

**DE ROL EN POSITIE VAN DE RAAD VAN TOEZICHT  
VAN DE STICHTING**

Verkorte citeerwijze: Van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (IVOR nr. 112) 2018/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting*, (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Omslagontwerp: Hans Roenhorst, [www.wwh2rplus.nl](http://www.wwh2rplus.nl)

ISBN 978 90 13 14932 6

ISBN 978 90 13 14933 3 (E-book)

NUR 827-715

© 2018, M.J. van Uchelen-Schipper

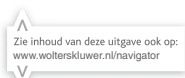
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements) overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten.

Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen. Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op [www.wolterskluwer.nl](http://www.wolterskluwer.nl) of kunt u opvragen bij onze klantenservice.



**NAVIGATOR**

**De rol en positie van de raad van toezicht  
van de stichting**

*The role and position of the supervisory board of the Dutch foundation  
(with a summary in English)*

**Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Universiteit Utrecht op gezag van de rector magnificus,  
prof. dr. G.J. van der Zwaan, ingevolge het besluit van het  
college voor promoties in het openbaar te verdedigen op  
dinsdag 10 april 2018 des middags te 12.45 uur

door

Marleen Josefien van Uchelen-Schipper

geboren op 11 januari 1973 te Berkel en Rodenrijs

**Promotoren:** Prof. mr. M.L. Lennarts  
Prof. mr. D.F.M.M. Zaman

## Woord vooraf

Dit boek bevat de bevindingen van het promotieonderzoek van mr. Marleen van Uchelen-Schipper naar de rol en positie van de raad van toezicht van de stichting. De promotie vond plaats op 10 april 2018 aan de Universiteit Utrecht. Als promotoren traden op prof. mr. M.L. Lennarts en prof. mr. D.F.M.M. Zaman.

De actualiteitswaarde van het door Van Uchelen-Schipper verrichte onderzoek is hoog. De rol van intern toezicht bij stichtingen staat al enige tijd in de schijnwerpers, vooral vanwege incidenten bij grote zorginstellingen, woningcorporaties en hogescholen. Stichtingen worden echter ook gebruikt voor andere doeleinden, bijvoorbeeld voor goede doelen en voor het beheren van familievermogen, en als administratiekantoor of pensioenfonds. Van Uchelen-Schipper meent dat niet iedere stichting een raad van toezicht nodig heeft. Bovendien kan gekozen worden voor een andere vorm van interne controle. Maar als een raad van toezicht wordt ingesteld, moet volgens haar duidelijk zijn wat de taak en de kernbevoegdheden van de raad van toezicht zijn.

In 2013 verscheen het Rapport ‘Een lastig gesprek’ van de Commissie Halsema over maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector. Mede naar aanleiding van dit rapport heeft de wetgever voorgesteld de taak van leden van het toezichthoudende orgaan van alle rechtspersonen, dus ook van stichtingen, in een algemene regeling in Boek 2 BW vast te leggen. Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen is op 8 juni 2016 bij de Tweede Kamer ingediend. Sindsdien heeft het wetgevingstraject enige tijd stilgelegen, maar naar verwachting zal het Wetsvoorstel binnenkort in de Tweede Kamer worden behandeld.

Met haar bevindingen levert Van Uchelen-Schipper een waardevolle bijdrage aan het debat over het Wetsvoorstel. Zij onderschrijft de noodzaak van vastlegging in Boek 2 BW van de taak en kernbevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting, maar vraagt daarbij aandacht voor belangrijke verschillen tussen de rol en positie van toezichthouders bij stichtingen en toezichthouders bij andere rechtspersonen. Deze verschillen hangen samen met het feit dat de stichting een doelgebonden vermogen heeft en het feit dat controle op het bestuur door een algemene vergadering van leden of aandeelhouders ontbreekt. Het bijzondere karakter van de stichting brengt volgens Van Uchelen-Schipper mee

## WOORD VOORAF

dat de raad van toezicht bij de stichting een eigen wettelijke regeling verdient in de stichtingentitel van Boek 2 BW. Van Uchelen-Schipper doet in dit proefschrift een aantal concrete aanbevelingen voor de inhoud van een dergelijke regeling.

Naast aanbevelingen aan de wetgever bevat dit proefschrift ook handreikingen voor opstellers van sectorale governancecodes. Van Uchelen-Schipper beschrijft bovendien verschillende instrumenten die goed toezicht kunnen bevorderen. Het onderzoek is daarmee ook nuttig en bruikbaar voor de praktijk: niet alleen voor adviseurs, maar ook voor degenen die zelf toezicht houden of overwegen dat te gaan doen.

Met genoegen nemen wij dit proefschrift op in de reeks van uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht van de Rijksuniversiteit Groningen en de Erasmus Universiteit Rotterdam.

*H.E. Boschma*

*J.N. Schutte-Veenstra*

## Dankwoord

Als je iets doet, moet je het goed doen. Dat motto heb ik van huis uit meegekregen. Met die gedachte als richtsnoer ben ik een aantal jaar geleden, naast mijn werk, aan mijn promotie-onderzoek begonnen. Ik werd geënthousiasmeerd en op weg geholpen met schrijven door Joti Roest. Als vaste medewerker van Rechtspraak Ondernemingsrecht schreef ik talloze “wenken”. Toen ik een preadvies over bestuur en toezicht bij stichtingen schreef, voorzag zij mij van waardevolle en altijd opbouwende kritische inbreng. Het schrijven van een preadvies smaakte naar meer.

De discussies op kantoor in de afgelopen jaren met onder meer Martine Bijkerk, Philippe König, Philippe Stille en Paul de Vries waren een slijpsteen voor de geest. In het bijzonder heb ik van Martine geleerd om altijd alles rustig van meerdere kanten te bekijken, altijd kritisch te blijven en niet te snel tevreden te zijn over het uiteindelijke stuk of het advies voor je cliënt. Ik heb het geluk gehad om bij Houthoff, ook buiten het notariaat, inspirerende en energieke mensen te ontmoeten, zoals Marielle Koppenol, die zorgde voor mijn eerste publicatie, en Marry de Gaay Fortman, die haar ervaringen als toezichthouder deelde. Ook mijn andere directe collega's, in het bijzonder de PSL's en de (kandidaat-) notarissen met wie ik de afgelopen jaren heb gewerkt, hebben zich betrokken getoond en boden vaak een luisterend oor.

Mijn man hield me voor dat voor veel dingen in het leven geldt, dat niet alleen het resultaat, maar ook de weg er naar toe belangrijk is. Ik heb geprobeerd de weg naar mijn promotie zo leuk mogelijk te maken. Hoewel promoveren soms een struggle is, vooral een struggle met jezelf, heb ik van het proces genoten. De gesprekken met mijn promotoren Loes Lennarts en Niek Zaman, vaak tijdens gezellige lunches, gaven mij iedere keer weer inspiratie en energie. Loes en Niek boden mij bovendien een podium. Zij gaven mij de gelegenheid om artikelen te schrijven en voordrachten te houden op Utrechtse symposia. Ik ben hen daarvoor zeer erkentelijk.

Ik ben bijzonder trots dat Barbara Bier, Hylda Boschma, Louis Houwen, Günther Rensen en Jaap Sijmons deel wilden uitmaken van mijn beoordelingscommissie. Zij boden mij, met name ook door hetgeen zij hebben gepubliceerd, veel waardevolle inzichten.

## DANKWOORD

Mijn vader heeft als eerste mijn hele boek gelezen. Naast mijn vader is mijn moeder nog steeds, bijna tien jaar na haar overlijden, een inspiratiebron. Zij heeft mijn zusje Alies en mij geleerd dat het belangrijk is om zelfstandig te denken, je zelfstandige positie te bewaken en af te maken waar je mee begonnen bent.

Tot slot wil ik mijn man Pieter en onze kinderen, Willemijn en Maarten, bedanken voor hun steun, geduld en belangstelling. Er zullen weinig pubers zijn die de term “stichting” zo vaak gehoord hebben en die vragen wat een “raad van toezicht” nou eigenlijk doet.

Heemstede, 4 februari 2018  
*Marleen van Uchelen-Schipper*



# Inhoud

<b>Woord vooraf</b>	V
<b>Dankwoord</b>	VII
<b>Lijst van gebruikte afkortingen</b>	XVII
<b>Hoofdstuk 1.</b> Onderwerp en verantwoording	1
1.1 Onderwerp; onderzoeksvraag	1
1.2 Verantwoording	1
<b>Hoofdstuk 2.</b> Terminologie, definities, afbakening en onderzoeksopzet	3
2.1 Terminologie en keuzes	3
2.2 Definities en afbakening	6
2.3 Methode en opzet	12
<b>Hoofdstuk 3.</b> Historische ontwikkelingen op het gebied van governance bij stichtingen in vogelvlucht	15
3.1 Inleiding	15
3.2 Het eerste stichtingenrecht (Wet op stichtingen 1956)	15
3.2.1 Inleiding	15
3.2.2 Voorlopers van de stichting: klassieke doelvermogens en <i>piae causae</i>	16
3.2.3 Achtergrond WS 1956: het tegengaan van rechtsonzekerheid en het voorkomen van misbruik van de vereniging	20
3.2.4 Materiële kenmerken	23
3.2.5 Ontstaansvereisten	24
3.2.6 Doeleinden en soorten stichtingen	26
3.2.7 Bepalingen omtrent de organisatie van de stichting en bestuursmodellen	28
3.2.8 Corrigerende bevoegdheden ten aanzien van bestuurders via de rechter	30
3.2.9 Toezichthoudend orgaan	31
3.2.10 Samenvatting en conclusies	33
3.3 Governanceontwikkelingen in de jaren '70, '80 en '90	35
3.3.1 Inleiding	35
3.3.2 Invoering Boek 2 BW: één wettelijke regeling voor alle soorten stichtingen	35
	IX

## INHOUD

3.3.3	Invoering Boek 2 BW: regels voor stichtingen met een onderneming en regels voor het toezichthoudend orgaan?	37
3.3.4	Wettelijke taakomschrijving van commissarissen en invoering structuurregeling	39
3.3.5	Democratisering van door de overheid gesubsidieerde instellingen (semipublieke instellingen) in de jaren '70, '80 en '90	45
3.3.6	(Medezeggenschaps-)rechten van belanghebbenden in sectorale wetgeving sinds de jaren '90	47
3.3.7	Introductie van het enquêterecht in de jaren '90	48
3.3.8	Bestuursmodellen van grote stichtingen in de jaren '80 en '90	50
3.3.9	Samenvatting en conclusies	52
3.4	Professionalisering van bestuur en toezicht en zelfregulering	54
3.4.1	Inleiding	54
3.4.2	Zelfregulering bij (beurs)vennootschappen	54
3.4.3	Zelfregulering en het ontstaan van governancecodes voor stichtingen in bepaalde sectoren	56
3.4.4	Voorschriften en keuzes omtrent bestuursmodellen in sectorregels en sectorale governancecodes	61
3.4.5	Samenvatting en conclusies	65
3.5	Wetgevingsinitiatieven rondom de maatschappelijke onderneming, semipublieke instellingen en wetten op het gebied van bestuur en toezicht	67
3.5.1	Inleiding	67
3.5.2	Wetgevingsinitiatieven rondom “maatschappelijke ondernemingen”	67
3.5.3	Interne aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht, uitbreiding enquêterecht en civielrechtelijk bestuursverbod	70
3.5.4	Rapporten naar aanleiding van incidenten in de semipublieke sector	73
3.5.5	Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	77
3.5.6	Samenvatting en conclusies	80
3.6	Hoofdstuksamenvatting en conclusies	81
<b>Hoofdstuk 4. Materiële kenmerken van de stichting en de betekenis daarvan voor de raad van toezicht</b>		85
4.1	Inleiding	85
4.2	Historisch onderscheid tussen rechtspersonen, normaaltypen en wettelijke kenmerken	86
4.2.1	Inleiding	86
4.2.2	Corporatieve rechtspersonen en stichtingen	86
4.2.3	Normaaltipe stichting van Meijers	89
4.2.4	Formele en materiële kenmerken op grond van het huidige recht	92

## INHOUD

4.2.5	Sancties op het niet voldoen aan materiële kenmerken	94
4.2.6	Belang van materiële kenmerken en kritiek op normaaltypen; volstaat het normaaltype van Meijers nog?	96
4.2.7	Samenvatting en conclusies	98
4.3	Het doel en de werkzaamheden van de stichting	100
4.3.1	Inleiding	100
4.3.2	Voorlopers van de stichting; inhoud van het doel	100
4.3.3	Vrijheid bij vaststelling van het doel; uitleg van het doel	104
4.3.4	Belang van een duidelijk en concreet doel en doeloverschrijding	107
4.3.5	Samenvatting en conclusies	109
4.4	Wijziging van het stichtingsdoel	110
4.4.1	Inleiding	110
4.4.2	De mogelijkheid van doelwijziging; wil van de stichter	111
4.4.3	Doelwijziging door de rechter	115
4.4.4	Is doelwijziging geoorloofd?	125
4.4.5	Wijzigingsbevoegdheid en goedkeuringsbevoegdheid	129
4.4.6	Samenvatting en conclusies	131
4.5	Doelgebonden vermogen	133
4.5.1	Inleiding	133
4.5.2	Bescherming van het doelgebonden vermogen bij rechtsvormwijziging; WS 1956 en Invoeringswet NBW	134
4.5.3	Omzetting op grond van het huidige recht; vermogensklem	136
4.5.4	Bescherming van het doelgebonden vermogen bij statutenwijziging, juridische fusie en splitsing van de stichting	139
4.5.5	Herstructureren, doorzakken en inbrengen van vermogen in dochtervennootschappen of dochterstichtingen	143
4.5.6	Bescherming van het doelgebonden vermogen bij ontbinding en vereffening	147
4.5.7	Samenvatting en conclusies	149
4.6	Uitkeringsverbod	151
4.6.1	Inleiding	151
4.6.2	Uitkeringsverbod in de WS 1956	151
4.6.3	Uitkeringen aan twee groepen	153
4.6.4	Reikwijdte; orgaanbegrip in de zin van artikel 2:285 lid 3 BW	154
4.6.5	Begrip uitkering; rol van de raad van toezicht	156
4.6.6	Rol van de raad van toezicht; vergoedingen aan bestuurders en aan derden	157
4.6.7	Gevolgen van strijd met het uitkeringsverbod	159
4.6.8	Samenvatting en conclusies	160
4.7	Ledenverbod	161
4.7.1	Inleiding	161
4.7.2	Stichting B.W.T.-arrest	161
4.7.3	Parlementaire geschiedenis WS 1956	162
4.7.4	Welke (combinaties van) bevoegdheden kunnen leiden tot overtreding van het ledenverbod?	166
4.7.5	Gevolg van overtreding van het ledenverbod	170

## INHOUD

4.7.6	Kan de raad van toezicht het ledenverbod overtreden?	172
4.7.7	Samenvatting en conclusies	174
4.8	Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen	175
<b>Hoofdstuk 5. Algemene taak van de raad van toezicht, toezichthoudende bevoegdheden en informatievoorziening</b>		
5.1	Inleiding	179
5.2	Wanneer is sprake van een raad van toezicht?	180
5.2.1	Inleiding	180
5.2.2	Orgaanbegrip	181
5.2.3	Wijze van benoeming en ontslag	186
5.2.4	Benaming en/of taak van belang voor kwalificatie; formele of materiële benadering?	189
5.2.5	Voorbeelden van organen die wel en niet kwalificeren als raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp	193
5.2.6	Leden van de raad van toezicht: rechtspersonen en/of natuurlijke personen?	197
5.2.7	Samenvatting en conclusies	201
5.3	De algemene taak van de raad van toezicht; overeenkomsten en verschillen tussen stichtingen en andere rechtspersonen	202
5.3.1	Inleiding	202
5.3.2	Kerntaken van bestuur en toezicht	203
5.3.3	Verschillen tussen de raad van commissarissen en de raad van toezicht in verband met toezicht op doelverwezenlijking	206
5.3.4	Verschillen tussen de raad van commissarissen en de raad van toezicht in verband met toezicht op vermogensbeheer	213
5.3.5	De wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen en de raad van toezicht; uniformeren?	216
5.3.6	De adviserende taak	218
5.3.7	Samenvatting en conclusies	220
5.4	Spanning tussen beleidsbepaling en beleidscontrole	222
5.4.1	Inleiding	222
5.4.2	Beleidsbepaling en beleidscontrole	222
5.4.3	Intensivering van toezicht; onderscheid tussen bestuur en toezicht	226
5.4.4	Voorbeelden van situaties van intensievere bemoeienis	228
5.4.5	Samenvatting en conclusies	232
5.5	Toezichthoudende bevoegdheden	233
5.5.1	Inleiding	233
5.5.2	Zelfstandige toezichthoudende bevoegdheden, gedeelde bevoegdheden en goedkeuringsbevoegdheden	233
5.5.3	Verschillen tussen corporatieve rechtspersonen en stichtingen in verband met zelfstandige bevoegdheden	235
5.5.4	Vaststelling van de jaarrekening en decharge van bestuurders	239
5.5.5	Schorsing van bestuurders	241
5.5.6	Benoeming en ontslag van bestuurders	244
5.5.7	Tegenstrijdig belang van bestuurders	246

## INHOUD

5.5.8	Vertegenwoordiging bij belet of ontstentenis van bestuurders	251
5.5.9	Instructiebevoegdheid	254
5.5.10	Aan wie komt de “restbevoegdheid” toe?	260
5.5.11	Samenvatting en conclusies	262
5.6	Informatievoorziening	264
5.6.1	Inleiding	264
5.6.2	Wettelijke regeling en het Wetsvoorstel btrp	265
5.6.3	Tijdstip en frequentie van informatieverstrekking	268
5.6.4	Informatie van anderen dan het bestuur	271
5.6.5	Rol van de voorzitter; informatie voor de hele de raad van toezicht	273
5.6.6	Het regelen van informatievoorziening	274
5.6.7	Samenvatting en conclusies	276
5.7	Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen	277
 <b>Hoofdstuk 6.</b> Soorten stichtingen; invulling van de toezichhoudende taak		 283
6.1	Inleiding	283
6.2	Belang van de stichting; betrokken belangen en belanghebbenden	283
6.2.1	Inleiding	283
6.2.2	Norminstructie en het stichtingsdoel	284
6.2.3	Het belang van de oprichters, de begunstigden en de vermogensverstrekkers	287
6.2.4	Het maatschappelijke belang of het publieke belang	291
6.2.5	De aan de stichting verbonden onderneming	293
6.2.6	Wettelijke mogelijkheden van belanghebbenden	295
6.2.7	Botsende belangen en afweging van belangen	299
6.2.8	Samenvatting en conclusies	300
6.3	Voorbeelden van typen stichtingen en de rol van de raad van toezicht bij die typen	302
6.3.1	Inleiding	302
6.3.2	Voorbeelden van stichtingen met verschillende doelstellingen: privaat, maatschappelijk en/of (semi-)publiek	303
6.3.3	Voorbeelden van stichtingen waarbij belanghebbenden institutioneel zijn betrokken	311
6.3.4	Voorbeelden van stichtingen met uiteenlopende herkomst en samenstelling van het stichtingsvermogen	316
6.3.5	Samenvatting en conclusies	322
6.4	Stichtingen die zijn onderworpen aan extern toezicht	323
6.4.1	Inleiding	323
6.4.2	Voorbeelden van stichtingen met een externe toezichthouder	324
6.4.3	Samenvatting en conclusies	332
6.5	Stichtingen met een grote onderneming of een groot vermogen en groepsvorming	333
6.5.1	Inleiding	333
6.5.2	Stichtingen met een grote onderneming	334
6.5.3	Stichtingen die een groot vermogen beheren	336

