

# ARTIKEL 2:2 BW: EEN UITSCHAKELBEPALING

José Blanco Fernández\*

In een reeks over schakelbepalingen is artikel 2:2 BW misschien een vreemde eend in de bijt. Het artikel gaat over kerkgenootschappen en bepaalt dat deze organisaties door hun eigen statuut, en niet door het Nederlandse recht, worden geregeerd. Het artikel is daarom meer een uitschakel- dan een schakelbepaling.

## 1 Inhoud en achtergrond van de uitschakeling

Kerkgenootschappen zijn religieuze organisaties. Zij bestaan in het recht als gevolg van de uitoefening van het recht van vrijheid van godsdienst en levensovertuiging van individuen. Dit recht heeft, naast een privédimensie, die de rechthebbende in staat stelt zijn geloof te beleven, ook een sociale dimensie, die het voor recht-hebbende mogelijk maakt samen met anderen dat recht in het maatschappelijk verkeer uit te oefenen. Artikel 9 EVRM bepaalt bijvoorbeeld dat eenieder recht heeft 'op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om [...] hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als privé zijn godsdienst te belijden...'<sup>1</sup> Artikel 2:2 BW is een uitvloeisel van dit grondrecht.

Het eerste lid kent aan kerkgenootschappen rechtspersoonlijkheid toe. Kerkgenootschappen kunnen aan het vermogensrechtelijke verkeer als zelfstandige dragers van rechten en plichten deelnemen. Rechtspersoonlijkheid wordt ook toegekend aan de zelfstandige onderdelen van het kerkgenootschap en aan overkoepelende verbanden van kerkgenootschappen, als uit het statuut blijkt dat het de bedoeling is dat het onderdeel of verband rechtspersoonlijkheid heeft. Het is immers mogelijk dat het kerkgenootschap volgens het eigen statuut aan een entiteit enige zelfstandigheid toekent zonder daaraan tevens rechtspersoonlijkheid te verbinden. Denk bijvoorbeeld aan een koor.

In het tweede lid komt de uitschakelende werking van artikel 2:2 BW ten faveure van het kerkelijke statuut tot uitdrukking. Deze uitschakeling moet niet als een noodzaak worden gezien. De wetgever had ervoor

### Artikel 2:2 BW

- 1 Kerkgenootschappen alsmede hun zelfstandige onderdelen en lichamen waarin zij zijn verenigd, bezitten rechtspersoonlijkheid.
- 2 Zij worden geregeerd door hun eigen statuut, voor zover dit niet in strijd is met de wet. Met uitzondering van artikel 5 gelden de volgende artikelen van deze titel niet voor hen; overeenkomstige toepassing daarvan is geoorloofd, voor zover deze is te verenigen met hun statuut en met de aard der onderlinge verhoudingen.

kunnen kiezen de deelname van kerkgenootschappen aan het rechtsverkeer te regelen door het gebruik van rechtspersonen van het Nederlandse recht verplicht te stellen. Daarvoor zouden vooral de vereniging en de stichting in aanmerking komen. Maar deze keuze is niet gemaakt. De wetgever heeft hier ruim baan aan de vrijheid van inrichting van gelovigen willen geven.

Het heeft goede zin de eigen rechtspersoonlijkheid van kerkgenootschappen te erkennen. Deze organisaties zijn namelijk buitengewoon divers. Die diversiteit zal vaak samenhangen met overwegingen van godsdienstige aard, waarbij de staat, vanwege het beginsel van scheiding van kerk en staat, het beste op gepaste afstand kan blijven. Een voorbeeld. Het bestuur van een rechtspersoon is in ons rechtspersonenrecht collectief verantwoordelijk voor de uitoefening van zijn taak (art. 2:9 BW). Met dit collectieve karakter van de bestuursverantwoordelijkheid hangt samen dat alle bestuurders in een enigszins vergelijkbare positie verkeren. Wáár de grenzen van deze gelijkheid precies liggen, kan hier in het midden blijven. Het is voldoende te constateren dat het recht grenzen stelt. Voor de NV en BV bepaalt de wet bijvoorbeeld

