwaardelijk een uitkering toezegt, terwijl de bestuurder weet dat het bestuur van het fonds afwijzend op toekenning van de uitkering

zal beslissen. De schade van die derde zou dan kunnen liggen in uitgaven die hij in het vooruitzicht van de toegezegde uitkering reeds heeft gedaan.

## ■ 12

### Uitgebreide aansprakelijkheid van fonds en fondsbestuurder

In 1978 zijn door de Regering een drietal wetsontwerpen aangekondigd ter bestrijding van het in de praktijk veelvuldig voorkomende zgn. misbruik van rechtspersonen. Het eerste misbruikontwerp is inmiddels (sedert 1982) wet, de Wet Ketenaansprakelijkheid. Het zogenaamde tweede en derde misbruikontwerp hebben de status van wet op dit moment nog niet verworven. Deze misbruikwetgeving richt zich met name op het misbruik van besloten vennootschappen, welk misbruik zich vooral in de bouwwereld afspeelt en wel in de sfeer van de zogenaamde "koppelbazerij". Een gedeelte van deze misbruikwetgeving heeft ook betrekking op (bepaalde) fondsen en hun bestuurders. Gezien het praktische belang wordt aan deze zgn. misbruikwetgeving hieronder aandacht besteed. Eerst komt de Wet Ketenaansprakelijkheid aan de orde. Vervolgens komt de uitbreiding van de aansprakelijkheid van bestuurders van bepaalde fondsen naar komend recht aan de orde, zoals is neergelegd in het tweede en derde misbruikontwerp.

Voor de goede orde zij er op gewezen dat de regeling van het tweede en derde misbruikontwerp - naar de huidige stand van zaken - voor fondsen van belang is, indien en voorzover zij een onderneming drijven.

## ■ 13

### Wet Ketenaansprakelijkheid

Deze wet, op 1 juli 1982 in werking getreden, voorziet in een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de hoofdaannemer voor afdracht van loonbelasting, omzetbelasting en sociale premies door onderaannemers. Deze regeling legt derhalve een extra aansprakelijkheid voor deze betalingen, naast de onderaannemer, op de hoofdaannemer. Nu, naar wij menen, mag worden aangenomen dat fondsen zich nimmer als hoofdaannemer in de bouwwereld zullen bewegen, zou deze wet verder onbesproken kunnen blijven, ware het niet dat zich een klein addertje onder het gras kan bevinden. In deze wettelijke regeling namelijk,

wordt de zogenaamde "eigenbouwer" gelijk gesteld met de hoofdaannemer. Deze gelijkstelling geldt degene, die zonder daartoe van een opdrachtgever opdracht gekregen te hebben, in de normale uitoefening van zijn bedrijf een werk van stoffelijke aard uitvoert. Wanneer een fonds in eigen beheer bijvoorbeeld een pand zou bouwen c.q. haar toebehorend onroerend goed restaureert, terwijl deze activiteit gerekend kan worden tot de normale uitoefening van haar bedrijf, dan valt zij, wanneer gedeelten van deze werken worden uitbesteed, onder de reikwijdte van de Wet Ketenaansprakelijkheid. Men zij gewaarschuwd. Nadere informatie inzake deze specifieke materie: Federatie Bedrijfsverenigingen, Bos en Lommerplantsoen 1, 1055 AA Amsterdam.

■ 14

## Uitbreiding aansprakelijkheid van de fondsbestuurder naar komend recht

### a. Tweede misbruikontwerp; reikwijdte

In dit tweede misbruikontwerp wordt een persoonlijke aansprakelijkheid geschapen van bestuurders van rechtspersonen ter zake van de betaling van loonbelasting, omzetbelasting, sociale premies en eventuele verplichte pensioenpremies. Onder bepaalde omstandigheden worden de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor betaling van belastingen etc. die de rechtspersoon verschuldigd is, doch niet betaalt.