## INHOUD

6.5.4	Groeps- en concernvorming	338
6.5.5	Samenvatting en conclusies	345
6.6	Toezicht op risico's en risicobeheersing	346
6.6.1	Inleiding	346
6.6.2	Risicomanagement en soorten risicofactoren	347
6.6.3	Beheersing van interne en externe risico's; risicobereidheid	351
6.6.4	Beheersmaatregelen in verband met financiële risico's; voorbeelden van specifieke waarborgen voor bepaalde soorten stichtingen	355
6.6.5	Proceszorgvuldigheid rondom besluitvorming door het bestuur	358
6.6.6	Procedures in verband met misstanden en belangenverstrengeling	363
6.6.7	Naleving interne procedureregels en aansprakelijkheidsrisico's	366
6.6.8	Samenvatting en conclusies	367
6.7	Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen	369
<b>Hoofdstuk 7. Waarborgen voor goed toezicht: samenstelling raad van toezicht, zorgvuldige besluitvorming en taakverdeling</b>		<b>373</b>
7.1	Inleiding	373
7.2	Optimale samenstelling	375
7.2.1	Inleiding	375
7.2.2	Naar behoren samengesteld	375
7.2.3	Deskundigheden, vaardigheden en karaktereigenschappen	379
7.2.4	Geschiktheidseisen en accreditatie	382
7.2.5	Scholings- en ontwikkelingsprogramma's	387
7.2.6	Diversiteit	387
7.2.7	Omvang van de raad van toezicht	393
7.2.8	Profielschets	395
7.2.9	Samenvatting en conclusies	401
7.3	Onafhankelijkheid	402
7.3.1	Inleiding	402
7.3.2	Onafhankelijke taakvervulling	403
7.3.3	Begrip onafhankelijkheid; formele en materiële onafhankelijkheid	404
7.3.4	Regels ter bevordering van (formele) onafhankelijkheid voor bepaalde typen stichtingen	405
7.3.5	Tegenstrijdig belangregeling voor leden van de raad van toezicht	416
7.3.6	Samenvatting en conclusies	420
7.4	Besluitvorming	421
7.4.1	Inleiding	421
7.4.2	Sociaalpsychologische aspecten van besluitvorming	422
7.4.3	Vergaderen	425
7.4.4	Besluitvorming en stemmen	429
7.4.5	Besluitvorming buiten vergadering	437

## INHOUD

7.4.6	Zorgvuldige verslaglegging van besluiten: notuleren	438
7.4.7	Samenvatting en conclusies	441
7.5	Taakverdeling	442
7.5.1	Inleiding	442
7.5.2	Algemene wettelijke bepalingen over taakverdeling	443
7.5.3	Taakverdeling en commissies	447
7.5.4	De auditcommissie	450
7.5.5	Taakverdeling en besluitvorming	452
7.5.6	Samenvatting en conclusies	456
7.6	Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen	457
 <b>Hoofdstuk 8. Verantwoording en zelfevaluatie door de raad van toezicht</b>		 461
8.1	Inleiding	461
8.2	Jaarverslaggeving en verantwoording	461
8.2.1	Inleiding	461
8.2.2	Toezicht op de administratie en boekhouding	462
8.2.3	Interne verantwoording middels jaarverslaggeving	463
8.2.4	Externe verantwoording middels publicatie van jaarstukken	466
8.2.5	Bestuursverslag en verslag van de raad van toezicht	468
8.2.6	Verslag over naleving van sectorale governancecodes	472
8.2.7	Samenvatting en conclusies	473
8.3	Toezichtverslag en (zelf)evaluatie	475
8.3.1	Inleiding	475
8.3.2	Op maat gemaakt, inhoudelijk en informatief toezichtverslag	475
8.3.3	Verslag over toezicht op het bestuursbeleid	477
8.3.4	Verslag over de samenstelling en het functioneren van de raad van toezicht zelf	479
8.3.5	Zelfevaluatie	482
8.3.6	Samenvatting en conclusies	485
8.4	Decharge en vrijwaring van leden van de raad van toezicht	486
8.4.1	Inleiding	486
8.4.2	Wat houdt decharge in?	487
8.4.3	Decharge door wie?	488
8.4.4	Vrijwaring	493
8.4.5	Samenvatting en conclusies	494
8.5	Schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht; ontstentenis en belet	495
8.5.1	Inleiding	495
8.5.2	Schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht	496
8.5.3	Ontstentenis en belet van leden van de raad van toezicht	501
8.5.4	Samenvatting en conclusies	502
8.6	Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen	503

## INHOUD

<b>Hoofdstuk 9. Wettelijke regels voor de raad van toezicht?</b>	507
9.1 Inleiding	507
9.2 Regels in Boek 2 BW, sectorwetten en/of sectorcodes?	507
9.2.1 Overlap in regels en soorten regels	507
9.2.2 Welke regels waar?	508
9.3 Sectorregels in verband met good governance	511
9.3.1 Verplichte raad van toezicht	511
9.3.2 Samenstelling, deskundigheid en functioneren	512
9.3.3 Zorgvuldige besluitvorming en integriteit	512
9.3.4 Zelfevaluatie en verantwoording	513
9.3.5 Regels die het functioneren van de raad van toezicht verder bevorderen: statuten en reglementen	513
9.4 Basisregeling in de stichtingentitel in Boek 2 BW	513
9.4.1 Wettelijke taakomschrijving	513
9.4.2 Uitgangspunt: het raad van toezichtmodel	514
9.4.3 Tegenstrijdig belang; belet en ontstentenis	515
9.4.4 Andere regels vanwege het ontbreken van een algemene vergadering	515
9.4.5 Betrokkenheid van de raad van toezicht bij de bescherming van het doelgebonden vermogen	516
<b>Samenvatting</b>	517
<b>English summary</b>	521
<b>Bijlagen:</b>	
Bijlage 1. RvT-model: overeenkomstige sectorregelingen	525
Bijlage 2. Voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW op grond van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen	527
<b>Rapporten</b>	539
<b>Literatuurlijst</b>	543
<b>Jurisprudentieregister</b>	567
<b>Curriculum vitae</b>	571



## Lijst van gebruikte afkortingen

### Governancecodes

Cc 2011	Claimcode 2011
Code HBO 2013	Branchecode goed bestuur hogescholen 2013
Code MBO 2014	Branchecode goed bestuur in het mbo 2014
Code PO 2014	Code Goed Bestuur in het primair onderwijs 2014
Code Pf 2014	Code Pensioenfondsen 2014 <sup>1</sup>
Code VO 2015	Code Goed Onderwijsbestuur Voortgezet Onderwijs (VO) 2015
Code VSNU 2013	Code goed bestuur universiteiten 2013 (VSNU)
Code Wijffels 2005	Code goed bestuur voor goede doelen 2005
GCC 2014	Governance Code Cultuur versie 2014 <sup>2</sup>
GCW 2015	Governancecode woningcorporaties 2015 <sup>3</sup>
GCZ 2017	Governancecode Zorg 2017
NCGC	Nederlandse Corporate Governance Code, versie 2016
NCR Code 2015	NCR Code voor coöperatieve ondernemingen, versie 2015
SBF-Code 2015	Code van de Samenwerkende Brancheorganisaties Filantropie: SBF-Code Goed Bestuur 2015
VITP-Toezichtcode 2014	Code van de Vereniging Intern Toezichhouders Pensioensector: VITP-Toezichtcode, versie 1.0

### Wetten en Wetsvoorstellen

AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BW	Burgerlijk Wetboek
Fw	Faillissementswet
Hrgw	Handelsregisterwet

1. De Pensioenfederatie en de Stichting van de Arbeid wijzigden per 1 januari 2017 deze code op twee punten.
2. De eerste druk van de uitgave van deze code dateert van 2014, de tweede herziene druk van 2016 bevat geen inhoudelijke wijzigingen.
3. Deze code is op 1 juli 2017 op enkele punten gewijzigd maar is nog steeds genaamd Governancecode woningcorporaties 2015.

## LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

Pw	Pensioenwet
V&S Wet (België)	Wet van 2 mei 2002 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen
WEB	Wet educatie en beroepsonderwijs
Wetsvoorstel btrp	Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersoon
Wft	Wet op het financieel toezicht
WHW	Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek
Wkkgz	Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg
Wlz	Wet langdurige zorg
Wmcz	Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen
WMG	Wet marktordening gezondheidszorg
WNT	Wet Normering Topinkomens
WOR	Wet op de Ondernemingsraden
WOT	Wet op het onderwijstoezicht
WPO	Wet op het primair onderwijs
WS 1956	Wet op stichtingen 1956
Wta	Wet toezicht accountantsorganisaties
WTZi	Wet Toelating Zorginstellingen
WVO	Wet op het voortgezet onderwijs
Zvw	Zorgverzekeringswet

### Overige afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	artikel
AFM	Autoriteit Financiële Markten
ANBI	algemeen nut beogende instelling
<i>Ars Aequi</i>	Juridisch Maandblad <i>Ars Aequi</i>
Aw	Autoriteit Wonen
Besluit FTP	Besluit Financieel Toetsingskader Pensioenfondsen
BoZ	Brancheorganisatie Zorg
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CBF	Centraal Bureau Fondsenwerving
diss.	dissertatie
DNB	De Nederlandsche Bank
e.a.	en anderen

## LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

e.v.	en volgende
FD	Het Financieele Dagblad
<i>FIP</i>	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
GCV	Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht
HR	Hoge Raad
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg, tegenwoordig de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ)
IvO	Instituut voor Ondernemingsrecht
<i>JBN</i>	Juridische Berichten Notariaat
<i>JOR</i>	Jurisprudentie Onderneming en Recht
MvA	Memorie van Antwoord
<i>MvO</i>	Maandblad voor Ondernemingsrecht
MvT	Memorie van Toelichting
MvT btrp	Memorie van Toelichting behorende bij het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen
<i>MvV</i>	Maandblad voor Vermogensrecht
<i>NTBR</i>	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
<i>NJ</i>	Nederlandse Jurisprudentie
<i>De NV</i>	De Naamloze Venootschap (tijdschrift), samen met <i>TVVS</i> voortgezet als <i>Ondernemingsrecht</i>
NV	naamloze vennootschap
NVTZ	Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorg en Welzijn
NVZ	Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
<i>O&amp;F</i>	Onderneming en Financiering (tijdschrift)
OK	Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam
OM	openbaar ministerie
OR	ondernemingsraad
<i>Ondernemingsrecht</i>	Ondernemingsrecht en Financieel recht (tijdschrift)
<i>RMThemis</i>	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
<i>RO</i>	Rechtspraak Ondernemingsrecht Praktisch Bewerkt
r.o.	rechtsoverweging
RvS	Raad van State
SBBI	sociaal belang behartigende instelling
SBF	Samenwerkende Brancheorganisaties Filantropie
SER	Sociaal-Economische Raad

## LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

<i>Stb.</i>	Staatsblad
<i>Stcrt.</i>	Staatscourant
<i>S&amp;V</i>	Stichting en Vereniging (later voortgezet als <i>SV&amp;V</i> )
<i>SV&amp;V</i>	Stichting, Vereniging en Vennootschap (later voortgezet als <i>TvOB</i> )
<i>TOP</i>	Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk
<i>TvGR</i>	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
<i>TvJ</i>	Tijdschrift voor Jaarrekeningenrecht
<i>TvOB</i>	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
<i>TvT</i>	Tijdschrift voor Toezicht
<i>TVVS</i>	Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen (samen met <i>De NV</i> voortgezet als <i>Ondernemingsrecht</i> )
<i>VITP</i>	Vereniging Intern Toezichthouders Pensioensector
<i>V&amp;O</i>	Vennootschap en Onderneming
<i>VTW</i>	Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties
<i>W</i>	Weekblad van het Recht
<i>WPNR</i>	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
<i>WRR</i>	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
<i>ZIFO</i>	Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht

# Hoofdstuk 1. Onderwerp en verantwoording

## 1.1 Onderwerp; onderzoeksvraag

In dit onderzoek staan de rol en de juridische positie van de raad van toezicht binnen de stichting centraal. Onderzocht wordt wat de taak van de raad van toezicht van stichtingen in het algemeen en bepaalde stichtingen in het bijzonder is en welke bevoegdheden de raad van toezicht in ieder geval nodig heeft teneinde zijn taak naar behoren uit te kunnen voeren. Vanuit het perspectief van de raad van toezicht wordt bekeken of de raad van toezicht op grond van Boek 2 BW en op basis van eventueel toepasselijke sectorregels en sectorcodes voldoende juridische houvast en voldoende juridisch instrumentarium heeft om zijn rol te kunnen vervullen. Bovendien wordt ingegaan op de vraag hoe de raad de kwaliteit van zijn toezicht verder kan verbeteren en waarborgen.

## 1.2 Verantwoording

Nederland kent veel stichtingen. Het aantal groeit nog steeds: van ruim 50 000 in 1976 naar meer dan 200 000 in 2016. Het in Titel 6 van Boek 2 BW opgenomen stichtingenrecht is, in vergelijking tot de wettelijke regeling van andere rechtspersonen, summier. De raad van toezicht van de stichting is van oudsher niet wettelijk geregeld; het eerste stichtingenrecht (de Wet op Stichtingen 1956, “WS 1956”) en het huidige stichtingenrecht bevatten geen wettelijke basis voor de instelling van de raad van toezicht. Dat betekent echter niet dat instelling van een raad van toezicht niet toegestaan is. Voor stichtingen in verschillende sectoren zijn sectorregels en governancecodes opgesteld, waarin in sommige gevallen een raad van toezicht zelfs verplicht is voorgeschreven. Stichtingen kunnen er om verschillende redenen ook zelf voor kiezen om een raad van toezicht in te stellen.

Intern toezicht bij stichtingen staat al een aantal jaar in de belangstelling. In de politiek wordt herhaaldelijk gesproken over “incidenten” en “falend toezicht” bij semipublieke instellingen, dat wil zeggen: bij zorginstellingen, woningcorporaties en scholen, die doorgaans de rechtsvorm van een stichting hebben. De Minister van Veiligheid en Justitie schreef naar aanleiding van incidenten in de

## HOOFDSTUK 1

semipublieke sector in 2013: “Niet voor alle interne toezichthouders in semipublieke sectoren is duidelijk wat tot hun taak behoort. Verbetering van het toezicht begint bij het scheppen van meer duidelijkheid over de taken en bevoegdheden van interne toezichthouders.”<sup>1</sup>

Thans is bij de Tweede Kamer in behandeling het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (“Wetsvoorstel btrp”) waarin wordt voorgesteld om de taak en de interne aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen, dus ook van stichtingen, in een algemene regeling vast te leggen.<sup>2</sup> Volgens de Memorie van Toelichting beoogt het Wetsvoorstel btrp de kwaliteit van bestuur en toezicht bij stichtingen in de semipublieke sector te verbeteren. Om dit te bereiken wordt onder meer voorzien in een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij stichtingen.

De voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW richten zich echter niet alleen op stichtingen in de semipublieke sector, maar ook op stichtingen in het algemeen. De wetgever heeft bovendien voorgesteld om een aantal regels van bestuur en toezicht die nu slechts gelden voor andere rechtspersonen dan stichtingen – zoals regels omtrent taakvervulling, tegenstrijdig belang en aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan – te uniformeren voor alle rechtspersonen.

In verband met het Wetsvoorstel btrp zal in dit onderzoek onder meer de vraag aan de orde komen of de voorgestelde regels leiden tot verduidelijking van de taak en de bevoegdheden van de raad van toezicht en de vraag of het uniformeren van regels voor het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen geen afbreuk doet aan het bijzondere karakter van de stichting ten opzichte van andere rechtspersonen.

Het onderzoek is afgesloten op 20 december 2017.

- 
1. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren’, 12 november 2013 (*Kamerstukken II* 2013-2014, 33 750-VI, nr. 31, p. 3).
  2. *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 491, nr. 2 (“Wetsvoorstel btrp”) en *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 491, nr. 3 (“MvT btrp”).

## Hoofdstuk 2. Terminologie, definities, afbakening en onderzoeksopzet

### 2.1 Terminologie en keuzes

#### *Raad van toezicht*

In dit onderzoek is gekozen voor de term “raad van toezicht” wanneer het gaat om stichtingen. Dit begrip wordt in veel governancecodes die gelden voor stichtingen in een bepaalde sector gebruikt, bijvoorbeeld voor zorginstellingen en voor culturele instellingen. Het Wetsvoorstel btrp hanteert de term “raad van commissarissen” voor alle rechtspersonen, maar daarbij wordt opgemerkt dat de benaming van het toezichthoudend orgaan niet bepalend is voor de juridische kwalificatie van dat orgaan.<sup>1</sup> De keuze in dit onderzoek voor de term “raad van toezicht” voor stichtingen en “raad van commissarissen” voor andere rechtspersonen heeft ook een praktische achtergrond: daarmee is in de tekst direct duidelijk of het gaat om het toezichthoudend orgaan van een stichting of van een andere rechtspersoon.

#### *Afzonderlijke raad van toezicht*

Naast een governancemodel met een bestuur en een afzonderlijke raad van toezicht komen bij stichtingen ook andere vormen van intern toezicht voor. Een belangrijk voorbeeld is het monistisch bestuursmodel (*one tier board*) met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, waarbij de niet-uitvoerende bestuurders een toezichthoudende taak hebben. Zoals in dit onderzoek zal blijken is in een aantal sectoren, waar behoefte was aan professionalisering van het interne toezicht, bewust gekozen voor het regelen en verduidelijken van een model met een afzonderlijke raad van toezicht, welk model grotendeels is gestoeld op het reeds bij BV's en NV's veelvuldig gebruikte en wettelijk gereguleerde model met een afzonderlijke raad van commissarissen.

Zonder een voorkeur uit te spreken voor deze vorm van intern toezicht, heb ik ervoor gekozen om slechts de rol en de positie van de raad van toezicht in het *two tier*-model te onderzoeken. Op die manier kunnen de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht worden vergeleken met de taak en bevoegdheden van

---

1. MvT btrp, p. 4 en 20.

## HOOFDSTUK 2

de raad van commissarissen. Hoewel, anders dan bij NV's en BV's, het monistisch bestuursstelsel (de *one tier board*) voor de stichting voornamelijk niet wettelijk is geregeld,<sup>2</sup> wordt algemeen aangenomen dat de statuten van de stichting kunnen bepalen dat het stichtingsbestuur bestaat uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (of uit algemene en dagelijkse bestuurders).<sup>3</sup> In de MvT btrp is te lezen dat een monistisch bestuursmodel in de praktijk bij stichtingen voorkomt. De Minister van Veiligheid en Justitie merkt in de MvT btrp op dat de toezichthoudende functie en de taken van commissarissen of leden van de raad van toezicht in een monistisch bestuursmodel vervuld worden door niet-uitvoerende bestuurders; zij houden toezicht op de uitvoerende bestuurders.<sup>4</sup>

In de literatuur is opgemerkt dat sprake is van toenemende convergentie tussen *one tier* en *two tier* bestuursmodellen.<sup>5</sup> Gezegd zou kunnen worden dat hetgeen geschreven wordt over de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht van een stichting ook relevantie heeft voor niet-uitvoerende bestuurders van een stichting, waarbij uiteraard de verschillen tussen het monistisch en dualistisch bestuursstelsel in acht genomen dienen te worden. Als belangrijke verschillen kunnen worden genoemd: de bestuursverantwoordelijkheid, betrokkenheid bij (besluitvorming over) het algemene bestuursbeleid en de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's van niet-uitvoerende bestuurders. Ook de wijze van besluitvorming verschilt, aangezien de niet-uitvoerende bestuurders in een monistisch bestuursstelsel in beginsel deelnemen aan de besluitvorming van het bestuur terwijl interne toezichthouders in een dualistisch bestuursstelsel (in ieder geval formeel) afzonderlijk van het bestuur besluiten nemen.<sup>6</sup>

### *(Corporate) governance vanuit juridisch perspectief*

Het besturen van een organisatie of onderneming, het afleggen van verantwoording en het houden van toezicht op het bestuur, wordt ook wel (*corporate*) *governance* genoemd. In juridische zin betreft *governance* de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen het bestuurlijke en toezichthoudende orgaan binnen een rechtspersoon. Een belangrijk aspect van *good governance* is de individuele taakopvatting van en taakuitoefening door leden van die organen.