dat aan bestuurders een verschillend aantal stemmen kan worden toegekend, zolang één bestuurder de andere bestuurders niet overstemt (art. 2:129/239 lid 2 BW). Bij het trekken van deze grenzen maakt de wetgever afwegingen die nauw samenhangen met het functioneren van rechtspersonen en met wat de wetgever van bestuurders verwacht. Bij religieuze organisaties is het voor de wetgever lastiger deze afwegingen te maken. En zo is het, om bij ons voorbeeld te blijven, mijns inziens ongetwijfeld mogelijk dat het statuut van een kerkgenootschap bepaalt dat één bestuurder de anderen mag overstemmen. Net zoals dat geldt voor de rechtspersonen van het Nederlandse recht, zal aan de regeling van de stemverhouding een bepaalde afweging ten grondslag liggen, maar deze afweging kan verbonden zijn met religieuze overwegingen. Het is beter dat de rechter daarbij zo min mogelijk betrokken raakt.

## 2 Grenzen van de uitschakeling

De uitschakeling van het Nederlandse recht door artikel 2:2 BW is niet absoluut. Het artikel bepaalt dat het kerkelijke statuut van toepassing is 'voor zover dit niet in strijd is met de wet'. Het is mogelijk dat het Nederlandse recht zich aan het kerkelijke statuut opdringt, of anders gezegd, dat het in eerste instantie uitgeschakelde Nederlandse recht alsnog wordt ingeschakeld. Wanneer is dat aan de orde? Op dit punt is de tekst van artikel 2:2 BW niet helemaal een betrouwbare gids. De woorden 'in strijd met de wet' moeten niet letterlijk worden verstaan. Niet elke strijdigheid met de wet, ook niet met een dwingende wetbepaling, zet het statuut opzij. De wet waarvan hier sprake is, moet een regel van bijzonder



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

dwingend recht zijn. Het gaat om strijdigheid met bepalingen die de Nederlandse openbare orde raken. De parlementaire geschiedenis noemt in dit verband het nogal krasse voorbeeld van het verbod op mensenoffers.<sup>2</sup> Beter hanteerbaar is waarschijnlijk de afbakening: 'een beperkt aantal bepalingen omtrent misdrijven volgens het Wetboek van Strafrecht die van fundamentele aard zijn'.<sup>3</sup>

De problematiek van het terzijde schuiven van het kerkelijke statuut, en het 'inschakelen' van het Nederlandse recht, kan worden geïllustreerd aan de hand van het kerkgenootschap dat in strijd handelt met de Nederlandse openbare orde. Stel dat het kerkgenootschap in strijd met de wet hallucinerende middelen gebruikt tijdens zijn godsdienstige oefeningen.<sup>4</sup> Het deel van het statuut dat een dergelijk gebruik voorschrijft, kan geen aanspraak op gelding maken. Als het kerkgenootschap, ondanks

aanmaning om het gebruik van de middelen te staken, met het gebruik ervan doorgaat, rijst de vraag of de rechter het kerkgenootschap kan verbieden en ontbinden. Het antwoord daarop is niet evident. Voor de rechtspersonen die in Boek 2 BW worden geregeld bepaalt artikel 2:20 BW dat een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid of het doel in strijd is met de openbare orde door de rechter verboden verklaard en ontbonden wordt. Het artikel is niet op kerkgenootschappen van toepassing, omdat ontbinding een aangelegenheid is die door het eigen statuut wordt beheerst.