Dit tweede misbruikontwerp is ook van toepassing op fondsen in verenigings- of stichtingsvorm welke een onderneming drijven en als zodanig vallen onder de werking van de Wet op de Vennootschapsbelasting 1969. Verenigingen en stichtingen vallen onder de Wet op de Vennootschapsbelasting indien en voorzover een onderneming wordt gedreven. Ruwweg wordt het bestaan van een onderneming aangenomen wanneer er sprake is van:

- a. een organisatie die er op is gericht met behulp van kapitaal en arbeid
- b. deel te nemen aan het economisch verkeer
- c. met het oogmerk om winst te behalen.

Voor wat betreft de fiscale positie van een fonds met een onderneming wordt verwezen naar het in deze serie te verschijnen deel met de titel "Fondsen en de fiscus". Reeds hier wordt opgemerkt dat het zeer wel mogelijk is dat een fonds een onderneming drijft en derhalve



als zodanig valt onder de Wet op de Vennootschapsbelasting.

b. Tweede misbruikontwerp; systeem

Zoals opgemerkt verruimt dit ontwerp de aansprakelijkheid van bestuurders van commerciële fondsen. Onder bepaalde omstandigheden, waarin door het fonds niet aan haar verplichtingen jegens fiscus en bedrijfsvereniging wordt voldaan, kan de bestuurder van het fonds in persoon tot betaling worden aangesproken. Deze hoofdelijke aansprakelijkheid geldt niet, zoals wel eens in de praktijk wordt gedacht, alleen de penningmeester of de bestuurder die zich met de financiën bezighoudt, doch iedere bestuurder.

In onderhavig wetsontwerp staat de zogenaamde "meldingsplicht" centraal. Deze meldingsplicht behelst de op iedere bestuurder rustende verplichting om de in het ontwerp genoemde crediteuren (fiscus/bedrijfsvereniging) onverwijld mede te delen wanneer het fonds niet in staat is de verschuldigde belastingen en premies te voldoen. De achterliggende gedachte is dat na melding de wijze van invordering van belastingen en sociale premies kan worden aangepast. Hiermede kan voorkomen worden dat fiscus en bedrijfsvereniging uiteindelijk met zeer hoge, oninbare vorderingen blijven zitten. Geen verplichting zonder sanctie en die sanctie ligt in de aansprakelijkstelling van de tot melding verplichte fondsbestuurders. De regeling is als volgt ontworpen:

Wanneer de betalingsonmacht niet op de juiste wijze is gemeld aan fiscus of bedrijfsvereniging en het fonds blijkt haar verplichtingen niet na te kunnen komen, kan iedere fondsbestuurder in persoon tot betaling van de gehele vordering worden aangesproken.

De bestuurder die zich met zo'n vordering, die in het algemeen niet gering zal zijn, geconfronteerd ziet, moet, wil hij zijn aansprakelijkheid met succes bestrijden, aantonen:

- a. dat het niet melden van de betalingsonmacht van het fonds niet aan hem te wijten is;
- b. als de fondsbestuurder is geslaagd in het leveren van dit bewijs, zal hij ook nog aan moeten tonen dat het ontstaan van de betalingsonmacht niet is te wijten aan zijn kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaar, voorafgaande aan het ingebreke blijven van het fonds.

Zoals uit het bovenstaande blijkt rust de - zware - bewijslast geheel op de bestuurder. Wanneer het Tweede misbruikontwerp tot wet zal zijn geworden is de positie van de bestuurder bij het niet voldoen aan de meldingsplicht, gevolgd door ingebreke blijven van het fonds, verre van aantrekkelijk.

Wanneer daarentegen de betalingsonmacht van het fonds wel tijdig is gemeld is de positie van de fondsbestuurder bij niet betaling van belastingen en premies door het fonds aanmerkelijk gunstiger.

In dat geval kan de bestuurder alleen voor betaling in persoon aansprakelijk worden gesteld, wanneer door de fiscus en/of de bedrijfsvereniging wordt aangetoond:

- a. dat de betalingsonmacht van het fonds is ontstaan door kennelijk onbehoorlijk bestuur van die desbetreffende bestuurder;
- b. in de drie aan de melding voorafgaande jaren.