- 
2. Het Wetsvoorstel btrp biedt aan alle rechtspersonen de mogelijkheid om te kiezen voor een monistisch bestuursstelsel (artikel 2:9a Wetsvoorstel btrp).
  3. Zie onder meer Asser/Rensen 2-III\* 2012/347. Zie ook MvT btrp, p. 15 en p. 21 en Bier 2017.
  4. Aldus MvT btrp, p. 4 en p. 15. Uitvoerende bestuurders vervullen volgens de MvT btrp in het monistische bestuursmodel dezelfde taken als bestuurders in het dualistische bestuursmodel.
  5. Zie bijvoorbeeld Nowak 2016.
  6. Croiset van Uchelen 2014 en Asser/Rensen 2-III\* 2012/347.



(Corporate) governance kan worden benaderd vanuit juridisch perspectief, maar ook vanuit (bedrijfs)economisch en (sociaal)psychologisch perspectief. In het kader van good governance, wordt steeds vaker de link gelegd tussen recht en psychologie, zoals bijvoorbeeld blijkt uit aandacht voor cultuur en *tone at the top* in de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC), die overigens is geschreven voor beursvennootschappen maar – zoals hierna zal blijken – ook relevantie heeft voor governance-ideeën en governanceprincipes bij stichtingen. Good governance staat of valt met de wijze waarop individuele personen hun taak vervullen, hoe zij zich gedragen, zo is bijvoorbeeld te lezen in het rapport van de Commissie Halsema uit 2013.<sup>7</sup>

Bevindingen uit de cognitieve en gedragspsychologie kunnen relevant zijn voor de individuele taakopvatting, maar ook voor de wijze waarop besluitvorming binnen een orgaan plaatsvindt: hoe functioneren de leden binnen de groep en hoe beïnvloeden zij elkaar?<sup>8</sup> In sommige hoofdstukken zullen om die reden (sociaal)psychologische inzichten aangestipt worden en ter illustratie gebruikt worden.

#### *Geen rechtsvergelijking*

Dit onderzoek is niet rechtsvergelijkend opgezet. De Nederlandse stichting laat zich lastig vergelijken met rechtsvormen onder buitenlands recht (*foundations* en *trusts*). Zo hoeft een Nederlandse stichting, anders dan stichtingen in veel andere EU-landen, niet gericht te zijn op het algemeen belang (*public benefit purpose*). Nederlandse stichtingen mogen worden opgericht om slechts persoonlijke belangen, zoals het belang van de oprichter en/of zijn familie, te dienen.<sup>9</sup> Bovendien geldt voor een Nederlandse stichting, anders dan in andere landen, geen (preventief) overheids-toezicht:<sup>10</sup> een Nederlandse stichting kan worden opgericht zonder goedkeuring van een overheidsinstantie.

De onderzoeksvraag zal onderzocht worden aan de hand van Nederlandse rechtsbronnen, maar op een aantal plaatsen wordt kort verwezen naar regelingen in het buitenland, zoals governancecodes en *guidelines* op het gebied van governance in het Verenigd Koninkrijk. Binnen het Nederlandse recht wordt gekeken of en hoe governanceregels voor stichtingen overeenkomsten en verschillen vertonen ten opzichte van governanceregels voor andere rechtspersonen.

---

7. Rapport Commissie Halsema.

8. Zie ook Giesen 2011 en Kroeze 2013.

9. Aldus ook Blanco Fernández 2016, p. 44.

10. Zie European Foundation Report 2008 en Koster & Verbrugh 2014.

## 2.2 Definities en afbakening

### *Semipublieke instellingen*

De stichting kent veel verschijningsvormen. Stichtingen kunnen worden onderscheiden aan de hand van hun doel en hun werkzaamheden. Zo kan de stichtingsdoelstelling zuiver particulier (privaat), maar ook maatschappelijk en/of (semi)publiek zijn. Indien sprake is van een stichting met een maatschappelijke of (semi)publieke doelstelling, wil dat zeggen dat publieke belangen betrokken zijn.<sup>11</sup> Als publiek belang worden in elk geval gezien die belangen waarvan de Grondwet bepaalt dat daar voor de overheid een publieke taak is weggelegd.<sup>12</sup>

Een semipublieke instelling kenmerkt zich, naast het feit dat publieke belangen betrokken zijn, doordat zij (mede) wordt bekostigd door de overheid.<sup>13</sup> Blijkens onder meer de toelichting op het Wetsvoorstel btrp, in navolging van het rapport van de Commissie Halsema, schaarde de Minister van Veiligheid en Justitie onder het begrip semipublieke instellingen: onderwijsinstellingen, zorginstellingen en woningcorporaties waaraan de overheid (direct of indirect) subsidie verleent.<sup>14</sup> Dit onderzoek verstaat onder stichtingen die “semipublieke instellingen” zijn eveneens: door de overheid gesubsidieerde onderwijsinstellingen, zorginstellingen en woningcorporaties. Woningcorporaties die de rechtsvorm van een stichting hebben worden in dit onderzoek vanwege de verwarrende term “corporatie”, die lijkt te impliceren dat het om een corporatieve rechtsvorm gaat (een vereniging of coöperatie), ook wel “woningstichtingen” genoemd.

---

11. Timmerman, De Jongh & Schild 2010.

12. Voorbeelden daarvan zijn: de bevordering van sociale grondrechten als het leefmilieu (artikel 21 Grondwet), de volksgezondheid (artikel 22 Grondwet) en het onderwijs (artikel 23 Grondwet). Bovendien worden activiteiten als volkshuisvesting (Woningwet), cultuur (Wet op het specifiek cultuurbeleid), kindbescherming en jeugdzorg (Jeugdwet) en publieke media (Mediawet) als publiek aangeduid.

13. Een stichting met een maatschappelijk doel wordt niet noodzakelijkerwijs door de overheid bekostigd terwijl semipublieke instellingen wel door de overheid worden bekostigd. Volgens sommige auteurs heeft het publieke belang een engere betekenis dan het maatschappelijke belang. Ten opzichte van het publieke belang vervult de overheid een sleutelrol, ten opzichte van het maatschappelijke belang hoeft dat niet het geval te zijn. De oorsprong van veel “maatschappelijke ondernemingen” is volgens Helder te vinden in particulier initiatief en het algemeen of maatschappelijk belang kan ruimer zijn dan de belangen die de overheid zich aantrekt (Helder 2014, p. 36-42).

14. Gezegd kan worden dat er geen eenduidige definitie bestaat van de semipublieke sector, aldus ook de Minister van Financiën (Brief van de Minister van Financiën, ‘Financieel beheer en toezicht semipublieke sector’, 23 januari 2014, *Kamerstukken* 2013-2014, 33 822, nr. 2, p. 1). De Minister van Veiligheid en Justitie heeft een semipublieke instelling ook wel aangeduid als een instelling die een afgeleide overheidstaak, een publieke taak, uitvoert (Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichhouders in semipublieke sectoren’, 12 november 2013, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33750-VI, nr. 31).

*Verplichte en vrijwillige raad van toezicht; grote stichtingen*

Voor veel semipublieke instellingen, in ieder geval grotere zorginstellingen en woningstichtingen, maar bijvoorbeeld ook hogescholen, is in sectorregels en/of sectorcodes een afzonderlijke raad van toezicht verplicht gesteld. Door middel van zelfregulering, met name door governancecodes, wordt in bepaalde “maatschappelijke sectoren”, zoals de culturele sector en de goede doelensector, voor stichtingen een raad van toezicht voorgeschreven of geadviseerd indien sprake is van een “grote stichting”.

Het begrip “grote stichting” is niet vastomlijnd. In bepaalde wetsartikelen, zoals artikelen 2:297a en 297b BW (maximumaantal bestuurlijke en toezichthoudende functies), wordt in dat verband verwezen naar regels van het jaarrekeningrecht. Een “grote stichting” betekent in sommige gevallen: een stichting die een onderneming van een bepaalde omvang heeft en/of een (uit publiek geld gevormd) vermogen van een bepaalde omvang en/of inkomsten uit giften die een bepaald bedrag te boven gaan (bijvoorbeeld grote fondsenwervende instellingen). Een vaste definitie van “grote stichting” kan echter niet gegeven worden aangezien dit afhangt van het soort stichting.

Pensioenfondsen beheren vaak een omvangrijk en complex vermogen. Voor bepaalde soorten pensioenfondsen wordt in de Pensioenwet een raad van toezicht of een *one tier board* voorgeschreven. In de private sector kunnen stichtingen in beginsel zelf kiezen of zij een raad van toezicht instellen. Een bijzonder voorbeeld in de private sector is echter de claimstichting (in de zin van artikel 3:305a BW), waarvoor in een sectorale governancecode (ook wel de Claimcode genoemd), een raad van toezicht is voorgeschreven.<sup>15</sup> De Claimcode heeft echter geen formeel juridische status en wordt, anders dan governancecodes voor bijvoorbeeld stichtingen in semipublieke en maatschappelijke sectoren, door relatief weinig stichtingen vrijwillig nageleefd.<sup>16</sup>

---

15. De Claimcode 2011 stelt voor een claimstichting, die door bijdragen van derden (inschrijfgeld) een bepaald minimumvermogen gevormd heeft, een raad van toezicht met bepaalde bevoegdheden voor. Eind 2016 werd een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer waarin wordt voorgesteld om lid 2 van artikel 3:305a BW aan te vullen met een aantal bepalingen die thans in de Claimcode zijn opgenomen (*Kamerstukken II 2016-2017*, 34 608, nr. 2). Onderdeel daarvan is de verplichting voor een claimstichting om een raad van toezicht in te stellen of een bestuur bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders (*Kamerstukken II 2016-2017*, 34 608, nr. 3, p. 19).

16. Bauw & Van der Linden 2016, Rapport Claimcode 2016 en Arons 2017.

## HOOFDSTUK 2

Dit onderzoek gaat in op de rol en de positie van de raad van toezicht van stichtingen die op grond van sectorale wetgeving en/of een sectorale code “verplicht” een raad van toezicht hebben ingesteld (“verplichte raad van toezicht”),<sup>17</sup> maar ook op de rol en de positie van de raad van toezicht die vrijwillig is ingesteld (“vrijwillige raad van toezicht”).

### *Governanceregels*

Algemeen aanvaarde opvattingen over governance bij stichtingen vinden hun weerslag in governanceregels, die kunnen zijn opgenomen in:

- de algemene wettelijke regeling voor rechtspersonen (Boek 2 BW);
- bijzondere wettelijke regelingen (sectorspecifieke wet- en regelgeving);
- sectorale governancecodes; en
- statuten, reglementen en besluiten.

Boek 2 BW bevat in de eerste titel regels die gelden voor (organen van) alle rechtspersonen, zoals artikelen 2:7-9 en 14-15 BW. Daarnaast geldt voor alle stichtingen titel 6 van Boek 2 BW, ook wel het stichtingenrecht genoemd. Voor stichtingen met een onderneming zijn nog relevant titel 8 (enquêterecht, in verband met mogelijkheden van belanghebbenden om een onderzoek in te stellen ingeval van een vermoeden van wanbeleid) en titel 9 (jaarrekeningenrecht, in verband met verantwoording aan belanghebbenden).

Veel sectoren waarin de stichting een gebruikelijke rechtsvorm is, kennen governanceregels die het stichtingenrecht aanvullen. Voor pensioenfondsen en woningstichtingen geldt bijvoorbeeld een sectorspecifieke wet (de Pensioenwet en de Woningwet) waarin governancebepalingen zijn opgenomen. Daarnaast zijn in veel sectoren governancecodes opgesteld, die vrijwillig worden nageleefd of als verplichting zijn verbonden aan het lidmaatschap van een branchevereniging (bijvoorbeeld in het geval van zorginstellingen). Onder het kopje afkortingen en in Bijlage 1 aan het eind van dit onderzoek zijn sectorwetten en sectorale governancecodes genoemd die in het kader van dit onderzoek zijn bestudeerd.

---

17. Andere Boek 2 BW-rechtspersonen dan stichtingen kunnen eveneens vrijwillig een raad van commissarissen instellen. Voor NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen geldt dat zij een raad van commissarissen moeten instellen als de structuurregeling op deze rechtspersonen van toepassing is (artikelen 2:63a-63j BW, 2:152-164a BW en artikelen 2:262-274a BW). Buiten de structuurregeling is in sommige gevallen een raad van commissarissen voorgeschreven in sectorale wetgeving (bijvoorbeeld voor financiële instellingen) en/of wordt in een governancecode uitgegaan van een model met een raad van commissarissen of een *one tier board* (zoals in de NCGC of de NCR Code 2015).

*Interne en externe governanceregels*

Governanceregels richten zich primair op de interne organisatie van de stichting. Meer precies: zij regelen de bevoegdheden van organen van de stichting, in het bijzonder de bevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht, en de personen die deel uitmaken van deze organen.

Interne governanceregels bestaan in feite op drie niveaus. Zij zijn ten eerste gericht op de organen onderling en bakenen de taken en bevoegdheden van en tussen organen af, maar zien bijvoorbeeld ook op het afleggen van verantwoording. Het tweede niveau betreft regels voor de verhouding tussen de “orgaanbemencers”, dat wil zeggen: regels voor taakverdeling binnen het orgaan en afbakening van bevoegdheden van en tussen degenen die deel uitmaken van het orgaan. Tot slot zijn er governanceregels, die gericht zijn op de individuen die deel uitmaken van een orgaan, zoals bijvoorbeeld regels over taakuitoefening. Dit onderzoek richt zich vooral op interne governanceregels die de raad van toezicht betreffen.

Naast een bestuur en een raad van toezicht, kan een stichting in haar statuten andere organen instellen: bijvoorbeeld een medezeggenschapsorgaan (zoals de cliëntenraad bij een zorginstelling) of een verantwoordingsorgaan (zoals bij sommige pensioenfondsen). In sectorwetten en/of governancecodes zijn regels over de (medezeggenschaps-)rechten en bevoegdheden van dergelijke organen opgenomen.

Boek 2 BW bevat bovendien regels die “derden” invloed of correctiemogelijkheden geven ten aanzien van het bestuur en de raad van toezicht, waarmee ze in feite extern toezicht kunnen houden en in bepaalde omstandigheden kunnen ingrijpen in de organisatie van de stichting. Deze regels worden in dit verband niet gezien als interne governanceregels.

*Invloed van derden*

Het stichtingenrecht bevat, in vergelijking tot regels in Boek 2 BW die gelden voor andere rechtspersonen, beperkte interne governanceregels. In Boek 2 BW zijn korte bepalingen gewijd aan het bestuur en wordt het optionele toezichthoudende orgaan slechts zijdelings genoemd: in wetsartikelen die goedkeuring van de jaarrekening en het maximumaantal bestuurlijke en toezichthoudende functies betreffen. Aangezien er bij een stichting niet noodzakelijkerwijs een “tweede orgaan” naast het bestuur is, terwijl er bij andere rechtspersonen altijd ten minste nog een algemene vergadering is die het bestuur kan corrigeren, zijn aanvullende regels opgenomen in het stichtingenrecht. Die aanvulling wordt enerzijds gezocht in toezicht door het openbaar ministerie en toezicht door “belanghebbenden” die voor dat doel door de wet middelen aangereikt krijgen. Belanghebbenden die niet bij de interne organisatie van de stichting zijn

## HOOFDSTUK 2

betrokken (waarover hierna meer), het openbaar ministerie, maar ook externe toezichthouders (zoals DNB, AFM, een sectorale inspectie of een sectoraal verantwoordelijke Minister) kunnen “derden” genoemd worden, die middels hun wettelijke middelen invloed kunnen hebben op het bestuur en de raad van toezicht.

### *Betrokken belangen en soorten belanghebbenden*

Bij elke stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie zijn verschillende belangen betrokken. Stichtingsbestuurders en leden van de raad van toezicht richten zich bij de vervulling van hun taak op het belang van de stichting en dienen, meer concreet, rekening te houden met alle bij de stichting betrokken belangen, welke tegen elkaar afgewogen moeten worden.<sup>18</sup> Een belangrijke vraag in dat verband is welke belangen en belanghebbenden concreet bij een stichting betrokken zijn.

In governancecodes wordt wel onderscheid gemaakt tussen interne en externe belanghebbenden. Onder interne belanghebbenden kunnen – naast degenen die institutioneel betrokken zijn, dus deel uitmaken van stichtingsorganen – worden verstaan: degenen die op de een of andere manier bij de organisatie van de stichting betrokken zijn, zoals bijvoorbeeld werknemers. Onder externe belanghebbenden worden doorgaans in ieder geval begrepen: degenen die een financieel belang hebben, zoals bijvoorbeeld subsidieverlenende instanties of crediteuren. Echter ook anderen, zoals ouders van kinderen die onderwijs volgen bij een onderwijsinstelling of patiënten bij een zorginstelling, kunnen worden aangemerkt als belanghebbenden.

Het feit dat er diverse uiteenlopende belangen betrokken zijn, kan zijn weerslag hebben op de statutaire inrichting en de organisatie van de stichting. Zo kunnen bepaalde belanghebbenden medezeggenschapsrechten en/of goedkeuringsrechten hebben via een eigen (belanghebbenden-) orgaan of kunnen bepaalde belanghebbenden voordrachtsrechten hebben ten aanzien van een of meer leden van de raad van toezicht.

### *Mogelijkheden van belanghebbenden*

Belanghebbenden die via de rechter de governancestructuur van de stichting en/of de wijze waarop de stichting bestuurd wordt aan de orde willen stellen, hebben een aantal mogelijkheden op grond van het algemene rechtspersonenrecht en het stichtingenrecht. Het antwoord op de vraag wie belanghebbenden bij de stichting zijn is relevant voor en afhankelijk van de wetsbepaling waarop een beroep wordt gedaan.<sup>19</sup>

---

18. Zie over de pluraliteit aan betrokken belangen bij een kapitaalvennootschap: Timmerman 2009.

19. Zie ook Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.3.3.

Op grond van het algemene rechtspersonenrecht hebben belanghebbenden de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een stichting die niet onder de wettelijke omschrijving valt te ontbinden (artikel 2:21 BW). Besluiten van het bestuur en de raad van toezicht van een stichting kunnen op grond van de wet aangetast worden (artikelen 2:14-16 BW). De vernietiging van een besluit op grond van artikel 2:15 BW moet in rechte worden gevorderd door een belanghebbende, meer precies: door iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen, dat wil zeggen: de verplichting die voortvloeit uit de wet, de statuten, het reglement of de redelijkheid en billijkheid. Een redelijk belang van een eisende partij is slechts dan aanwezig indien hij door niet-nakoming van de verplichting in een *eigen belang* is of dreigt te worden geschaad.<sup>20</sup> Degenen die deel uitmaken van een stichtingsorgaan, die institutioneel zijn betrokken, zullen eerder dan derden worden aangemerkt worden als belanghebbenden. In de literatuur is opgemerkt dat het zich niet gauw zal voordoen dat andere personen dan zij die deel hebben (gehad) in een orgaan van de rechtspersoon een rechtens relevant belang hebben bij de naleving van een verplichting als bedoeld in artikel 2:15 BW.<sup>21</sup>

Een beperkte groep belanghebbenden heeft het recht tot het indienen van een enquêteverzoek (artikel 2:345 BW).<sup>22</sup> Wie tot deze groep belanghebbenden behoren, is in de wet aangeduid.