De Raad van State acht overeenkomstige toepassing van artikel 2:20 BW in een recent advies echter wel mogelijk. Het advies is gegeven naar aanleiding van een voorstel om in artikel 2:2 BW uitdrukkelijk te bepalen dat artikel 2:20 BW op een kerkgenootschap van toepassing is.<sup>5</sup> De Raad van State acht een dergelijke wijziging

niet nodig omdat, kort gezegd, het doel dat het wetsvoorstel wil bereiken, nu al bereikbaar is via analogische toepassing. Voor zover het statuut van een kerkgenootschap in strijd is met relevante regels van dwingend recht, heeft het statuut geen gelding (art. 2:2 lid 2 BW), aldus de Raad van State. Het statuut kan dan ook niet aan de overeenkomstige toepassing van artikel 2:20 BW in de weg staan.<sup>6</sup>

Ik heb toch twijfels bij deze redenering. Als het statuut op het relevante punt – in ons voorbeeld: de ontbindingsbepalingen – opzij wordt gezet, dan wordt artikel 2:20 BW niet analoog maar rechtstreeks toegepast. Artikel 2:20 BW doorbreekt het kerkelijke statuut vanwege een dwingende eis van Nederlandse openbare orde (de volksgezondheid), en niet vanwege enige analogie tussen de betrokken kerkelijke en de civiele verhoudingen. De weg van de analogie laat bovendien onzekerheid bestaan over de mogelijke toepasselijkheid van andere bepalingen die in dit verband voor toepassing in aanmerking kunnen komen, zoals de maatregelen inzake het vermogen van de ontbonden rechtspersoon voorzien in artikel 2:22 en 23 BW. Ik zou denken dat een andere weg de voorkeur verdient. Dat is de weg van de analogie tussen Nederlandse kerkgenootschappen en buitenlandse kerkgenootschappen die in Nederland actief zijn. Beide soorten kerkgenootschappen verkeren op de hier relevante punten in een analoge positie, namelijk de toepasselijkheid van het eigen statuut enerzijds en de noodzaak van doorbreking van het statuut uit hoofde van de Nederlandse openbare orde anderzijds. Voor buitenlandse kerkgenootschappen geldt krachtens artikel 10:122 BW dat onder meer de artikelen 2:20, 22 en 23 BW van toepassing zijn. Artikel 10:122 BW geldt niet voor Nederlandse rechtspersonen, zoals een Nederlandse kerkgenootschap. Maar de gesignaleerde analogie tussen een buitenlands en een Nederlands kerkgenootschap is volgens mij een betere rechtvaardiging voor extensieve toepassing van artikel 10:120 BW op Nederlandse kerkgenootschappen dan de wankele analogie tussen Nederlandse kerkelijke en civiele verhoudingen die de Raad van State voor ogen staat. Extensieve toepassing van artikel 10:122 BW heeft ook het voordeel dat de toepasselijkheid van andere bepalingen, zoals artikel 2:22 en 23 BW, buiten twijfel komt te staan.<sup>7</sup>

Wat van de gevolgde route ook zij, de uitkomst is in ieder geval dat de uitschakelende werking van artikel 2:2 BW enige begrenzing kent. ■

\* Mr. J.M. Blanco Fernández is advocaat te Amsterdam.

1 Ik spreek in het vervolg over het recht op vrijheid van godsdienst.

2 *Parl. Gesch. Boek 2* 1962, p. 85 en *Parl. Gesch. Inv.* 3, 5 en 6, *Aanpassing BW* 1991, p. 135.

3 *Parl. Gesch. Inv.* 3, 5 en 6, *Aanpassing BW* 1991,

p. 125.

4 Deze situatie was aan de orde in HR 9 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2497 en EHRM 6 mei 2014, 28167/07 (*Fränklin-Beentjes and Ceflu-Luz da Floresta v. The Netherlands*).

5 *Kamerstukken II* 2016/17, 34465, 4. Een vrijwel

gelijkluidend voorstel is eerder gedaan: *Kamerstukken II* 2003/04, 29757, 1-3.

6 *Kamerstukken II* 2016/17, 34465, 4, p. 3.

7 *Asser/Rensen 2-III\** 2012/398 (dit hoofdstuk van het boek is van mijn hand).