Ook deze bewijslast is zwaar, maar deze drukt nu op de fiscus c.q. de bedrijfsvereniging.

De bedoeling van het wetsontwerp is de positie van fiscus, bedrijfsvereniging en bedrijfspensioenfonds te verbeteren met de hulp van de bestuurders van het (commerciële) fonds. Gezien de uiterst zware sanctie die iedere bestuurder bij niet-melding bedreigt, lijkt "hulp" van de bestuurders, wanneer dit ontwerp wet wordt, verzekerd.

## ■ 15

### Derde misbruikontwerp

In het zgn. Derde misbruikontwerp wordt de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van een aantal rechtspersonen in ruime mate uitgebreid in het geval die rechtspersoon in staat van faillissement geraakt. Wanneer bij de vereffening van het vermogen van de rechtspersoon de schulden de baten blijken te overtreffen, kunnen de bestuurders en commissarissen (en eventuele 'beleidsbepalers') voor het tekort persoonlijk aansprakelijk gesteld worden door de curator. De curator moet dan bewijzen dat het bestuur van de rechtspersoon kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd en dient aannemelijk te maken dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement van de rechtspersoon is geweest. Of van kennelijk onbehoorlijk bestuur sprake is, zal van geval tot geval

beoordeeld moeten worden. Als kennelijk onbehoorlijk bestuur wordt in bedoeld ontwerp steeds gezien het feit dat een behoorlijke boekhouding ontbreekt. Wanneer de bestuurder die in persoon door de curator wordt aangesproken, zich wil verweren, zal hij moeten aantonen dat er geen sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur. De bestuurder zou aan kunnen tonen dat de déconfiture van de rechtspersoon is te wijten aan externe factoren die het bestuur niet in de hand heeft gehad en dat, bij aanwezigheid van deze factoren, een faillissement ook zou zijn opgetreden als een ander bestuur was gevoerd.

Ook bestuurders van fondsen kunnen met deze nieuwe wettelijke regeling in de toekomst te maken gaan krijgen. Hoewel het misbruik van rechtspersoonlijkheid zich vooral in kringen van vennootschappen afspeelt, is het huidige Derde misbruikontwerp ook van toepassing op verenigingen en stichtingen, voorzover deze aan de heffing van de Vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

Andere onderdelen van dit Derde misbruikontwerp, zoals de verruiming van de zgn. actio Pauliana en de aansprakelijkheid van het fonds dat als bestuurder van een andere rechtspersoon optreedt, moeten hier buiten beschouwing blijven.

## ■ 16

### Samenwerking

In bepaalde gevallen kan het voor een fonds aantrekkelijk zijn tot samenwerking met een zusterorganisatie over te gaan. Voordelen kunnen bijvoorbeeld liggen in het uitwisselen van informatie en know-how op het door de beide fondsen bestreken werkterrein, in het bundelen van twee (kleinere) vermogens ter optimalisering van de werkzaamheden, of in het samenbrengen van administratie en archief in dezelfde ruimte, bijvoorbeeld met deling van secretariaatskosten. In het algemeen zal voorwaarde voor samenwerking tussen twee fondsen zijn, dat identiteit en doelstelling (min of meer) bij elkaar aansluiten.

De wijze en intensiteit waarin een samenwerking tot stand kan komen kan variëren van het geheel vrijblijvend met elkander in contact staan ter uitwisseling van informatie tot een feitelijk en juridisch in elkaar opgaan van twee fondsen. Men denke dan aan situaties waarin het ene fonds zijn vermogen overdraagt aan het andere fonds om op die manier tot een bundeling te geraken.

In dit kader is het Ontwerp van Wet Regeling van de fusie van verenigingen en stichtingen, zoals dit op 15 maart 1984 aan de Tweede Kamer is aangeboden, van belang. (Handelingen Tweede Kamer, vergaderjaar 1983-1984, 18 285). Nu de mogelijkheid van juridische fusie voor naamloze en besloten vennootschappen is ingevoerd (januari 1983) wil de Regering een regeling van gelijke aard maar in eenvoudiger vorm creëren voor verenigingen en stichtingen. In dit ontwerp van wet wordt fusie gedefinieerd als de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt.