Het stichtingenrecht bevat een belangrijk middel voor belanghebbenden: de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een bestuurder te ontslaan in geval van wanbeheer (artikel 2:298 BW). Uit rechtspraak blijkt dat voor de kwalificatie “belanghebbende” bij laatstgenoemde procedure een rol speelt: 1) in hoeverre de verzoeker door de uitkomst van de procedure zodanig in een *eigen belang kan worden getroffen* dat deze daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming

- 
20. Het stichtingenrecht bevat overigens nog een bijzondere grond voor vernietiging van een besluit tot statutenwijziging indien de wijziging tot gevolg heeft dat de stichting kan worden ontbonden (artikel 2:295 BW). Hierbij wordt artikel 2:15 BW, en daarmee ook de invulling van het begrip belanghebbende, van toepassing verklaard.
  21. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/316. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de ondernemingsraad belanghebbende kan zijn. In ieder geval biedt de WOR een bijzondere rechtsgang ten aanzien van bepaalde besluiten. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/316.
  22. Het enquêterecht komt toe aan: de stichting zelf; degenen aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de stichting de bevoegdheid is toekent; een werknemersvereniging die in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt (vakbond) (art 2:347 BW); en de advocaat-generaal bij het ressortsparket om reden van openbaar belang. Het enquêterecht is via sectorspecifieke regelgeving in sommige sectoren opengesteld voor bepaalde groepen belanghebbenden, bijvoorbeeld de cliëntenvertegenwoordiging bij zorginstellingen en het verantwoordingsorgaan van pensioenfondsen. Meestal wordt het enquêterecht daarbij (nog) niet rechtstreeks toegekend, maar is bepaald dat de statuten een dergelijk belanghebbendenorgaan enquêterecht moeten toekennen.

## HOOFDSTUK 2

van dat belang; of (2) in hoeverre de verzoeker anderszins zodanig nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.<sup>23</sup> De belanghebbende zal dus een redelijk belang moeten hebben en aannemelijk moet kunnen maken. In de literatuur is opgemerkt dat dit redelijk belang al gauw aanwezig zal zijn indien sprake is van betrokkenheid bij de stichting, niet alleen als lid van een stichtingsorgaan maar ook als uitkeringsgerechtigde.<sup>24</sup> Opmerkelijk is overigens dat artikel 2:298 BW (vooralsnog) niet de mogelijkheid biedt voor belanghebbenden om de rechter te verzoeken een lid van de raad van toezicht te ontslaan indien hij zijn taak verwaarloost.

### 2.3 Methode en opzet

Een aantal normatieve vragen die verband houden met *good governance* dient als uitgangspunt voor dit onderzoek: (a) wat zou de taak van de raad van toezicht moeten inhouden?; (b) ten behoeve van wie wordt toezicht uitgeoefend?; (c) wiens belang gaat in welk geval voor?; (d) welke bevoegdheden heeft de raad van toezicht nodig?; en (e) hoe ver mogen de bevoegdheden van de raad van toezicht gaan?

Ter beantwoording van de in Hoofdstuk 1 gestelde hoofdvraag naar de rol en de positie van de raad van toezicht en met inachtneming van de in dit Hoofdstuk 2 genoemde afbakening, komen in de volgende hoofdstukken deelvragen aan de orde.

In Hoofdstuk 3 wordt onderzocht en beschreven hoe de wetgever ten tijde van het tot stand komen van het eerste stichtingenrecht (de WS 1956) de rol van de raad van toezicht bij de stichting in het algemeen zag. Hoe heeft deze rol zich sindsdien ontwikkeld en hoe wordt deze tegenwoordig gezien? De ontwikkelingen op het gebied van governance worden onderzocht en beschreven aan de hand van de parlementaire geschiedenis bij de WS 1956 (met name de daarin opgenomen governanceregels) en de parlementaire geschiedenis bij de regeling van het stichtingenrecht in Boek 2 BW. Governanceregels die zijn opgenomen in het stichtingenrecht en de wetgeschiedenis daarover zijn summier. Aan de hand van rechterlijke uitspraken en rechtsliteratuur uit die tijd over de rechtskenmerken van de stichting is getracht de bedoeling van de wetgever bij de regeling van het eerste stichtingenrecht te destilleren. Governance-ontwikkelingen

---

23. HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486 en *JOR* 2003/161 met noot Josephus Jitta (Scheipar), HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45 met noot Maeijer, *JOR* 2007/6 met noot Schmieman en *Ondernemingsrecht* 2007/37 met noot Rensen (Stichting IHD). Zie ook Hof Den Haag 25 april 2017, *RO* 2017/54 (Stichting ANV Fondsen).

24. Asser/Rensen 2-III\* 2012/351.



## TERMINOLOGIE, DEFINITIES, AFBAKENING EN ONDERZOEKSOPZET

vanaf de jaren '70 van de vorige eeuw en zelfregulering en professionalisering van bestuur en toezicht binnen bepaalde sectoren zijn mede onderzocht aan de hand van rapporten van de SER en de WRR en aan de hand van rapporten van werkgroepen die zijn ingesteld door de overheid en brancheorganisaties in sectoren waar de stichting de meest gebruikte rechtsvorm is.

Hoofdstuk 4 behandelt de vraag wat de rechtskenmerken van de stichting zijn: waarin onderscheidt de stichting zich van andere rechtspersonen en wat betekent dit voor de taken en bevoegdheden van de raad van toezicht? Welke minimale bevoegdheden heeft de raad van toezicht nodig in verband met zijn rol, positie en zijn toezichthoudende taak? Is er een bovengrens aan de bevoegdheden; welke bevoegdheden gaan de toezichthoudende taak te buiten? Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, oude en recente rechtsliteratuur en jurisprudentie worden historische verschillen tussen corporatieve rechtspersonen en stichtingen, normaaltypen en rechtsvormeigenschappen beschreven. De in het stichtingenrecht opgenomen materiële kenmerken van de stichting (het doelgebonden vermogen, het uitkeringsverbod en het ledenverbod) zullen vervolgens nader worden geanalyseerd aan de hand van de wetsgeschiedenis, de huidige wet en jurisprudentie. Onderzocht wordt wat deze kenmerken betekenen voor de taakopvatting en bevoegdheden van de raad van toezicht.

Hoofdstuk 5 gaat in op de taak van de raad van toezicht in het algemeen: is deze taak voldoende duidelijk? De huidige wetgeving, het Voorontwerp btrp, het Wetsvoorstel btrp, inclusief de bijbehorende wetsgeschiedenis en jurisprudentie, worden onderzocht teneinde na te gaan wat de toezichthoudende taak in het algemeen inhoudt en wanneer sprake is van een raad van toezicht. Bovendien wordt nagegaan welke basisbevoegdheden aan de raad van toezicht kunnen worden toegekend teneinde zijn taak goed uit te kunnen oefenen. Aan de orde komt de vraag of deze bevoegdheden van de raad van toezicht verschillen van de bevoegdheden van de raad van commissarissen. Welke basisbevoegdheden worden in het Wetsvoorstel btrp voorgesteld en wat is daarvan de achtergrond? Tot slot komt de wijze van informatievoorziening aan de orde, waarbij wordt nagegaan wat daarover in de huidige wet, het Wetsvoorstel btrp en de jurisprudentie is bepaald.

In Hoofdstuk 6 komt de taak van de raad van toezicht van bepaalde typen stichtingen aan de orde. Naar wie of wat moet de raad van toezicht zich richten, welke belangen zijn betrokken en wat is de verhouding tussen de betrokken belangen? Aandacht wordt besteed aan het publieke belang dat bij sommige stichtingen betrokken is, waarbij de vraag aan de orde komt welke rol het publieke belang speelt of kan spelen in de regeling in Boek 2 BW. Aan de hand van rechtsliteratuur, sectorregels en sectorale governancecodes (zie ook Bijlage 1) wordt

## HOOFDSTUK 2

nagegaan welke verschillende typen stichtingen kunnen worden onderscheiden. Wanneer wordt een raad van toezicht verplicht voorgeschreven, welke rol heeft de raad van toezicht bij bepaalde typen stichtingen en welke taken en bevoegdheden worden daarbij aan de raad van toezicht toebedeeld?

Hoofdstuk 7 behandelt de vraag hoe de raad van toezicht optimaal geëquipeerd kan worden en hoe de raad van toezicht samengesteld dient te zijn teneinde goed toezicht te kunnen waarborgen. Onderzocht wordt welke eisen in algemene wetgeving, sectorale wetgeving en/of codes zijn opgenomen ten aanzien van de samenstelling van de raad van toezicht alsmede onafhankelijkheid en deskundigheid van leden van de raad van toezicht. Bovendien wordt nagegaan hoe deze regels worden gehandhaafd.

Hoofdstuk 8 gaat in op de wijze waarop de raad van toezicht verantwoording aflegt. Wat schrijven sectorale regels en governancecodes voor op het gebied van het afleggen van verantwoording door de raad van toezicht? Bovendien komt de vraag aan de orde of leden van de raad van toezicht gedechargeerd kunnen worden en de vraag op welke wijze zij geschorst en ontslagen kunnen worden.

In het laatste Hoofdstuk 9 wordt nagegaan wat de verhouding is tussen algemene regels en sectorspecifieke governanceregels: waar horen governanceregels thuis? Naast de aanbevelingen die worden gedaan aan het eind van de verschillende hoofdstukken, worden in Hoofdstuk 9 afsluitende aanbevelingen gedaan aan de wetgever, aan opstellers van sectorale governancecodes en aan opstellers van statuten en reglementen van individuele stichtingen.

## Hoofdstuk 3. Historische ontwikkelingen op het gebied van governance bij stichtingen in vogelvlucht

### 3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen ideeën over (good) governance bij stichtingen aan de orde, die in de loop van de tijd zijn ontwikkeld. Ingegaan wordt op politieke discussies en keuzes die de wetgever heeft gemaakt ten aanzien van regelingen op het gebied van bestuur en toezicht bij stichtingen. Dit hoofdstuk is voornamelijk beschrijvend van aard en heeft als doel om de achtergrond en totstandkoming van de huidige regels van bestuur en toezicht voor stichtingen in Boek 2 BW, sectorwetten en codes te schetsen.

### 3.2 Het eerste stichtingenrecht (Wet op stichtingen 1956)

#### 3.2.1 Inleiding

De eerste algemene wettelijke regeling van de stichting is de Wet op stichtingen 1956 (WS 1956).<sup>1</sup> Deze wet kwam tot stand in nauw verband met de eerste fase van Boek 2 BW: het Ontwerp Meijers en de Vaststellingswet Boek 2 BW, die in 1960 werd aangenomen (waarover hierna meer). Boek 2 BW trad echter pas in werking met de Invoeringswet Boek 2 BW in 1976. De regeling van het stichtingenrecht werd, in afwachting van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, in eerste instantie opgenomen in een afzonderlijke wet met de bedoeling om deze te zijner tijd onder te brengen in een eigen titel in Boek 2 BW.

De structuur en de bepalingen van de WS 1956 zijn voor een belangrijk deel nog terug te zien in het huidige stichtingenrecht, dat wil zeggen in titel 6 van Boek 2 BW. Daarbij valt het volgende op:

- In de WS 1956 werden de thans nog geldende materiële kenmerken van de stichting opgenomen (de wettelijke omschrijving van de stichting in artikel 1 WS 1956 en in artikel 2:285 BW lijken op elkaar). Eén van deze kenmerken is het ledenverbod, waarmee de stichting zich in organisatorische zin onderscheidt van andere rechtspersonen, die een zogenoemd corporatief karakter hebben.

---

1. Wet van 31 mei 1956, houdende wettelijke regeling in zake stichtingen (Wet op stichtingen), *Sib.* 1956, 327.

## HOOFDSTUK 3

- De WS 1956 gaat uit van dezelfde basale organisatiestructuur als het huidige stichtingenrecht: slechts één orgaan, het bestuur, is wettelijk voorgeschreven.
- De WS 1956 bevat bepalingen ter compensatie van het ontbreken van een “tweede orgaan” naast het bestuur: de WS 1956 kent bevoegdheden toe aan het openbaar ministerie en aan belanghebbenden om het bestuur te corrigeren via de rechter, welke bevoegdheden vergelijkbaar zijn met de bevoegdheden die zijn opgenomen in het huidige stichtingenrecht.

Op een aantal bepalingen uit de WS 1956 en de achtergrond van die bepalingen wordt hierna ingegaan.

### 3.2.2 *Voorlopers van de stichting: klassieke doelvermogens en piae causae*

Doelvermogens zonder rechtspersoonlijkheid, die zijn terug te leiden tot het Romeinse recht, kunnen in zekere zin als voorlopers van de stichting worden gezien.<sup>2</sup> Onder het begrip “doelvermogen” kan worden verstaan: een afgescheiden vermogen dat voor een bepaald doel is bestemd en daarom de schulden, die in verband met dat doel gemaakt worden, in de eerste plaats zelf moet dragen.<sup>3</sup> Het Romeinse recht, dat terug te vinden is in het *Corpus Iuris Civilis*,<sup>4</sup> kende verschillende constructies met doelvermogens.<sup>5</sup> Constructies met “klassieke

- 
2. De term “doelvermogen” heeft geen vastomlijnde betekenis. Deze term zou kunnen worden gebruikt om elke algemeenheid van goederen aan te geven (Polak 1960, p. 13). Zo zou bijvoorbeeld een inzameling van gelden voor een bepaald doel als een doelvermogen kunnen worden beschouwd (Van der Ploeg 1986, p. 113, Polak 1956, p. 44, en Scholten 1908). Een “inzameling” is echter geen afzonderlijke in de wet geregelde rechtsfiguur. Doelvermogens kunnen bovendien worden gezien als de voorlopers van een fonds op naam. Een fonds op naam heeft geen rechtspersoonlijkheid. De insteller van een fonds op naam vermaakt of schenkt vermogen, bijvoorbeeld een kunstcollectie, aan een *bestaande rechtspersoon*. Laatstgenoemde krijgt daarbij de last opgelegd het vermogen te beheren onder de door de insteller gewenste naam – vaak zijn eigen naam of familienaam – en mag slechts bestedingen doen conform het vastgestelde doel. Zie ook Scholten 1923, p. 21-25, die de “making met een last voor een niet-persoonlijk doel” en de stichting naast elkaar stelt.
  3. Van der Ploeg 1978, p. 36. Zie over “doelvermogens” ook Van Veen 2011, p. 14-21.
  4. Het *ius commune*, het gemeenschappelijke recht van continentaal Europa vanaf de Middeleeuwen tot aan de 19e eeuw, is voor een belangrijk deel gefundeerd op (1) het *Corpus Iuris Civilis* dat op basis van Romeinsrechtelijk materiaal is opgesteld op bevel van keizer Justinianus; en (2) het *Corpus Iuris Canonici* dat teruggaat op de middeleeuwse Christelijke Kerk en voor een belangrijk deel bestaat uit de optekening door de monnik Gratianus. Schrage 1992, p. 103, en Hallebeek 2006.
  5. In het *Corpus Iuris Civilis*, dat bestaat uit de Instituten, de Digesten en de Codex, zijn voorbeelden te vinden van wat men doelvermogens noemt. De Digesten bevatten fragmenten uit juristengeschriften die dateren uit de klassieke periode van het Romeinse recht (eerste tot midden derde eeuw na Christus). De Codex bevat een selectie van keizerlijke beslissingen die dateren uit de tweede tot de zesde eeuw. De teksten in de Digesten en de Codex zijn in het algemeen casuïstisch te noemen. Zie ook Hallebeek 2006, p. 3.

doelvermogens” hielden in dat een persoon (de *fiduciant*) zijn vermogen, tijdens leven of bij zijn overlijden, ten titel van beheer overdroeg aan een andere persoon (de *fiduciarius*), waarin hij een bijzonder vertrouwen (*fides*) stelde (zie ook paragraaf 4.3.2. hierna). Het fiduciair overgedragen vermogen werd in eerste instantie beheerd door een of meer natuurlijke personen, maar later werden doelvermogens ook fiduciair overgedragen aan en beheerd door *municipia* (gemeenten of steden) of *collegia* (een soort verenigingen met een publiek karakter).<sup>6</sup> Het voordeel van dergelijke *municipia* en *collegia* was dat zij geacht werden niet te kunnen failleren.<sup>7</sup>

Deze klassieke doelvermogens die aanvankelijk fiduciair beheerd werden door personen of door *municipia* en *collegia* kregen in de loop van de tijd steeds meer zelfstandigheid en vertoonden kenmerken van rechtspersoonlijkheid, al voordat men het fenomeen rechtspersoonlijkheid kende.

Tegenwoordig kiest iemand die zijn vermogen wil laten beheren door een fiduciair eigenaar vaak voor overdracht van vermogensbestanddelen ten titel van beheer aan een afzonderlijke, speciaal daarvoor opgerichte rechtspersoon, zoals een stichting. Een natuurlijk persoon kan immers overlijden, maar een rechtspersoon biedt meer duurzaamheid en continuïteit voor het beheer van het doelgebonden vermogen.<sup>8</sup> Voor het geval de bestuurder van een stichting overlijdt of terugtreedt, kan worden voorzien in de aanwijzing of regeling van benoeming van een opvolgend bestuurder. Eén van de kenmerken van de zelfstandige doelvermogens was dat zij, in tegenstelling tot bijvoorbeeld het fonds op naam, een

6. Uit de Digesten blijkt van de mogelijkheid van overdracht (bij leven of bij overlijden) aan *municipia* en *collegia* onder de verplichting dat vermogen voor een bepaald doel te beheren. Zie onder meer Dig. 30, 117: “Als iets aan een stad is nagelaten, is het in zijn geheel geldig, ongeacht of het voor uitdeling nagelaten is, voor een openbaar werk, voor het levensonderhoud of de opvoeding van kinderen, of voor iets anders.” en Dig. 30, 23: “Aan steden kan ook iets gelegateerd worden dat tot het aanzien en de verfraaiing van de stad bijdraagt, [...]” De erflater vertrouwde er op dat de *municipia* het vermogen conform zijn bestemming (vaak een algemeen cultureel of sportief doel) zouden besteden, maar het nagelaten vermogen ging wel deel uit maken van het totale vermogen van de *municipia* of *collegia* en volgde dus het lot daarvan. De *municipia* en *collegia* leken daarbij slechts “fiduciair eigenaar” te worden, maar lang niet altijd was de juridische constructie van deze doelvermogens duidelijk. In de Digesten zijn diverse voorbeelden te vinden waarin een erflater aan een stad bepaalde (periodieke) geldsommen nalaat met als doel van de rente daarvan bijvoorbeeld een jaarlijks schouwspel op te voeren of om het jaar spelen te organiseren. Dig. 33, 1, 6: “Iemand liet aan een stad een jaarlijkse geldsom na voor de spelen, [...]” en Dig. 33, 1, 21, 3: “Lucius Titius legateerde in zijn testament 100 000 sestertiën aan zijn geboortestad Sebaste met het doel dat uit de rente ervan om het jaar in zijn naam wedstrijden gehouden zouden worden.” Zie voorts Dig. 33, 1, 22 en Dig. 33, 2, 16 (Corpus Iuris Civilis – Digesten I).

7. Zie ook Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.1.2, en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/27.

8. Een alternatieve vorm voor fiduciair vermogensbeheer is de rechtsfiguur van de “trust” die echter in het Nederlandse recht (vooralsnog) niet erkend is.

### HOOFDSTUK 3

eigen organisatie konden hebben (er kon een soort bestuur van het vermogen worden aangewezen) en als het ware “los stonden” van de fiduciair beheerder. Er heerste echter in eerste instantie nog veel onduidelijkheid op het punt van organisatie en vertegenwoordiging van de doelvermogens.