## ■ 17

### Twee fusievormen

Zoals uit de gegeven omschrijving blijkt zullen, bij invoering van dit ontwerp als wet, twee vormen van fusie zijn te onderscheiden. In de eerste plaats de fusie waarbij het ene fonds het vermogen van het andere fonds onder algemene titel verkrijgt en in de tweede plaats de fusie waarbij een nieuw fonds wordt opgericht, welk nieuw fonds het vermogen van de twee oude fondsen onder algemene titel verkrijgt.

Verkrijgen onder algemene titel betekent een vermogensovergang waarbij de verkrijger in het geheel van rechten en verplichtingen van zijn voorganger treedt, zoals dit bijvoorbeeld bij erfgenaamschap voorkomt. Verkrijging onder een bijzondere titel is daarentegen de vermogensovergang waarbij de verkrijger slechts in één gedeelte van het vermogen van zijn voorganger treedt, zoals koop gevolgd door eigendomsoverdracht. Voordeel van een verkrijging onder algemene titel bij fusie is dat het vermogen bij de fusie in een keer op het verkrijgende fonds overgaat. Levering van verschillende bestanddelen van het vermogen op de daartoe voorgeschreven wijze, zoals nu nog noodzakelijk is (men denke aan de notariële transportakte; de cessie-akte), is niet meer nodig. Een gevaar bij de verkrijging onder algemene titel is overigens wel dat de verkrijger in feite treedt in de financiële positie van zijn voorganger.

Dat betekent dat ook alle verplichtingen van die voorganger komen te rusten op het verkrijgende fonds. In het algemeen zal het bij fusie

in de toekomst zaak zijn zich een goed beeld te vormen van de financiële positie van de fusiepartner. Dit geldt met name voor het verkrijgende fonds. Bij fusie zullen immers de verkrijgende rechtspersonen blijven bestaan. De overdragende fondsen houden, door het van kracht worden der fusie, op te bestaan.

Hier zij nog opgemerkt dat in principe slechts fusie tussen fondsen mogelijk zal zijn wanneer die fondsen een gelijke rechtsvorm hebben. Grofweg zal juridische fusie slechts mogelijk zijn tussen stichtingen onderling en tussen verenigingen onderling. In de toekomst zal echter zeer wel kunnen blijken, dat op zeker moment fusie tussen twee fondsen, waarvan de één in stichtingsvorm en de ander in verenigingsvorm is opgericht, uiterst wenselijk is. In dit verband doet de Memorie van Toelichting (blz.5) bij het Ontwerp van Wet de voor de hand liggende suggestie de fusie in twee fasen tot stand te brengen. Eerste fase is dan omzetting van de rechtsvorm van één van de twee fondsen, zodat fondsen met een gelijke rechtsvorm ontstaan. In de tweede fase zou dan de juridische fusie tussen deze twee fondsen tot stand gebracht kunnen worden. Dit brengt ons op de omzettingsproblematiek.

## ■ 18

### Omzetting van een fonds

Na oprichting van een organisatie in een bepaalde rechtsvorm kan in de praktijk allengs blijken dat de keuze van de rechtspersoonvorm verkeerd is gemaakt. Men denke bijvoorbeeld aan een stichting die een onderneming drijft. Essentieel verschil tussen de rechtsvorm van een stichting en die van een besloten vennootschap is niet gelegen in bijv. doel of doelstelling, maar in de bestemming van de door de rechtspersoon gemaakte winst.

Zoals bekend, mag de stichting niet tot doel hebben het doen van uitkeringen aan oprichters, bestuurders of andere functionarissen die deel uitmaken van stichtingsorganen, noch aan anderen, tenzij deze laatste uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben. Bij de besloten vennootschap ligt dit principieel anders, nu de winst in beginsel toevloeit aan de aandeelhouders. Wanneer nu de oprichter van de stichting die de onderneming drijft de winst wil toucheren, blijkt de stichtingsvorm verkeerd te zijn gekozen, nu voor deze organisatie de rechtsvorm van de besloten vennootschap (of naamloze ven-

nootschap) de aangewezen vorm zou zijn.

De geschetste situatie kan zich ook bij fondsen voordoen. Men denke aan het fonds in stichtingsvorm opgericht, waar in de loop der jaren de aangeslotenen/donateurs een positie hebben gekregen die niet of nauwelijks verschilt van die van de leden binnen een vereniging. Ook het omgekeerde geval is denkbaar. Het in de rechtsvorm van een vereniging opgerichte fonds kent al jaren geen leden meer en dus ook geen algemene ledenvergadering, zodat het fondsbestuur de relatief autonome positie inneemt die vergelijkbaar is met die van het bestuur van een stichting.

In al deze gevallen kan omzetting van de rechtspersoonsvorm in die vorm aan welker kenmerken men wel voldoet, wenselijk zijn of zelfs noodzakelijk blijken. Dit alles hangt nauw samen met de zgn. "leer van de materiële kenmerken". Deze leer kent als uitgangspunt, dat iedere rechtspersoon moet voldoen aan de kenmerken van die soort rechtspersonen, zoals die in de wettelijke regeling zijn neergelegd. Zo is het belangrijkste, in de wet aangebrachte, onderscheid tussen stichting en vereniging dat de stichting geen leden kent en de vereniging wél. Dit onderscheid wordt, voor wat de stichting betreft, wel aangeduid met het 'ledenverbod' bij stichtingen.

Globaal gesproken wordt met dit ledenverbod bedoeld, dat de stichting geen leden mag hebben en ook geen vergadering van aangesloten/donateurs/gebruikers die binnen de stichting min of meer een gelijke positie inneemt als de algemene ledenvergadering binnen de vereniging. Binnen de stichting mag dus geen orgaan (bijv. een raad van donateurs of een College van Regenten) functioneren dat de bevoegdheid heeft tot bijvoorbeeld benoeming en ontslag van bestuurders, vaststelling van de jaarstukken en statutenwijziging van de stichting. Wanneer een rechtspersoon niet aan zijn materiële kenmerken voldoet, zoals boven bedoeld, dreigt het gevaar van ontbinding door de Arrondissementsrechtbank.

## 'Klassieke' omzetting

Een klassieke wijze van omzetten, bijv. van een fonds X in verenigingsvorm, dat stichting wil worden, is het oprichten van een stichting fonds X. Na oprichting worden de activa, de rechten en de verplichtin-

gen van het oude fonds aan het nieuwe fonds op de daarvoor voorgeschreven wijze overgedragen. Aan de fiscale aspecten van zodanige vermogensoverheveling wordt aandacht besteed in het te verschijnen deeltje "Fondsen en de fiscus". Het verdient ons inziens aanbeveling na de overdracht van de vermogensbestanddelen het oude fonds (vereniging fonds X) te laten voortbestaan. Immers, in geval van te verwachten erfstellingen en legaten zal een erflater zijn testamentaire making richten op de Vereniging fonds X. Wanneer deze vereniging bij het openvallen van de nalatenschap niet meer zou bestaan, zou de nieuwe Stichting fonds X kunnen verdedigen dat zij in feite dezelfde identiteit heeft c.q. te vereenzelvigen is met de verdwenen vereniging X, doch problemen met de uitkering van het legaat of de erfstelling kunnen zich licht voordoen. In veel gevallen zullen immers de erfgenamen van erflater vol verve willen verdedigen dat Papa nimmer heeft bedoeld een gedeelte van zijn vermogen aan de Stichting fonds X te laten toekomen.