Bepaalde soorten doelvermogens, de *piae causae*, die voorkwamen bij de latere Christelijke keizers in de Romeinse tijd, werden al duidelijker georganiseerd.<sup>9</sup> *Piae causae* of liefdadigheidsinstellingen hadden een algemeen charitatief (of eigenlijk een “vroom”) doel, zoals armenzorg of ziekenzorg.<sup>10</sup> Het doel zou ook, in vergelijking met de hiervoor genoemde klassieke doelvermogens, meer abstract genoemd kunnen worden, omdat de begunstigden doorgaans generiek aangeduide (groepen van) personen waren, zoals de armen of de zieken.<sup>11</sup> Het vermogen *ad pias causas* werd zelfstandig georganiseerd of werd door het bestuur van een plaatselijk “vreemdelingenhuis” of de plaatselijke kerk apart beheerd.<sup>12</sup> Ook later, zowel voor als na de Reformatie, werden liefdadigheidsinstellingen, zoals weeshuizen en gasthuizen, tot stand gebracht die een zekere zelfstandige status kregen.<sup>13</sup> Deze liefdadigheidsinstellingen hadden een eigen bestuur, konden zelfstandig contracten sluiten en eigendom verwerven.<sup>14</sup> Het duurde nog enige tijd voordat werd onderkend dat zij rechtspersoonlijkheid hadden, maar de organisatie en de wijze van besturen van dergelijke instellingen werden steeds meer uitgewerkt.

- 
9. Zie onder meer de bevelen van Christenkeizers opgenomen in de Codex, zoals C. 1, 2, 25 (26), Corpus Iuris Civilis Codex Justinianus-II.
  10. Dergelijke vormen van liefdadigheid werden als een kerkelijke aangelegenheid aangemerkt. Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.1.2.
  11. Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.1.2.
  12. Uit de Codex blijkt dat in een making *ad pias causas* de erflater of schenker soms rechtstreeks “de kerk” als begunstigde aanwijst. Aangezien de kerk een abstract begrip is, werd dit opgelost door te bepalen dat: “indien iemand onze Heer Christus als universeel erfgenaam of erfgenaam voor een deel heeft aangewezen”, aangenomen moet worden dat “als erfgenaam de heilige kerk van de stad, het dorp of de plaats waarin de overledene verbleven heeft, ingesteld is” (C. 1, 2, 25(26), Corpus Iuris Civilis Codex Justinianus-II). Soms werd vermogen nagelaten aan “de armen” of “de zieken”: “De verdeling van het vermogen over de zieken moet gebeuren door bemiddeling van de bestuurder van het vreemdelingenhuis, [...], hetzij door middel van de besteding van de jaarlijkse inkomsten, hetzij door verkoop van roerende of zichzelf bewegende zaken, met het doel dat daarmee onroerende zaken aangekocht worden en een jaarlijks levensonderhoud de zieken ten goede komt.” (C. 1, 3, 48(49), Corpus Iuris Civilis Codex Justinianus-II). Het vermogen *ad pias causas* ging onderdeel uitmaken van het overige vermogen van de plaatselijke kerk of het plaatselijke vreemdelingenhuis, maar het bestuur van de kerk of het vreemdelingenhuis moest het vermogen voor het genoemde doel apart beheren. Zie Feenstra 1994, nrs. 58, 61 en 65.
  13. Versteeg en Storm 1954, p. 11 e.v. De zelfstandige status werd mede vanwege de kerkelijke belangen geëerbiedigd.
  14. Schrage 1996, p. 105, en Van Tricht 1884, p. 81 e.v. en p. 113-114, noemen voorbeelden van contracten die bijvoorbeeld door gasthuizen werden gesloten.

Aanvankelijk was overheidstoestemming vereist voor de oprichting van liefdadigheidsinstellingen, zoals bijvoorbeeld gasthuizen, die steeds vaker “stichtingen” werden genoemd, maar na de Reformatie kwam deze overheidstoestemming te vervallen. De (stedelijke) overheid behield echter vaak wel invloed op de organisatie van dergelijke zelfstandige instellingen.<sup>15</sup> Zo matigden sommige steden zich het “oppertoezicht” aan en stelden zij voorschriften aan het door de bestuurders te voeren beheer.<sup>16</sup> Hoe dit er concreet uit zag blijkt uit “stichtingsbrieven” (een soort statuten) van bijvoorbeeld gasthuizen of proveniershuizen waarin de eerste bestuurders (regenten) werden benoemd en waarin de wijze van vertegenwoordiging en de “macht en rekenplichtigheid” van de vertegenwoordigers werd geregeld.<sup>17</sup>

Het stichtingenrecht was voor de inwerkingtreding van de WS 1956 nog gebaseerd op gewoonterecht, maar de kwalificatie als stichting kreeg steeds belangrijkere consequenties. Zo gaf artikel 1690 van het Burgerlijk Wetboek van 1838 (“Oud BW”) “instellingen van weldadigheid” die waren opgericht *in de vorm van een stichting* (kortgezegd: weldadige stichtingen) naast “zedelijke lichamen” de bevoegdheid tot het aangaan van “burgerlijke rechtshandelingen”.<sup>18</sup> Dergelijke weldadige stichtingen hadden armenverzorging ten doel en konden door de overheid of door private personen worden opgericht. Weldadige stichtingen die door private personen werden opgericht moesten mededeling doen aan de gemeente waar zij gevestigd waren over de “bepalingen omtrent de inrichting en het bestuur”. Een extra eis was dat het bestuur jaarlijks een financiële verantwoording moest afleggen aan de gemeente.<sup>19</sup>

Ook voor “stichtingen” die een meer privaat belang behartigden, zoals het in stand houden van een bepaald landgoed voor de familie, en die doorgaans bij overlijden werden opgericht, werd het hebben van een eigen organisatie een

- 
15. In eerste instantie had de kerk hierin een rol. Bestuurders van kerkelijke stichtingen die door de stichter of de bisschop waren benoemd, moesten zich na afloop, dat wil zeggen bij het neerleggen van hun beheer, zowel bij hun opvolgers als bij de bisschop verantwoorden. Zie Van Tricht 1884.
  16. Zie de voorbeelden genoemd door Versteeg en Storm (Versteeg en Storm 1954, p. 20 e.v.). Van Tricht noemt als voorbeeld het oppertoezicht van de gemeente Leeuwarden over het Sint Anthony gasthuis bij resolutie van het jaar 1582 (Van Tricht 1884, p. 118). Zie ook de verwijzing naar het oppertoezicht van de gemeente Rotterdam over het leproos- of proveniershuis in Rotterdam in de uitspraak van het Hof Zuid-Holland 28 september 1842, *W* 1842, 329. De gemeente Rotterdam heeft blijkens deze uitspraak het recht van benoeming van de regenten van dit “gesticht” en “neemt de rekeningen op”.
  17. Van Tricht noemt een stichtingsbrief waarin worden onderscheiden een *praesidens*, *provisores* en *receptores* (Van Tricht 1884, p. 117-118).
  18. Dit was geregeld in artikel 7 van de Armenwet van 1854 (Wet van den 28 juni 1854, tot regeling van het Armbestuur, *Stb.* 1854, no. 100).
  19. Artikel 10 van de Armenwet 1854 schreef voor dat jaarlijks opgave werd gedaan aan het gemeentebestuur van het aantal ondersteunden of verpleegden, uitgaven voor beheer en onderhoud en inkomsten door collecten, ontvangen bijdragen en subsidies.

## HOOFDSTUK 3

steeds belangrijker kenmerk. Datzelfde gold voor stichtingen met een “niet-persoonlijk doel”, zoals het beheren en in stand houden van een kunstcollectie in een museum.<sup>20</sup>

### 3.2.3 *Achtergrond WS 1956: het tegengaan van rechtsonzekerheid en het voorkomen van misbruik van de vereniging*

#### *Rechtsonzekerheid*

Een belangrijke reden voor het opstellen van een ontwerp voor een wettelijke regeling van stichtingen in 1954 was de rechtsonzekerheid die was ontstaan op een aantal gebieden.<sup>21</sup> Het gewoonterecht en de jurisprudentie bleken niet bij machte voor de stichting voldoende geëigende regels te geven, aldus de MvT bij de WS 1956. Een belangrijk punt van onzekerheid was dat onduidelijkheid bestond over de wijze en het moment waarop een stichting met rechtspersoonlijkheid ontstond. De rechtsonzekerheid op dit punt en op andere punten werd vanuit een oogpunt van algemeen belang onaanvaardbaar geacht. Deze rechtsonzekerheid bestond al eerder en om diezelfde reden was reeds eerder, in 1937, een poging tot wettelijke vastlegging gedaan.<sup>22</sup> Het wetsontwerp uit 1937 werd echter, nadat het “op velerlei tegenstand was gestuit”, in 1948 ingetrokken.<sup>23</sup> In plaats van het wetsontwerp uit 1937 aan te passen werd er voor gekozen te wachten op een geheel nieuwe regeling die verband zou houden met het ontwerp van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Deze nieuwe regeling werd het ontwerp van de WS 1956 en in de MvT bij de WS 1956 werd een passage herhaald uit de MvT bij het ontwerp uit 1937:

“Een bezwaar tegen den huidigen toestand is, dat een instituut, hetwelk in het rechtsverkeer een steeds belangrijker plaats is gaan innemen, aan geen enkele regel, zelfs van aanvullend recht, is onderworpen. Bij onvolledigheid der stichtingsakte doet zich die moeilijkheid zowel in de interne verhoudingen der stichtingen als naar buiten het meest gevoelen. Ook wanneer het doel (van een stichting) is bereikt of vaststaat, dat het onbereikbaar is, biedt het

---

20. Vaak was echter onduidelijk of sprake was van een legaat onder last, als gevolg waarvan een fonds op naam ontstond, of van een stichting. Wat het onder meer lastig maakte was dat het woord “stichting” of “gesticht” lang niet altijd duidelijk gebruikt werd. Soms werd de benaming “fonds” gebruikt – bijvoorbeeld in een testamentaire making – terwijl feitelijk sprake was van een stichting. Een stichting onderscheidt zich naar huidig recht eenvoudig van het fonds op naam door het hebben van rechtspersoonlijkheid. Voor de WS 1956 onderscheidde de stichting zich van het fonds op naam door het hebben van een eigen organisatie. Dit blijkt onder meer uit de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 22 februari 1899 *W* 7253, waarin een legaat onder last werd aangenomen aangezien “slechts” de pastoor werd aangewezen en daarmee een wel heel summier aanduiding van de organisatie werd gegeven. Zie hierover ook Versteeg en Storm 1954, p. 21.

21. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 5.

22. *Kamerstukken II* 1936-1937, 382, nrs. 1-2.

23. Zo blijkt uit *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 5.



positieve recht geen uitkomst. Voorts kan het ontbreken van elke controle op de gestie van het bestuur tot ongewenste gevolgen leiden. Wanbeheer en verwisting kunnen ongemerkt plaatsvinden; bestuurders kunnen zich bevoorstellen. Meermalen is er niemand, die het recht heeft hiertegen op te treden. Daar het niet bekend is welke stichtingen bestaan en wie de bestuurders zijn, is zelfs verduistering heel moeilijk te ontdekken.”<sup>24</sup>

#### *Voorkomen van misbruik van de stichtingsvorm*

Naast het wegnemen van rechtsonzekerheid, was een belangrijk motief voor het opstellen van een wettelijke regeling voor de stichting: het voorkomen van misbruik van de stichtingsvorm wanneer een andere rechtsvorm – zoals een vereniging – meer geëigend of feitelijk bedoeld was.<sup>25</sup> Verenigingen die veelal dezelfde werkzaamheden en vergelijkbare (ideële) doelstellingen hadden als stichtingen verkregen pas rechtspersoonlijkheid na Koninklijke goedkeuring (later: een ministeriële verklaring van geen bezwaar).<sup>26</sup> De Koninklijke erkenning geschiedde door goedkeuring van de statuten van de vereniging, waarin het doel, de grondslagen, de werkring en de overige regels van de vereniging moesten zijn opgenomen en kon slechts worden geweigerd op gronden ontleend aan het algemeen belang. Middels de voorgeschreven goedkeuring konden verenigingen met een statutair doel dat in strijd was met het algemeen belang worden geweerd. Niet alleen het doel maar ook andere onderdelen van de statuten werden beoordeeld. Zo werd bijvoorbeeld nagegaan of de leden van de vereniging op grond van de statuten een behoorlijke positie hadden die voldoende democratisch was.<sup>27</sup>

#### *Onderscheid door materiële kenmerken*

Voor de oprichting van een stichting met rechtspersoonlijkheid schreef de WS 1956 geen Koninklijke erkenning of een vorm van preventief toezicht voor. De wetgever koos er wel voor om, in navolging van het Ontwerp voor het Burgerlijk Wetboek van Meijers (Ontwerp Meijers),<sup>28</sup> in de wet materiële kenmerken voor

24. *Kamerstukken II* 1936-1937, 382, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 5.

25. Zie ook Polak 1956, p. 11.

26. Zie ook artikelen 5-7 van de Wet van 22 april 1855 tot regeling en beperking van het recht van vereniging en vergadering, *Stb.* 1855, nr. 32.

27. Aldus Minister Donker bij de parlementaire behandeling van de WS 1956 (*Handelingen II* 1955-1956, p. 2114).

28. Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek werd vastgesteld bij de wet van 12 mei 1960, *Stb.* 205 (“Vaststellingswet Boek 2 BW”). De eindtekst werd voorafgegaan door het ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek van E.M. Meijers met de daarbij behorende toelichting (“Toelichting Meijers”). Boek 2 BW trad op 26 juli 1976 in werking middels de wetten van 8 april 1976, *Stb.* 228 en *Stb.* 229 (“Invoeringswet”). De wet van 8 april 1976, *Stb.* 228, bevat de hoofdstukken 1 en 6 van de Invoeringswet en de wet van 8 april 1976, *Stb.* 229, de hoofdstukken 2, 3, 4 en 5.

### HOOFDSTUK 3

de stichting op te nemen, teneinde te voorkomen dat oprichters vrijelijk konden kiezen voor een stichting in plaats van een vereniging alleen om het preventief toezicht en/of de wettelijke voorschriften van de vereniging te omzeilen. De WS 1956 sloot wat betreft de formulering van materiële kenmerken (deels) aan bij het Ontwerp Meijers.<sup>29</sup>

“Een wetgever, die zijn dwingende bepalingen wenst te zien geëerbiedigd, moet materiële kenmerken voor de verschillende soorten van rechtspersonen opstellen, zodat iedere vorm beantwoordt aan een bijzondere door de wet erkende behoefte.”<sup>30</sup>

Tijdens de parlementaire behandeling van de WS 1956 signaleerde toenmalige Minister van Justitie Donker dat er stichtingen waren die in wezen verenigingen of “verkapte naamloze vennootschappen” waren.<sup>31</sup> De Minister vond het misbruik van de stichtingsvorm, dat een gevolg was van het ontbreken van een wettelijke regeling, hoogst ongewenst en merkte op dat de stichting niet duidelijk was afgebakend van andere rechtspersonen terwijl het bestuur van een stichting ongecontroleerd “het stichtingsdoel kan verijdelen en zich aan wanbeheer schuldig kan maken”. Ook vanuit de Tweede Kamer werd om diezelfde redenen aangedrongen op een wettelijke regeling. Daarbij werd wel aangetekend dat de wettelijke regeling soepel zou moeten zijn en dat de uitwerking voor een deel aan de rechter moest worden overlaten.<sup>32</sup> Het doel van het wetsontwerp moest niet zozeer zijn het scheppen van een “afgerond rechtstheoretisch systeem” maar vooral het codificeren van de bestaande toestand, het voorzien in praktische leemten en het tegengaan van misbruik.<sup>33</sup> Om die reden was de voorgestelde regeling in de WS 1956 betrekkelijk summier.

---

29. Meijers merkte daarover het volgende op: “Waar echter wel tegen gewaakt dient te worden, is, dat de verschillende typen van rechtspersonen zich enkel door formele kenmerken zouden onderscheiden, zodat alle vormen door elkaar voor een zelfde soort organisatie met een zelfde doel konden worden gebruikt. Helaas is het thans zo gesteld, dat een organisatie vrijelijk die vorm van rechtspersoon kan kiezen, die haar oprichters het meest aanstaat. Men vindt volkomen gelijkgeaarde ondernemingen nu eens als naamloze vennootschap, dan weer als verenigingen volgens de wet van 1855, ook wel als coöperatieve verenigingen of tegenwoordig zelfs als stichtingen opgericht. Men kiest die vorm van rechtspersoon, die men het minst bezwarend acht.” Zie ook Polak 1956, p. 13, en Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.1.

30. Toelichting Meijers uit 1954, Van Zeben, p. 211.

31. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2111.

32. De wetgever moet de stichting niet in een keurslijf dringen, aldus enkele Kamerleden. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2111.

33. Zie ook *Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 4, p. 2.

3.2.4 *Materiële kenmerken*

Artikel 1 van de WS 1956 luidde als volgt:

Artikel 1

1. Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een bepaald doel te verwezenlijken.
2. Indien de statuten een of meer personen de bevoegdheid geven in de vervulling van ledige plaatsen te voorzien, wordt zij niet uit dien hoofde aangemerkt leden te kennen.
3. Het doel van de stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

In de MvT bij de WS 1956 is te lezen dat de stichting zich onderscheidt van een vereniging door de betekenis die het vermogen heeft voor het doel en door het ontbreken van voor het doel samenwerkende leden.<sup>34</sup> In de in artikel 1 WS 1956 opgenomen omschrijving staan, evenals in het huidige artikel 2:285 BW, drie elementen die kenmerkend zijn voor de stichting:

1. het ledenverbod;
2. het hebben van een vermogen dat doelgebonden is (bestemd is voor een bepaald doel); en
3. het uitkeringsverbod.

Elementen 2 en 3 zien op het doel van de stichting, op haar werkzaamheden, en hangen met elkaar samen en zouden in plaats van twee ook één rechtskenmerk genoemd kunnen worden. Het ledenverbod betreft de interne organisatiestructuur van de stichting, maar vertoont – zoals hierna zal worden uitgewerkt – eveneens een zekere samenhang met de andere twee kenmerken.

Met name het ledenverbod had aanvankelijk ten doel om het hiervoor genoemde “misbruik van de stichting” te voorkomen en de stichting te onderscheiden van de vereniging.<sup>35</sup> Met het ledenverbod, het doelgebonden vermogen en het uitkeringsverbod onderscheidt de stichting, die een instellingskarakter heeft, zich

---

34. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 8.

35. Ook voor de vereniging geldt een (winst)uitkeringsverbod.

## HOOFDSTUK 3

ook van andere corporatieve rechtspersonen met leden of aandeelhouders, dat wil zeggen: de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV en de BV (welke laatste rechtsvorm destijds nog niet bestond).<sup>36</sup>

### 3.2.5 *Ontstaansvereisten*

#### *Formele eis*

Naast materiële kenmerken bevatte de WS 1956, net als nu, een formele eis: oprichting van een stichting vindt plaats bij notariële akte (“onder levenden”) of bij openbare uiterste wilsbeschikking (“na dode”) (artikel 3 lid 1 WS 1956). Een stichting, die als zodanig is opgericht voor een notaris, heeft rechtspersoonlijkheid. De formele rechtshandeling was dus, net als nu, beslissend voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. Uit de akte van oprichting blijkt direct dat sprake is van een stichting en bijvoorbeeld niet van een vereniging of een NV.

#### *Ontstaansvereisten*

Blijkens de MvT bij de WS 1956 stelde de op dat moment heersende rechtsliteratuur, die aansluiting zocht bij de rechtshistorie, drie vereisten aan het ontstaan van een stichting met rechtspersoonlijkheid:

- afzondering van een vermogen;
- aanwijzing van een bepaald doel; en
- aanwijzing van een organisatie.

Volgens de MvT volgt uit de literatuur dat het doel van een stichting ideëel moet zijn en dat er een zekere samenhang bestaat tussen de drie hiervoor genoemde vereisten.<sup>37</sup>

#### *Vermogenseis*

Het stichtingsvermogen en het beheer van dat vermogen neemt van oudsher een prominente plaats in bij de stichting. In de literatuur bestond echter discussie over de vraag of het daadwerkelijk afzonderen van vermogen een ontstaanseis

---

36. De vereniging, coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij worden gezien als corporatieve rechtspersonen. Zie hierover paragraaf 4.2. Ook de NV en de BV zijn van oorsprong corporatieve rechtspersonen, waar in plaats van leden aandeelhouders met elkaar samenwerken in een vennootschappelijk verband. Tegenwoordig is de enige wettelijke samenwerkingsverplichting van aandeelhouders nog het deelnemen in het in aandelen verdeelde kapitaal. Zie ook Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/11.

37. *Kamerstukken II 1953-1954*, 3463, nr. 3, p. 5. De notaris dient de hiervoor genoemde ontstaansvereisten te verifiëren.

was en of deze eis in de wet opgenomen moest worden. Het afzonderen van vermogen was volgens de literatuur en de rechtspraak in die tijd nodig om te kunnen constateren dat sprake was van rechtsbetrekkingen.<sup>38</sup> Sommige schrijvers waren van mening dat de vereniging “het substraat der rechtsbetrekkingen” vindt in de lidmaatschapsverhoudingen (*universitas personarum*) en de stichting in haar vermogen (*universitas rerum*).<sup>39</sup> Volgens Scholten is een stichting zonder vermogen mogelijk slechts een papieren stichting die geen maatschappelijke realiteit heeft.<sup>40</sup> Hiertegen werd – mijns inziens terecht – aangevoerd dat maatschappelijke realiteit niet uit vermogen hoeft te bestaan. Zo zou ook een stichting die (nog) geen vermogen heeft maar wel een eigen organisatie aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen.<sup>41</sup> Duynstee schreef hierover treffend dat een rechtssubject een persoon is *die in staat is* rechten en verplichtingen te hebben of te verkrijgen. Het “substraat der rechtsbetrekkingen” is naar zijn mening niet gelegen in het stichtingsvermogen maar in een bij de stichting georganiseerd belang dat in beginsel duurzaam moet worden nagestreefd: de stichting is de organisatie waarbinnen zulks plaatsvindt.<sup>42</sup>

- 
38. De rechtspraak ging er van uit dat een zeker vermogen moest worden afgezonderd aangezien er anders geen enkele rechtsbetrekking zou zijn. Ook in de rechtsliteratuur werd beargumenteerd dat het aanwezig zijn van rechtsbetrekkingen nodig was voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid. *Kamerstukken II* 3463, nr. 3, p. 5-6, Versteeg en Storm 1954, p. 44.
39. Versteeg en Storm (Versteeg en Storm 1954, p. 47) merken op dat de eis van vermogensafzondering door sommige auteurs, zoals Van de Velde (Van de Velde 1937), in nauw verband werd gebracht met doel en organisatie. Aangezien bij een vereniging sprake kan zijn een contractuele gebondenheid tot samenwerking ter bereiking van een bepaald doel, is vermogen niet direct nodig. Bij de stichting is echter sprake van een eenzijdig in het leven geroepen (te roepen) rechtspersoon en moet de gebondenheid aan het doel, anders dan contractueel, dus met vermogensafzondering, geconstrueerd worden. Bovendien werd beargumenteerd dat het afgezonderde vermogen geschikt, dus voldoende, moet zijn ter bereiking van het doel.
40. Scholten 1923, p. 23.
41. Waarbij het weer de vraag is of deze organisatie reëel moet zijn, dat wil zeggen: daadwerkelijk aanwezig moet zijn om rechtspersoonlijkheid aan te kunnen nemen. Zie ook Asser/Rensen 2-III\* 2012/303 waar is te lezen dat, hoewel het dogmatisch het meest zuiver zou zijn het bestaan van de stichting aan te nemen indien de organisatie reëel is en zij aan het rechtsverkeer deelneemt, het bezwaar hiertegen is dat de oprichting niet op een bepaald moment te traceren zou zijn, aangezien het bestaan van een organisatie niet aan een bepaalde rechtshandeling kan worden verbonden. Het moderne rechtsdenken wil de oprichting van een rechtspersoon zien als een bepaalde rechtshandeling.
42. Duynstee 1978, p. 29: “De Nederlandse rechtsorde acht de stichting een dusdanig organisatieverband dat aan haar rechtspersoonlijkheid wordt verleend. De vraag of deze rechtspersoon een vermogen heeft, behoeft op zichzelf daarbij niet van betekenis te zijn.”

### HOOFDSTUK 3

Intussen was de vermogens-eis in de praktijk verworden tot een formaliteit: regelmatig werd door stichters een symbolisch bedrag aan de stichting ter beschikking gesteld.<sup>43</sup> Tijdens de parlementaire behandeling van de WS 1956 werd desalniettemin uitvoerig gediscussieerd over de vermogens-eis. Toenmalig Minister Donker meende dat het ongewenst was dat iedereen voor een doel dat hem invalt een stichting in het leven kon roepen zonder dat hij zelf daarvoor de nodige middelen beschikbaar stelt. Op zijn minst zou een weg aangewezen moeten worden om die middelen met enige waarschijnlijkheid te verkrijgen, bijvoorbeeld door het ontvangen van subsidies.<sup>44</sup> Het ontwerp ging niet verder dan de eis te stellen dat door de oprichters zaken voor het aanvangskapitaal van een stichting werden aangewezen (zie ook de woorden “met behulp van een daartoe bestemd vermogen” in artikel 1 WS 1956). Indien dit kapitaal, tezamen met het na de oprichting verkregen of nog te verkrijgen vermogen, onvoldoende is om het gestelde doel te kunnen behartigen, kan de rechter de stichting ontbinden (artikel 3 lid 5 WS 1956, zie ook het huidige artikel 2:301 lid 1 sub a BW). Minister Van Oven, de ambtsopvolger van Minister Donker, sloot de discussie hierover vlak voor de stemming in de Eerste Kamer met de woorden “vermogen hoeft er niet te zijn, als het maar kan komen”.<sup>45</sup>

#### 3.2.6 Doeleinden en soorten stichtingen

##### *Uiteenlopende doeleinden*

Oorspronkelijk richtten de (voorlopers van) stichtingen zich op vrome doeleinden (*piae causae*), tegenwoordig ook wel – in iets ruimere zin – charitatieve doelen genoemd. Daarnaast ontwikkelde de stichting zich ook op andere terreinen.<sup>46</sup> Zo werden er stichtingen voor wetenschappelijke en culturele doelen opgericht. Naast stichtingen met maatschappelijk doel bestonden talrijke familiestichtingen. Veel oude stichtingen werden bij testament opgericht en waren in feite, in de woorden van Polak, een niet aan de duur van een mensenleven gebonden vorm van vermogensbeheer.<sup>47</sup> Volgens Polak werden ten tijde van de WS 1956 nog steeds veel van dergelijke stichtingen opgericht, maar kwamen daarnaast steeds meer stichtingen voor met andere doeleinden, opgericht onder levenden, waarbij vermogen en vermogensbeheer geen of nagenoeg geen rol speelden.

Ook de overheid ging de stichting steeds vaker gebruiken, bijvoorbeeld het Landbouw-Crisisfonds werd in 1936 in een stichting ondergebracht.<sup>48</sup> De wetgever wilde de bepalingen uit de WS 1956 echter niet van toepassing verklaren

---

43. Versteeg en Storm 1954, p. 45-46.

44. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 6.

45. *Handelingen I* 1955-1956, p. 2358 en 2360.

46. Van der Grinten 1943.

47. Polak 1956, p. 10.

48. *Kamerstukken I* 1935-1936, p. 237.

op dergelijke overheidsstichtingen.<sup>49</sup> In de MvT is te lezen dat tegen het gebruik van de stichtingsvorm door de overheid bezwaren zijn aan te voeren, die in afzonderlijke wetgeving geadresseerd moeten worden.<sup>50</sup> Voor kerkgenootschappen en pensioenfondsen die de vorm van een stichting hadden gold een eigen regeling.<sup>51</sup>

#### *Commerciële doelen*

Hoewel aanvankelijk het ontbreken van een wettelijke regeling volgens sommigen ruimte liet voor het gebruik van de stichting op verschillende terreinen, leek de rechtspraak beperkingen te stellen aan de doelstelling en bij de stichting, evenals bij de vereniging, slechts een ideëel doel toe te staan.<sup>52</sup> Uitgangspunt van de wetgever was dat voor “doeleinden die op winst zijn gericht” de NV en de coöperatieve vereniging meer geëigende vormen waren. Het toenemend gebruik van stichtingen voor een commercieel doel moest “als een misbruik worden gewraakt”, aldus de MvT bij de WS 1956.<sup>53</sup> Later nuanceerde de Minister dit en stelde vast dat een stichting een niet op winst gericht doel moet hebben, maar dat toelaatbaar is dat een stichting commerciële handelingen verricht en ook dat zij daarmee winst maakt, die overeenkomstig de bepalingen van de statuten aan de rechthebbenden ten goede komen. Daarbij werd opgemerkt dat het behalen van winst niet het hoofddoel mocht zijn maar slechts een middel om het doel te verwezenlijken.

49. Overheidsstichtingen wil zeggen: (1) stichtingen die uitsluitend of mede zijn of worden opgericht door de Staat, een provincie, een gemeente of een lichaam als bedoeld in de Wet gemeenschappelijke regelingen; en (2) stichtingen die ingevolge een wettelijk voorschrift met een taak zijn belast, zoals de stichtingen die een taak hebben bij de kwaliteitscontrole op landbouwproducten bij uitvoer (*Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 6-7, onder punt 14-18).

50. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 6-7.

51. Het ontwerp gold niet voor (1) kerkgenootschappen en hun zelfstandige onderdelen; (2) instellingen van weldadigheid in de zin van de Armenwet; en (3) pensioenfondsen en spaarfondsen in de zin van de Pensioen- en spaarfondsenwet (*Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 7 onder punten 19-21).

52. Polak 1956, p. 11. Enigszins flexibeler lijkt te zijn Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953/317 (Stichting B.W.T.) waar wordt overwogen dat aan de ene kant niet te streng vastgehouden moet worden aan de eisen van de “klassieke” opvatting van de stichting, te weten een uitsluitend ideëel doel en evenredigheid tussen vermogen en doel, maar dat aan de andere kant gewaakt moet worden tegen het misbruiken van de stichtingsvorm ter bereiking van doeleinden, die ook met andere de in de wet geregelde organisatievormen bereikt kunnen worden.

53. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 6.

## HOOFDSTUK 3

### 3.2.7 *Bepalingen omtrent de organisatie van de stichting en bestuursmodellen*

#### *Vrijheid wat betreft organisatie van de stichting*

Zoals opgemerkt bestonden al geruime tijd voor de inwerkingtreding van de WS 1956 op 1 januari 1957 veel stichtingen, dat wil zeggen: rechtspersonen met een eigen organisatie die als stichting optraden en deelnamen aan het rechtsverkeer. Eén van de voorwaarden voor het bestaan en erkennen van een stichting met rechtspersoonlijkheid was dat bepalingen omtrent het beheer en bestuur van de stichting op schrift moesten staan, bijvoorbeeld in een “stichtingsbrief”, statuten, of – in geval van een na dode op te richten stichting – in een testament. De stichter werd hierin vrij gelaten: hij kon bijvoorbeeld volstaan met het aanwijzen van één bestuurder en deze het recht van “assumtie en surrogatie” geven. Onder het recht van assumtie werd verstaan de bevoegdheid andere bestuurders naast zich te benoemen; het recht van surrogatie betekende dat de bestuurder iemand in zijn plaats mocht benoemen.<sup>54</sup> De oprichter kon de benoeming ook overlaten aan een derde of de benoeming aan een bepaalde functionaris of instantie opdragen. Ook kon de (plaatselijke) overheid het recht worden toegekend om de in het bestuur openvallende plaatsen aan te vullen.<sup>55</sup>

De WS 1956 veranderde weinig aan deze gebruiken en bevatte slechts minimale bepalingen omtrent de organisatie van de stichting. Artikel 3 lid 3 WS 1956 bepaalde slechts – evenals nu artikel 2:286 lid 4 BW – dat de statuten de wijze van benoeming van de bestuurders moesten inhouden.<sup>56</sup> De wetgever zag in dat van belang was dat in ieder geval de eerste organisatie van de stichting, de aanwijzing of benoeming van de eerste bestuurders, in de statuten wordt vastgelegd aangezien er anders geen organisatie tot stand komt en er niemand is die namens de stichting “haar wil kan bepalen”. De rol van de oprichter is immers uitgewerkt nadat de stichting is opgericht en er is geen algemene vergadering die op grond van de wet de bevoegdheid heeft bestuurders te benoemen.

#### *Rol van de rechtbank in verband met benoeming van bestuurders*

Veel stichtingen hadden slechts één bestuurder, die zelf zijn opvolger mocht benoemen.<sup>57</sup> Daarbij werd vaak door de oprichter bepaald dat, indien de bestuurders (soms “administrateurs” genoemd) geen gebruik maakten van het

---

54. Polak 1956, p. 96.

55. Feith 1925, p. 22.

56. Daar is pas later aan toegevoegd dat eveneens de wijze van ontslag geregeld moet zijn (zie artikel 2:286 lid 4 BW).

57. Zoals bijvoorbeeld het Papefonds, HR 9 januari 1925, *NJ* 1925, 327. Zie ook Rechtbank Breda 7 november 1939, *NJ* 1940, 324 (Newoco).



recht in hun opvolging te voorzien, de ontbrekende bestuurders door de rechtbank werden benoemd.<sup>58</sup> In de rechtspraak werd aangenomen dat de rechter in een vacature moest voorzien indien alle bestuurders ontbraken en er geen regeling voor benoeming van nieuwe bestuurders was.<sup>59</sup> In deze lijn werd in artikel 13 WS 1956 opgenomen dat, wanneer het door de statuten voorgeschreven bestuur geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten is voorzien, de rechtbank op verzoek van een belanghebbende of op vordering van het openbaar ministerie in de vervulling van de lege plaats kan voorzien (zie ook het huidige artikel 2:299 BW).

#### *Controle en verantwoording*

Uit rechtsliteratuur volgt dat het niet vaak voorkwam dat er een afzonderlijk intern toezichthoudend orgaan werd ingesteld. Wel werd soms door de oprichter een zekere vorm van controle van het bestuur “ingebouwd” door, aanvankelijk in een stichtingsbrief en later in de statuten, te bepalen dat het bestuur aan gedeputeerde staten, de gemeenteraad, burgemeester en wethouders of een andere “wereldlijke of kerkelijk autoriteit” rekening en verantwoording over het gevoerde beheer moest afleggen.<sup>60</sup> Een gemeente die subsidie verleende aan een stichting (met name instellingen met liefdadige doelen), bedong, evenals nu, vaak dat de begroting en de jaarrekening ter goedkeuring moesten worden voorgelegd.

#### *Verschillende soorten bestuurders*

Het lijkt er op dat modellen met verschillende soorten bestuurders voorkwamen of in ieder geval konden voorkomen. Zo had de Stedelijke Muziekschool Deventer<sup>61</sup> die in 1849 werd opgericht “commissarissen” die in feite bestuurstaken hadden. Bij de oprichting van deze stichting benoemden de oprichters zichzelf tot commissaris en vormden zij samen een “commissie”. Ten minste één van de commissarissen fungeerde tegelijk als bestuurder. Bepaald werd dat na de oprichting zowel bestuurders als commissarissen benoemd werden door de gemeente. De verschillende taken van de bestuurders en commissarissen, voor zover deze al te onderscheiden waren, blijken niet duidelijk uit de uitspraak van het Hof Arnhem uit 1898 over deze stichting.<sup>62</sup> Wel valt in de uitspraak te lezen

58. Bij het Fonds Jan de Koning (HR 11 december 1914, *W* 1915) bepaalde het testament van Jan de Koning dat, indien de bestuurders van het recht van assumptie of surrogatie geen gebruik maakten, de ontbrekende bestuurders door de rechtbank werden benoemd. Zie ook Polak 1956, p. 96.

59. Hof Amsterdam 6 december 1950, *NJ* 1951, 588.

60. Feith 1925, p. 39.

61. Hof Arnhem 20 april 1898, *W* 1900, 7444 (Stedelijke Muziekschool Deventer).

62. Deze uitspraak ging voornamelijk over de vraag of sprake was van een stichting of een vereniging. Het Hof oordeelde dat sprake van een stichting (een zelfstandige instelling) met een bestuur aan het hoofd en zonder leden.

### HOOFDSTUK 3

dat de commissie muzikleraren kon benoemen en in verband met de subsidie jaarlijks aan de gemeente rekening en verantwoording moest afleggen. Het bestuursmodel van deze stichting lijkt feitelijk nog het meest op een model met een algemeen en een dagelijks bestuur of een *one tier board*, aangezien “commissarissen” tevens bestuurder konden zijn, bestuurders en commissarissen door dezelfde instantie werden benoemd en zowel bestuurders als commissarissen bestuurstaken hadden.

#### *Geen wettelijke voorschriften omtrent bestuurders*

Onder het begrip “bestuur” werd in de WS 1956 verstaan “het orgaan dat de rechtspersoon in en buiten rechte vertegenwoordigt”. De WS 1956 schreef evenmin als bij andere rechtspersonen een minimumaantal bestuurders voor. Mede vanwege het ontbreken van intern corrigerende organen zou een voor de hand liggende vraag of discussiepunt zijn geweest of de wettelijke regeling niet een meerhoofdig bestuur als uitgangspunt zou moeten hebben. Uit de parlementaire geschiedenis bij de WS 1956 blijkt echter niet dat deze vraag aan de orde is geweest. Het is aannemelijk dat de wetgever ook op dit punt flexibiliteit wenste te bieden. Veel stichtingen waren destijds, net als nu, kleine non-profit organisaties die door vrijwilligers, dat wil zeggen: door onbetaalde bestuurders, werden bestuurd.

#### 3.2.8 *Corrigerende bevoegdheden ten aanzien van bestuurders via de rechter*

##### *Wettelijke mogelijkheden via de rechter*

In de WS 1956 werden aan het openbaar ministerie en aan belanghebbenden bevoegdheden toegekend om in het bestuur in te grijpen via de rechter.<sup>63</sup> De in de WS 1956 opgenomen bepalingen gelden thans nog nagenoeg ongewijzigd. De Minister overwoog nadrukkelijk dat het aanbeveling verdiende het overheidstoezicht op stichtingen, via het openbaar ministerie, beperkt te houden.<sup>64</sup> Het toezicht zou niet, althans niet in de eerste plaats, toezicht op het beleid moeten zijn, aangezien dit in beginsel ter vrije dispositie van het stichtingsbestuur staat.<sup>65</sup> In de WS 1956 werd bepaald dat slechts in een aantal wettelijk omschreven gevallen kan worden opgetreden tegen een bestuurder. Net als de huidige wet bepaalde de WS 1956 dat het openbaar ministerie en belanghebbenden de rechtbank kunnen verzoeken een bestuurder te ontslaan indien sprake is van wanbeheer of niet-naleving van de bepalingen van de wet en de statuten (artikel 12 lid 1 sub a WS 1956 en artikel 2:298 lid 1 sub a BW).

63. Zie ook de aanbevelingen van Feith 1925, p. 42-43.

64. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 8.

65. *Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 4, p. 9.