■ 20

## Omzetting op initiatief van het Openbaar Ministerie

Naast de hierboven als 'klassiek' aangeduide omzetting kent de wettelijke regeling (Titel 1, Algemeen deel, art. 19 en 20 Boek 2 BW) ook een andere wijze van omzetting. Zoals reeds aan de orde is gesteld, brengt de leer van de materiële kenmerken met zich mee dat iedere rechtspersoon dient te voldoen aan de wettelijke omschrijving van de soort welke door de oprichters werd gekozen. Wanneer dit niet (meer) het geval is kan die rechtspersoon op vordering van het Openbaar Ministerie door de Arrondissementsrechtbank worden ontbonden. Wanneer ontbinding om genoemde reden wordt gevorderd bepaalt de wet, dat de rechtbank de ontbinding niet uitspreekt alvorens het fonds in de gelegenheid te hebben gesteld haar statuten in overeenstemming met de wettelijke omschrijving te brengen, danwel te worden omgezet in een andere rechtspersoonsvorm onder wiens omschrijving het fonds wel valt. De keuze is derhalve in het algemeen ontbinding of omzetting.

■ 21

## Omzetting op initiatief van het fonds

Ook het bestuur van het fonds kan het initiatief tot omzetting in de

hierboven bedoelde zin nemen. Wanneer het bestuur meent dat het gevaar van een vordering tot ontbinding van het fonds door het Openbaar Ministerie om bovenstaande redenen (strijd met wettelijke omschrijving) dreigt, kan het bestuur op eigen initiatief de rechtbank verzoeken machtiging tot omzetting te verlenen. Wanneer de rechtbank instemmend op dit verzoek reageert wordt een termijn bepaald waarbinnen omzetting zal plaats moeten vinden.

Een beperking van de denkbare mogelijkheid tot misbruik van de omzettingsregeling wordt gevonden in de wettelijke bepaling, dat gedurende tien jaren na de omzetting een besluit tot ontbinding van het fonds slechts geldig is, wanneer de bestemming van het batig saldo, dat na de vereffening resulteert, door de Minister van Justitie is goedgekeurd.

Volgens de wet moet omzetting geschieden volgens de bepalingen omtrent oprichting van een nieuwe rechtspersoon. Omzetting doet de rechten en plichten van de oude rechtspersoon onder algemene titel op de nieuwe rechtspersoon overgaan. Deze overgang vindt van rechtswege (automatisch) plaats op het moment van de omzetting, op welk zelfde moment de oude rechtspersoon in het niets is opgelost. Het leerstuk der omzetting is, zoals wel is gebleken, tamelijk complex en ingewikkeld. Wanneer plannen tot omzetting bestaan of een vordering tot ontbinding door de rechtbank dreigt, raadplege men zonder aarzeling een deskundige notaris.

## ■ 22

### Einde van het fonds

Tot slot van de oriënterende beschouwing over plaats en functioneren van fondsen in het recht nog een enkel woord over het einde van het fonds. Het einde kan vanwege het fonds zelf worden "bewerkstelligd", maar ook door rechterlijke beschikking kan het einde intreden. Rechterlijke ontbinding van het fonds vindt nimmer op eigen initiatief van de rechter plaats, doch dient door het Openbaar Ministerie te worden gevorderd en kan zelfs, in bepaalde gevallen, op verzoek van een belanghebbende geschieden.

Enkele voorbeelden van situaties waarin de rechtbank de ontbinding van het fonds kan uitspreken.

Op vordering van het Openbaar Ministerie kan ontbinding worden uitge-



sproken wanneer het fonds een verboden doel heeft of wanneer de feitelijke activiteiten van het fonds verboden zijn, als ook wanneer het fonds in ernstige mate in strijd handelt met haar statuten. Reeds is aan de orde gesteld dat ontbinding van het fonds ook kan worden gevorderd wanneer het niet meer voldoet aan de wettelijke omschrijving van haar rechtsvorm. In dat geval wordt echter steeds de mogelijkheid tot statutaire aanpassing of omzetting geboden alvorens ontbinding wordt uitgesproken.