*Optreden in geval van wanbeheer, strijd met wet of statuten*

Enkele leden van de Vaste Commissie voor Justitie, die zich in 1954 over het wetsvoorstel bogen, vroegen aan Minister Donker of begunstigden (“gebeneficieerden”) niet al te gemakkelijk het bestuur van een stichting met een liefdadig doel voor de rechter zouden kunnen dagen om zich over het beheer te verantwoorden. De Minister antwoordde dat het bestuur niet in de eerste plaats tot verantwoording van zijn beleid verplicht is en dat degene die de rechter betreft moet bewijzen dat hij belanghebbende is en dat het bestuur zich schuldig maakt aan wanbeheer.<sup>66</sup> In het verslag van het overleg tussen de Minister en de Vaste Commissie is voorts te lezen dat de Minister van het openbaar ministerie geen omvangrijke activiteit verwachtte op het terrein van de stichtingen. De bedoeling van het ontwerp was om slechts op te treden in geval van wanbeheer of handelen in strijd met wet of statuten. Tot personeelsuitbreiding van de rechterlijke macht noopte deze nieuwe opdracht dan ook niet, aldus de Minister.

*Voorlopige voorzieningen*

Voorts werd in de WS 1956 de bepaling opgenomen dat, hangende het onderzoek naar handelen in strijd met de wet of statuten of wanbeheer, de rechtbank voorlopige voorzieningen kan treffen in het beheer en de bestuurder kan schorsen (artikel 12 lid 2 WS 1956, zie ook artikel 2:298 lid 2 BW). Bovendien werd bepaald dat een door de rechtbank ontslagen bestuurder gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van de stichting kan worden ((artikel 12 lid 3 WS 1956, zie ook artikel 2:298 lid 3 BW). Voorts werd de bepaling opgenomen dat het openbaar ministerie bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd dan wel of het beheer naar behoren wordt gevoerd, inlichtingen kan vragen en – via de rechtbank – openlegging van de boeken kan vorderen (artikel 11 WS 1956, zie ook artikel 2:297 BW). Tot slot werd in de WS 1956 bepaald dat een bestuurder die aan een daartoe door de rechtbank op vordering van het openbaar ministerie gegeven bevel niet meewerkt, kan worden ontslagen door de rechtbank conform de hiervoor genoemde procedure (artikel 12 lid 1 sub b WS 1956, zie ook artikel 2:298 lid 1 sub b BW).

*3.2.9 Toezichthoudend orgaan**Voorstel Commissie Petit*

In 1952 deed de Commissie Petit, die was ingesteld door het Centrum voor Staatkundige Vorming, in een rapport een voorstel voor een regeling van de stichting met een bestuur en een verplicht toezichthoudend orgaan.<sup>67</sup> Het toezichthoudend orgaan zou, volgens het voorstel van de Commissie Petit, moeten

66. *Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 4, p. 9.

67. Zie hierover Krootjes 1952, p. 169-177.

### HOOFDSTUK 3

bestaan uit ten minste twee natuurlijke personen, tenzij een rechtspersoon als toezichthoudend orgaan wordt benoemd. Het toezichthoudend orgaan zou moeten worden belast met het houden van toezicht op de naleving van de wet en statuten en op deugdelijk beheer door het bestuur. Voorts dient het toezichthoudend orgaan volgens het voorstel te voorzien in vacatures in het bestuur, de stichting te vertegenwoordigen in het geval dat een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de stichting en mag het beheersdaden die geen uitstel kunnen lijden verrichten als alle bestuurders ontbreken of verhinderd zijn. Tot slot suggereerde de Commissie Petit dat de taken van het toezichthoudend orgaan in de stichtingsbrief (de statuten) kunnen worden uitgebreid, maar dat aan het toezichthoudend orgaan niet zulke ruime bevoegdheden mogen worden toegekend dat dit orgaan een overwegende invloed heeft op het bestuur. Voorkomen moet worden dat bestuurders slechts uitvoerders worden van de leiding van het toezichthoudend orgaan, aldus de Commissie Petit.

#### *Vragen Vaste Commissie voor Justitie en reactie Minister van Justitie*

Tijdens de behandeling van het voorstel voor de WS 1956 stelde een aantal leden van de Vaste Commissie voor Justitie aan de Minister van Justitie de vraag of het – in lijn van het Rapport van de Commissie Petit – niet de voorkeur verdiende het toezicht op de werkzaamheid van het stichtingsbestuur aan anderen dan rechterlijke instanties op te dragen. Zij vroegen de Minister bovendien of in gevallen dat een toezichthoudend orgaan is ingesteld, de wettelijke regeling (van toezicht via de rechter) niet zou kunnen vervallen.<sup>68</sup>

Minister Donker zei in zijn reactie niets te voelen voor verplichte aanwijzing van een toezichthoudend orgaan voor alle stichtingen. Hij meende dat, hoewel instelling van een toezichthoudend orgaan in veel gevallen aanbeveling verdient, dit niet voor alle stichtingen noodzakelijk of wenselijk is:

“Aan het rechtsleven wordt hier vrijheid gelaten. Als bijzondere overweging geldt ook, dat een wezenlijk toezicht bij alle afzonderlijke stichtingen een zware wissel zou trekken op de krachten in de maatschappij, die zich in hoofdzaak belangeloos voor deze taak beschikbaar moeten stellen.”<sup>69</sup>

In reactie op de tweede vraag van de Vaste Commissie voor Justitie, vatte Minister Donker allereerst de bevoegdheden die in het ontwerp voor de WS 1956 aan de rechter werden toegekend als volgt samen: (a) wijziging van de statuten (artikel 9 WS 1956), (b) nietigverklaring van een statutenwijziging (artikel 10 WS 1956); (c) ontslag, schorsing en benoeming van bestuurders (artikel 12 en 13 WS 1956); (d) ontbinding van stichtingen met aanwijzing van vereffenaars (artikel 15

---

68. *Kamerstukken II 1954-1955*, 3463, nr. 4, p. 8.

69. *Kamerstukken II 1954-1955*, 3463, nr. 4, p. 9.

WS 1956); (e) ontzegging bij voorraad aan bestuurders van de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen (artikel 22 WS 1956). Bovendien werd aan het openbaar ministerie – als gezegd – de bevoegdheid toegekend om het bestuur om inlichtingen te verzoeken en kan het openbaar ministerie de rechter verzoeken om inzage van boeken en bescheiden te bevelen. De Minister vervolgde dat het wetsontwerp de genoemde bevoegdheden ook aan de rechter zou toekennen indien – overeenkomstig de aanbevelingen van de Commissie Petit – een toezichthoudend orgaan voor alle stichtingen verplicht zou worden gesteld. Ook in dat geval zouden de bevoegdheden van het openbaar ministerie, zoals de Commissie Petit zelf ook aangeeft, niet kunnen worden gemist, aldus de Minister. Voorts zegt Minister Donker:

“Verplichte aanwijzing voor elke stichting van een toezichthoudend orgaan betekent dus niet dat het toezicht, zoals dit in het ontwerp is opgedragen aan de rechter en openbaar ministerie, belangrijk zou kunnen veranderen. Slechts lijkt denkbaar, dat de mate van ingrijpen door rechter en openbaar ministerie in beide stelsels zou verschillen.”<sup>70</sup>

Uit het voorstaande kan mijns inziens worden afgeleid dat de wettelijke “corrigerende bevoegdheden” van het openbaar ministerie en van betrokken belanghebbenden via de rechter aldus vooral beoogden het ontbreken van een algemene vergadering en niet zozeer het ontbreken van een toezichthoudend orgaan te compenseren.

### 3.2.10 *Samenvatting en conclusies*

Voorlopers van de huidige stichting, die thans is geregeld in Boek 2 BW en daarvoor in de WS 1956, waren gebaseerd op het gewoonterecht. Op enig moment kregen instellingen met “vrome doeleinden” (*piae causae*), die aanvankelijk geen rechtspersoonlijkheid hadden, een bepaalde mate van zelfstandigheid en een eigen organisatie. Voorbeelden hiervan zijn armenhuizen en gasthuizen in de negentiende eeuw die regenten en administrateurs hadden. Het was mogelijk om een vorm van intern toezicht in te stellen. Sommige stichtingen, zoals de Stedelijke Muziekschool Deventer in 1898, hadden een bestuursmodel dat trekken vertoonde van de huidige *one tier board*.

De achtergrond van het vastleggen van het algemene stichtingenrecht in de WS 1956 was dat er rechtsonzekerheid bestond omtrent de vraag wanneer en hoe een stichting met rechtspersoonlijkheid ontstond. In de politiek werd bovendien opgemerkt dat het ontbreken van elke controle op het bestuur tot ongewenste

---

70. *Kamerstukken II 1954-1955*, 3463, nr. 4, p. 9.

### HOOFDSTUK 3

gevolgen zou kunnen leiden; wanbeheer en verkwisting zou ongemerkt kunnen plaatsvinden; bestuurders zouden zichzelf kunnen bevoordelen. In de WS 1956 werd voorgeschreven dat de stichting wordt opgericht bij notariële akte, maar preventief toezicht door de overheid (een verklaring van geen bezwaar voor de oprichting) was – anders dan bij een vereniging – niet vereist. Over de regeling van de taak en de bevoegdheden van een (optioneel) toezichthoudend orgaan werd tijdens de parlementaire behandeling niet gesproken. Het stichtingenrecht bevatte van meet af aan bewust weinig governanceregels en bood bewust flexibiliteit. Wel werden in de WS 1956 bevoegdheden toegekend aan het openbaar ministerie, die ook in het huidige stichtingenrecht (titel 6 van Boek 2 BW) terug te zien zijn. De toenmalige Minister van Justitie merkte daarbij op dat hij op dit terrein van het openbaar ministerie geen omvangrijke activiteit verwachtte.

Een ander belangrijk motief voor het opstellen van een wettelijke regeling was het voorkomen van misbruik van de stichtingsvorm, wanneer eigenlijk bedoeld was een vereniging of een andere rechtsvorm op te richten. Om die reden werden in de WS 1956 de thans nog geldende materiële kenmerken voor de stichting opgenomen waarmee de stichting zich onderscheidt van corporatieve rechtspersonen: het hebben van een doelgebonden vermogen, het uitkeringsverbod en het ledenverbod. Bepaald werd dat een stichting die niet voldoet aan deze materiële kenmerken op verzoek van het openbaar ministerie of een belanghebbende door de rechtbank ontbonden kan worden.

In verband met de grondstructuur van de stichting, die anders dan andere rechtspersonen geen algemene vergadering kent, werd voor de stichting extern toezicht op het bestuur door het openbaar ministerie geregeld. Het openbaar ministerie en belanghebbenden hebben sinds de WS 1956 de bevoegdheid om de rechter te verzoeken een bestuurder te ontslaan ingeval van wanbeheer en niet-naleving van de wet en de statuten.

Tijdens de parlementaire behandeling van de WS 1956 zei de Minister van Justitie niets te voelen voor verplichte aanwijzing van een toezichthoudend orgaan. Bovendien zei de Minister dat verplichte aanwijzing van een raad van toezicht niet zou betekenen dat het toezicht door de rechter en het openbaar ministerie zou kunnen vervallen. De wettelijke corrigerende bevoegdheden van de rechter en het openbaar ministerie lijken dan ook als de achtergrond te hebben dat zij het ontbreken van een algemene vergadering compenseren, hetgeen niet kan worden “opgevangen” door het instellen van een intern toezichthoudend orgaan. De Minister merkte voorts op dat instelling van een toezichthoudend orgaan in veel gevallen wel aanbeveling verdient, maar dat het rechtsleven op dit punt vrijheid moet worden gelaten.

### 3.3 Governanceontwikkelingen in de jaren '70, '80 en '90

#### 3.3.1 *Inleiding*

In 1976 trad Boek 2 BW in werking, waarin een aparte titel werd opgenomen voor stichtingen. Deze stichtingentitel bevatte nagenoeg dezelfde bepalingen als de WS 1956, maar enkele regelingen – zoals ontbinding van de stichting – waren overgebracht naar de algemene titel in Boek 2 BW, die voor alle rechtspersonen geldt.

In deze paragraaf komen discussies aan de orde die in de politiek in de jaren '70, '80 en '90 over governance bij stichtingen werden gevoerd naar aanleiding van verschillende bepalingen in Boek 2 BW. In het bijzonder wordt ingegaan op discussies over het al dan niet regelen van het toezichthoudend orgaan bij (grote) stichtingen, maar ook op de invloed van belanghebbenden bij stichtingen. Geschetst wordt welke besturingsmodellen in deze periode bij grote stichtingen voorkwamen.

#### 3.3.2 *Invoering Boek 2 BW: één wettelijke regeling voor alle soorten stichtingen*

##### *Vaststellingswet Boek 2 BW*

In 1960, dus vlak na de invoering van de WS 1956, werd Boek 2 BW vastgesteld middels de Vaststellingswet Boek 2 BW,<sup>71</sup> waarin een afzonderlijke titel werd gereserveerd voor stichtingen.<sup>72</sup> De tekst van deze titel was grotendeels gelijk aan de WS 1956. Daarin werden slechts, in de woorden van de toenmalige Minister van Justitie, enkele “voor de hand liggende verduidelijkingen” opgenomen.<sup>73</sup>

71. Wet van 12 mei 1960 tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 205.

72. Deze Titel 4 werd aanvankelijk buiten beschouwing gelaten (*Kamerstukken II* 1956-1957, 3769, nr. 2 en 3), maar nadat de vaste Commissie voor Justitie had opgemerkt (*Kamerstukken II* 1956-1957, 3769, nr. 4, p. 23) de voorkeur te geven aan het incorporeren van de vlak daarvoor in werking getreden bepalingen van het stichtingenrecht in Boek 2 van het nieuwe BW, werd Titel 4 alsnog opgenomen in het wetsontwerp (*Kamerstukken II* 1956-1957, 3769, nr. 5 en 6).

73. *Kamerstukken II* 1956-1957, 3769, nr. 5, p. 37. Eén van de verduidelijkingen betrof artikel 1 lid 1 (artikel 2.4.1 van het ontwerp): “met behulp van een bepaald doel” werd gewijzigd in “met behulp van een in de statuten vermeld doel.” Volgens de Minister van Justitie zou de zinsnede “met behulp van een bepaald doel” de indruk kunnen wekken dat het doel een zekere bepaaldheid moet bezitten, terwijl deze eis in de rechtspraak van de Hoge Raad niet werd gesteld. *Kamerstukken II* 1956-1957, 3769, nr. 5, p. 37.

### HOOFDSTUK 3

#### *Invoeringswet Boek 2 BW*

Boek 2 BW trad echter pas in werking in 1976 met de Invoeringswet Boek 2 BW. De WS 1956 werd daarbij ingetrokken en het stichtingenrecht werd vanaf dat moment geregeld in Titel 4 van Boek 2 BW (artikelen 2.4.1 en volgende). Bij gelegenheid van de Invoeringswet Boek 2 BW werd het hiervoor genoemde preventief toezicht op verenigingen afgeschaft, zodat op dit punt de stichting en de vereniging niet langer van elkaar verschilden. Verder wijzigde de Invoeringswet Boek 2 BW wat betreft stichtingen slechts een beperkt aantal bepalingen uit de Vaststellingswet Boek 2 BW.

#### *Pensioen- en spaarfondsen*

De Invoeringswet Boek 2 BW bevatte een toevoeging die pensioenfondsen en spaarfondsen betrof. Pensioen- en spaarfondsen waren geregeld in de Pensioen- en Spaarfondsenwet en konden een vereniging, NV, een stichting of een rechtspersoon van eigen aard zijn. Als zij een stichting waren, werden zij slechts geregeld door de Pensioen- en Spaarfondsenwet, maar vielen zij niet onder het stichtingenrecht (de WS 1956). De Invoeringswet Boek 2 BW bracht hierin verandering en bepaalde dat pensioen- en spaarfondsen voor de stichtingsvorm of voor één van de andere rechtspersoonsvormen van Boek 2 BW moesten kiezen, waarmee de voor die rechtsvorm geldende Boek 2 BW-bepalingen van toepassing werden. Volgens de MvT bij de Invoeringswet Boek 2 BW kon echter twijfel bestaan over de vraag of de door Boek 2 BW geregelde stichtingsvorm, die in veel gevallen de meest aangewezen vorm van een pensioen- of spaarfonds is, wel gekozen kon worden, omdat aan deelnemers van pensioen- of spaarregelingen bevoegdheden plegen te worden toegekend waarvan onzeker is of zij niet in strijd komen met het ledenverbod van artikel 2.4.1. Bovendien zouden uitkeringen die het fonds zich ten doel stelt ten dele in strijd kunnen komen met het uitkeringsverbod van lid 3 van artikel 2.4.1.<sup>74</sup> Vanwege het feit dat de wetgever een pensioen- of spaarfonds toch de mogelijkheid wilde geven de stichtingsvorm te kiezen, werd een artikel ingevoegd (artikel 2.4.16a) waarin kwam te staan dat de deelnemers in het fonds voor de toepassing van artikel 2.4.1 niet als leden van de stichting worden beschouwd en dat lid 3 van artikel 2.4.1 niet van toepassing is ten aanzien van pensioenuitkeringen. Deze regeling bestaat onder huidig recht nog steeds en is thans opgenomen in artikel 2:304 BW.

Boek 2 BW regelde nu alle soorten stichtingen. De uitzondering voor overheidsstichtingen was in 1963 reeds vervallen,<sup>75</sup> zodat ook voor stichtingen die door de overheid waren opgericht dezelfde bepalingen golden als voor andere soorten stichtingen.

---

74. *Kamerstukken II* 1970-1971, 11 005, nr. 3, p. 34.

75. Wet van 10 juli 1963 tot wijziging van de Wet op stichtingen met betrekking tot kerkelijke stichtingen en overheidsstichtingen, *Stb.* 1963, 297.



### 3.3.3 *Invoering Boek 2 BW: regels voor stichtingen met een onderneming en regels voor het toezichthoudend orgaan?*

#### *Opmerkingen van Polak*

In 1971 vroeg Polak aandacht voor het feit dat de stichting met haar uiterst summiere regeling op enkele punten “merkwaardig afwijkt van andere rechtspersonen”.<sup>76</sup> Die punten zijn volgens Polak het ondernemingsaspect en het toezicht. Voorts merkte Polak op dat sommige algemene bepalingen uit de WS 1956 in verband met de invoering van Boek 2 BW waren overgebracht naar Titel 1 van Boek 2 BW (algemene bepalingen die gelden voor alle rechtspersonen) en dat daarbij de vraag gesteld kon worden of niet meer bepalingen naar deze algemene titel overgebracht konden en moesten worden. Volgens hem was het mogelijk om het aantal voor alle rechtspersonen geldende gemeenschappelijke bepalingen uit te breiden en daarmee de titels van de afzonderlijke rechtspersonen te beperken tot hetgeen specifiek is voor die rechtspersonen. “Om een voorbeeld te geven: dat het bestuur bevoegd is om in naam van de rechtspersoon te handelen en in rechte op te treden, voor zover in de statuten niet anders is bepaald, zou ook één keer gezegd kunnen worden.”

#### *Reactie van de Minister van Justitie*

Het advies van Polak over uitbreiding van Titel 1 werd niet opgevolgd. Wel werd zijn opmerking over het ondernemingsaspect van de stichting opgepakt door de Tweede Kamercommissie voor Justitie. De Commissie merkte in 1972 in het kader de parlementaire behandeling van de Invoeringswet Boek 2 BW op dat de wetgeving weinig rekening houdt met het ondernemingsaspect van de stichting en vroeg zich bovendien af of het zin zou hebben om, evenals bij grote vennootschappen, grote stichtingen aan afzonderlijke regels betreffende publicatie, bestuur en toezicht te onderwerpen.<sup>77</sup>

De toenmalige Minister van Justitie antwoordde hierop dat er veel stichtingen met een onderneming voorkomen en dat de wetgeving wel degelijk rekening houdt met het feit dat een stichting een onderneming kan hebben. Het begrip onderneming heeft in de onderscheiden wetten een verschillende inhoud, aldus de Minister, die daarmee doelde op de onderneming in de zin van de Handelsregisterwet, die in het handelsregister moet worden ingeschreven, en de onderneming in de zin van de Wet op de ondernemingsraden (WOR).<sup>78</sup> De Minister was van oordeel dat er geen algemene afzonderlijke regels hoefden te komen voor grote ondernemende stichtingen.