Het fonds kan eveneens op verzoek van een belanghebbende worden ontbonden wanneer bijvoorbeeld gebreken kleven aan de oprichtingshandeling of wanneer de notariële akte gebreken vertoont. Men denke bijvoorbeeld aan strijd met het voorschrift dat de statuten in de Nederlandse taal zijn gesteld of het voorschrift dat de statuten het doel van het fonds dienen te bevatten.

Een fonds in stichtingsvorm kan ook op vordering van het Openbaar Ministerie of op verzoek van een belanghebbende worden ontbonden wanneer haar vermogen ten ene male onvoldoende is voor de verwezenlijking van haar doel terwijl het in hoge mate onwaarschijnlijk is dat binnen afzienbare tijd wel voldoende vermogen zal worden verkregen.

Het fonds wordt, buiten de Arrondissementsrechtbank om, ook ontbonden wanneer zulks bijvoorbeeld statutair is bepaald (fonds opgericht voor bepaalde tijd) of wanneer tot ontbinding wordt besloten door het tot het nemen van dat besluit (statutair) bevoegde orgaan van het fonds.

Ontbinding van het fonds betekent niet direct het einde van het fonds. Na ontbinding blijft het fonds bestaan voor zover zulks nodig is in het kader van de vereffening van haar vermogen. Vereffening geschiedt door de vereffenaars, welke meestal worden benoemd door het orgaan dat het besluit tot ontbinding neemt. Bij het einde van het fonds van rechtswege, bijv. door verstrijken van de termijn waarvoor het werd opgericht, treden de bestuurders als vereffenaars op, tenzij statutair andere vereffenaars worden aangewezen. Wanneer ontbinding van het fonds door de rechtbank plaatsvindt worden bij deze beschikking tevens de vereffenaars benoemd. Wanneer de ontbinding geschiedt doordat na faillissement een staat van insolventie bestaat, treedt de faillissementscurator als vereffenaar op.

Blijkt na vereffening een batig saldo te resulteren dan geven de fondsstatuten of reglementen meestentijds de bestemming daarvan aan. Wanneer zulks niet is gebeurd vervalt het batig saldo van het fonds in de vorm van een stichting aan de Nederlandse staat en bij het fonds in verenigingsvorm aan de leden.

In het Ontwerp Invoeringswet Boek 3, 5 en 6 NBW wordt voorgesteld als nieuw minimumvereiste aan de statuten te stellen, dat bestemming van het batig saldo daarin met zoveel woorden wordt geregeld.

Leiden/Amsterdam

Augustus 1984

Mr C.A. Schwarz

Mr B. Wessels

# Literatuur

- C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, deel II, de rechtspersoon, 5e druk, bew. door W.C.L. van der Grinten, uitg. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle (1980)
- Besturen in verandering. Handboek voor verenigingen, stichtingen en andere vrijwillige organisaties (losbladig), onder red. van P.L. Dijk e.a., uitg. Samsom, Alphen aan den Rijn
- P.L. Dijk en T.J. van der Ploeg, Van de vereniging en de stichting, uitg. Gouda Quint, Arnhem (1982)
- J.A.T.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht, deel 4 serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, 2e druk, uitg. Kluwer, Deventer (1978)
- L. Hardenberg, De qualificatie van oude rechtspersonen, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 1979, nrs.5480/5841
- A.G. Lubbers, Vereniging en stichting, gewoon in praktijk, serie Recht en Welzijn nr. 12, uitg. Van Loghum Slaterus/W.E.J. Tjeenk Willink (1983)
- T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in boek 2 BW, deel 17 serie Vennootschaps- en rechtspersonenrecht, uitg. Kluwer, Deventer (1978)
- C.A. Schwarz en B. Wessels, De Stichting, serie Kluwers Fiscale en Juridische Wegwijzers, deel 9, uitg. Kluwer, Deventer (1983).
- B. Wessels en C.A. Schwarz, Stichting en fiscus, Kluwer belastingwijzers, deel 13, Kluwer, Deventer (1984).