76. Polak 1971, p. 101-103.

77. *Kamerstukken II* 1971-1972, 11 005, nr. 6, p.12.

78. *Kamerstukken II* 1972-1973, 11 005, nr. 7, p.15.

### HOOFDSTUK 3

#### *Rechtsvorm voor maatschappelijke activiteiten*

In de MvT bij de Invoeringswet Boek 2 BW werd de moderne stichting “een organisatorische vorm voor maatschappelijke activiteiten” genoemd. In veel gevallen is het vermogen van een stichting niet van de oprichter afkomstig; vooral op het gebied van maatschappelijk werk en volksgezondheid verkrijgen veel stichtingen hun middelen (hoofdzakelijk) uit overheidssubsidies en particuliere bijdragen, aldus de MvT.<sup>79</sup> De functie van de stichting is bij het moderne gebruik niet zozeer dat een vermogen bestemd voor een bepaald doel wordt verzelfstandigd, maar om de juridische drager te zijn van maatschappelijke activiteiten, aldus de MvT. Aangezien voor deze functie het hebben van een (start) vermogen niet noodzakelijk is, werd de wet op dit punt verduidelijkt.<sup>80</sup>

#### *Twee gebruiksvormen*

Overigens werd de stichting, net als nu, niet alleen gebruikt voor maatschappelijke activiteiten maar ook nog voor particuliere doeleinden. Gezegd zou kunnen worden dat deze twee te onderscheiden gebruiksvormen, particuliere stichtingen en stichtingen met maatschappelijke activiteiten, in het verlengde liggen van twee te onderscheiden voorlopers van de stichting: de klassieke doelvermogens en de *piae causae* alsook van twee door Duitse rechtsgeleerden onderscheiden vormen: de *Hauptgeltstiftungen* (fondsen bestemd voor een bepaald doel) en de *Anstaltstiftungen* (inrichtingen of instellingen, zoals bijvoorbeeld ziekenhuizen of weeshuizen).<sup>81</sup>

#### *Wettelijke regeling van commissarissen bij stichtingen?*

Ook het andere door Polak gesignaleerde punt, het ontbreken van bepalingen over intern toezicht bij stichtingen, werd door de Commissie voor Justitie opgepakt. De Commissie vroeg zich af of het geen aanbeveling zou verdienen om bij stichtingen, evenals bij verenigingen, een bepaling op te nemen omtrent de mogelijkheid van het aanstellen van commissarissen. De stichting zou hier extra behoefte aan hebben, volgens de Commissie, aangezien de stichting anders dan de vereniging niet voorzien is van een toezichthoudend lichaam als de algemene vergadering.<sup>82</sup> De Minister van Justitie antwoordde dat hij het interne toezicht flexibel wilde houden:

79. *Kamerstukken II* 1970-1971, 11 005, nr. 3, p. 32. Zie ook Duynstee 1978, p. 30.

80. Evenals in de WS 1956 stond in de Vaststellingswet Boek 2 BW van 1960 dat de akte van oprichting van de stichting de goederen (aanvankelijk: “zaken”) moet aanwijzen die tot haar kapitaal worden bestemd. Deze zin leidde tot verwarring en verviel met de Invoeringswet Boek 2 BW. Wel bleef gehandhaafd de bepaling dat de rechter tot ontbinding van een stichting kan overgaan wanneer aan het licht komt dat de stichting als gevolg van een gebrek aan vermogen haar doel niet kan verwezenlijken.

81. Zie ook Asser/Rensen 2-III\* 2012/299.

82. *Kamerstukken II* 1971-1972, 11 005, nr. 6, p.12.

“In de praktijk kent een aantal stichtingen een toezichhoudend college. Zulk een college komt in verschillende vormen voor – zoals een raad van toezicht, een algemeen bestuur – waarbij het dagelijks bestuur is overgelaten aan enkele bestuursleden. Ook treedt het bestuur wel in feite als toezichhoudend college op, doordat het dagelijks beleid is overgelaten aan een directie. Zeer gebruikelijk is deze laatste vorm bijv. bij ziekenhuisstichtingen; het dagelijks beleid ligt geheel in handen van de directie; de vertegenwoordiging van de stichting in het externe rechtsverkeer geschiedt door een directeur. Aan een bepaling omtrent commissarissen ziet de ondergetekende daarom weinig behoefte.”<sup>83</sup>

Veel schrijvers uit die tijd waren het eens met deze door de wetgever geboden flexibiliteit. Duynstee schreef in 1978 dat naar zijn mening aan het verplichtend voorschrijven van een toezichhoudend orgaan geen behoefte bestond. Ook zonder wettelijke basis kan een toezichhoudend orgaan in de statuten opgenomen worden, welk orgaan bijvoorbeeld goedkeuring moet verlenen aan bepaalde bestuurshandelingen. Het hangt echter geheel van de maatschappelijke functie en betekenis van de stichting af of een dergelijke regeling zinvol is, aldus Duynstee. Hij meende dat het aan de stichtingsoprichter overgelaten moet worden of hij een dergelijk toezichhoudend orgaan in het leven wil roepen.<sup>84</sup>

### 3.3.4 *Wettelijke taakomschrijving van commissarissen en invoering structuurregeling*

In de jaren '60 en '70 ontstonden wat betreft kapitaalvennootschappen discussies over de “sociale kant” van bestuur en toezicht, welke discussies uiteindelijk leidden tot de invoering van de structuurregeling. In 1971 werden in het Wetboek van Koophandel voorzieningen opgenomen “met betrekking tot de structuur der naamloze en besloten vennootschappen” (“structuurregeling”).<sup>85</sup>

#### *Wettelijke taakomschrijving van commissarissen van NV's (en BV's)*

Zoals in de literatuur wordt beschreven, is de raad van commissarissen van een kapitaalvennootschap in zijn oorspronkelijke opzet een orgaan dat ten behoeve van de aandeelhouders toezicht houdt op het bestuur.<sup>86</sup> Uit de jurisprudentie

83. *Kamerstukken II* 1972-1973, 11 005 en 11416, nr. 7, p.15.

84. Duynstee 1978, p. 76.

85. *Stb.* 1971, 289.

86. Zie onder meer Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 68.

### HOOFDSTUK 3

volgde op enig moment dat commissarissen geacht worden een eigen taak te hebben en zich bij de uitoefening van die taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap.<sup>87</sup> Het belang van de vennootschap valt niet noodzakelijkerwijs samen met de belangen van de aandeelhouder.<sup>88</sup>

De wet die de structuurregeling introduceerde, bevatte niet alleen een regeling voor de structuurvennootschap (waarover hierna meer), maar ook nieuwe wettelijke bepalingen voor de (optionele en verplichte) raden van commissarissen van de vennootschap in het algemeen. Zo werd de wettelijke taak van de raad van commissarissen vastgelegd in artikel 50 WvK (Oud), de voorloper van artikel 2:140 en 250 lid 2 BW.<sup>89</sup> In de MvT werd hierover het volgende gezegd:

“Artikel 50 regelt, naast de mogelijkheid tot instelling van een raad van commissarissen, diens taak in het algemeen. De hoofdtaak van commissarissen is in het ontwerp, in overeenstemming met het voorstel der Commissie-Ondernemingsrecht, omschreven als het uitoefenen van toezicht en het geven van advies.”<sup>90</sup>

Bovendien werd in de wettekst een norminstructie opgenomen: het belang van de vennootschap:

“In de redactie hebben wij aansluiting gezocht bij de formulering van de Hoge Raad, nl. dat de commissarissen zich richten naar het belang der vennootschap. Daaraan hebben zij het belang der onderneming toegevoegd teneinde geen voet te geven aan de gedachte dat commissarissen slechts het belang der aandeelhouders als groep behartigen, zonder acht te slaan op dat der werknemers. De bedoeling is juist te doen uitkomen dat de commissarissen het belang van het geheel behartigen.”<sup>91</sup>

---

87. De Jongh 2014, p. 547 e.v.

88. HR 1 april 1949, *NJ* 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij-arrest).

89. De bepalingen betreffende de structuurregeling voor NV's en BV's kwamen enkele jaren later in een aparte afdeling in Boek 2 BW te staan en de taakomschrijving van commissarissen van NV's en BV's (in het algemeen) werd opgenomen in artikelen 2:140 en 250 lid 2 BW. *Stb.* 1978, 228.

90. *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 751, nr. 3, p. 12-13. De MvT vervolgde: “Weliswaar worden – bij het ontbreken van een definitie in de tegenwoordige wet: zie het eigenaardige artikel 50b – in de literatuur wel andere kenmerken van de positie van commissarissen opgenoemd, maar deze kan men beschouwen als onderdeel of uitvloeisel van de algemene taak van toezicht en advies.”

91. *Kamerstukken II* 1969-1970, 10 751, nr. 3, p. 12-13.

*Intermezzo: wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen van verenigingen*

Voor verenigingen kende de wet aanvankelijk een regeling van de raad van commissarissen: artikel 47 (oud) BW.<sup>92</sup> Dit artikel werd echter met de invoering van de structuurregeling voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen in 1989 overgebracht naar artikel 2:57 lid 2 BW.<sup>93</sup> De taakomschrijving van de raad van commissarissen van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen was hetzelfde als de taakomschrijving van kapitaalvennootschappen, waarbij in plaats van het woord “vennootschap” het woord “rechtspersoon” werd gebezigd.

De wettelijke taakomschrijving voor de raad van commissarissen van gewone verenigingen kwam met de overheveling naar artikel 2:57 lid 2 BW echter te vervallen.<sup>94</sup> De MvT zei over het schrappen van deze bepaling:

“Artikel 47 is voornamelijk met het oog op coöperaties in de wet opgenomen. Bij “gewone” verenigingen is een raad van toezicht of dergelijk college zeer zeldzaam. Verenigingen kunnen ook allerlei andere organen hebben, zoals tuchtcommissies, klachtencommissies, wedstrijdcommissies e.d., waarover de wet zwijgt. De gevallen verschillen onderling te veel om ze eenvormig te regelen. Daarom wordt de gelegenheid te baat genomen ook de regeling van de raad van commissarissen in de wet nog slechts op te nemen voor coöperaties, zodat andere verenigingen vrij zullen zijn in hun statutaire regeling van een raad van toezicht.”<sup>95</sup>

Opvallend aan deze passage is mijns inziens dat de indruk wordt gewekt dat tuchtcommissies, klachtcommissies, etc., een zelfde toezichthoudende taak hebben of kunnen hebben als een raad van commissarissen. Bovendien is wonderlijk dat de wet toen reeds een tegenstrijdig belangregeling voor verenigingen bevatte waarin aan de raad van commissarissen een wettelijke rol is toebedeeld (het huidige artikel 2:46 BW).

92. Het eerste lid van artikel 2:47 (oud) BW (voorheen 2.2.1.22) luidde als volgt: “Bij de statuten kan worden bepaald, dat het toezicht op het bestuur aan een raad van commissarissen, die uit natuurlijke personen bestaat zal worden opgedragen. Tenzij de statuten anders bepalen, bedraagt het aantal der commissarissen drie.”

93. *Stb.* 1988, 305 (Invoering van de structuurregeling voor grote coöperaties en voor grote onderlinge waarborgmaatschappijen).

94. De vastlegging van de taakomschrijving voor commissarissen van een coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij hing, evenals de vastlegging van de taakomschrijving bij NV's en BV's, samen met de invoering van de verplichte raad van commissarissen voor structuurcoöperaties en -onderlinge waarborgmaatschappijen. Bij dezelfde wet werd de regeling van de instelling van een raad van commissarissen bij gewone verenigingen vreemd genoeg geschrapt.

95. *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 775, nr. 3, p. 10.

*Inhoud en reikwijdte structuurregeling*

De structuurregeling ging er van uit dat sprake moest zijn van een gelijke invloed van kapitaal en arbeid (aandeelhouders en ondernemingsraad) op de samenstelling van de raad van commissarissen. De structuurregeling was oorspronkelijk slechts bedoeld voor beurs-NV's waarbij vaak sprake was van verspreid aandelenbezit en soms een grote afstand bestond tussen kapitaalverschaffers en onderneming. Vanwege het verspreide aandelenbezit kan de "macht" binnen de vennootschap komen te liggen bij een "toevallige meerderheid" van de aandeelhouders die op de vergadering zijn verschenen, welke aandeelhouders niet representatief behoeven te zijn voor alle aandeelhouders. Men meende dat bij dergelijke vennootschappen onafhankelijk toezicht op het bestuur verplicht gesteld moest worden, aangezien kapitaalverschaffers onvoldoende in staat en bereid waren om zelf toezicht uit te oefenen.<sup>96</sup> Uiteindelijk werd de regeling niet alleen van toepassing verklaard op beursvennootschappen, maar op alle (aanvankelijk naamloze) vennootschappen die als "groot" in de zin van de structuurregeling kwalificeerden.

Een vennootschap die voldeed aan de criteria voor structuurvennootschap werd op grond van de wet verplicht een raad van commissarissen in te stellen. Tot dan toe was instelling van een raad van commissarissen bij alle vennootschappen facultatief. De raad van commissarissen van een structuurvennootschap benoemde zelf zijn leden, waarbij een invloedsmogelijkheid werd toegekend aan de ondernemingsraad en de algemene vergadering (ook wel "gecontroleerde coöptatie" genoemd). De raad van commissarissen van de structuurvennootschap kreeg een aantal wettelijke bevoegdheden: benoeming van bestuurders en commissarissen, ontslag van bestuurders, vaststelling van de jaarrekening en goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten.<sup>97</sup>

*Structuurregeling voor stichtingen?*

Toenmalig Minister van Justitie Van Agt meende dat de stichting te zeer van de kapitaalvennootschap verschilt om haar, ook als zij een grote omvang heeft, een structuur op leggen die vergelijkbaar is met de structuurregeling voor grote vennootschappen.<sup>98</sup> De Minister zei dat de aan de structuurregeling voor grote vennootschappen ten grondslag liggende gedachte over gelijke invloed van aandeelhouders en ondernemingsraad op de samenstelling van de raad van commissarissen niet opgaat bij stichtingen, aangezien zij geen aandeelhoudersvergadering kennen.

---

96. De Nijs Bik 2013, p. 3.

97. De Nijs Bik 2013, p. 3.

98. *Kamerstukken II 1972-1973*, 11 005 en 11416, nr. 7, p.15.

*Amendementen Haas-Berger*

Een aantal Kamerleden nam hier geen genoegen mee. Kamerlid Haas-Berger diende een amendement in dat inhield in dat werknemers invloed moesten kunnen uitoefenen op de samenstelling van het bestuur van een stichting.<sup>99</sup> Kort daarna diende zij nog een amendement in dat er op neer kwam dat een grote stichting inzicht dient te geven in haar financiële situatie.<sup>100</sup> Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer in 1975 zei mevrouw Haas-Berger dat:

“bij de structuur van grote stichtingen, waar wij hier over spreken, vele duizenden Nederlanders zijn betrokken, die geen invloed hebben op de samenstelling van het bestuur van de onderneming, waarin zij werken, omdat het toevallig een stichting is. Ook vrijwel nooit wijzen wij er op, dat hier, in dit dorlijkende boek, de grondoorzaken liggen voor conflicten, die huizehoge publiciteit kregen: nieuw Dennendal, om er maar een te noemen, en dat het gaat om het beheer van kapitale – door de gemeenschap verstrekte – vermogens, waar buitenstaanders geen enkel inzicht in kunnen krijgen, om nog maar niet te spreken over een ander, publiekelijk terecht hoog gewaardeerd goed als ons gemeenschappelijk woningbezit, dat ook voor een gedeelte door oncontroleerbare stichtingen wordt beheerd. In een democratie, waarin het begrip participatie meer is dan een modewoord, zijn dit ongehoorde zaken.”<sup>101</sup>

Zij merkte voorts op dat de stichting een juridische paraplu is voor vele verschillende soorten activiteiten: er zijn kleine stichtingen met een klein vermogen en geen vaste werknemers in dienst, stichtingen met een iets groter vermogen en enkele vaste werknemers, stichtingen met veel werknemers maar met een betrekkelijk gering vermogen die een maatschappelijk georiënteerd doel hebben (bijvoorbeeld een verpleegtehuis), stichtingen met weinig werknemers die gericht zijn op een belangengroep (zoals een clubhuis voor jeugd), stichtingen met weinig werknemers maar een groot vermogen (zoals beleggingsfondsen) en stichtingen die een grote onderneming in stand houden met zowel een groot aantal werknemers als een groot vermogen (bijvoorbeeld in de gezondheidszorg). Haas-Berger stelde de vraag of er niet regels gesteld zouden kunnen

99. *Kamerstukken II 1973-1974*, 11 005, nr. 41. Dit amendement hield in dat indien een stichting een onderneming in stand houdt waarvoor een ondernemingsraad is ingesteld, ten minste de helft van de bestuurders van die stichting benoemd wordt door de gekozen leden van de ondernemingsraad.

100. *Kamerstukken II 1974-1975*, 11 005, nr. 66. Dit amendement houdt in dat het bestuur van een stichting die op haar balansdatum ten minste 100 werknemers in dienst heeft, haar jaarstukken bij het handelsregister moet neerleggen.

101. *Handelingen II 20 maart 1975*, p. 3666. Zie hierover ook Duynstee 1978, p. 78-80.

### HOOFDSTUK 3

worden teneinde direct belanghebbenden invloed te geven op de samenstelling van het bestuur en of er niet regels voor verschillende categorieën zouden moeten komen waarin de medezeggenschap van werknemers (en ook andere belanghebbenden) geregeld wordt.<sup>102</sup>

#### *Reactie Minister van Justitie*

Toenmalig Minister van Justitie Van Agt zegde een nadere studie naar dit onderwerp toe.<sup>103</sup> Hij merkte op dat veel van de door mevrouw Haas-Berger genoemde stichtingen met een onderneming drijven op uit subsidies verkregen overheidsmiddelen. In deze subsidievoorwaarden kan een regeling opgenomen worden die is toegespitst op de betrokken rechtspersoon. Dergelijke stichtingen moeten doorgaans aan de overheid, de subsidiënt, jaarlijks rekening en verantwoording afleggen, aldus Van Agt. Wat betreft financiële verantwoording is in de WOR geregeld dat jaarstukken in de ondernemingsraad worden besproken, aldus Van Agt. Hij vroeg zich af of en bij wie er daarnaast nog behoefte was aan publicatie van financiële gegevens. Het aantal stichtingen dat een commercieel bedrijf van aanzienlijke omvang drijft was volgens de Minister immers klein vergeleken met het totale aantal stichtingen.

Van Agt vond het voorstel van mevrouw Haas-Berger ten aanzien van benoeming van bestuurders te veel afwijken van het systeem van vennootschappen. Hij merkte op dat dit er toe leidt dat bijvoorbeeld bij een stichting met een ideëel doel, in afwijking van hetgeen de oprichters blijkens de statuten hebben bedoeld, werknemers voor de helft kunnen bepalen wie bestuurders zijn terwijl die werknemers mogelijk geen enkele verbondenheid hebben met dat ideële doel. Dat kon volgens hem niet zijn bedoeld.<sup>104</sup> De amendementen van mevrouw Haas-Berger werden vervolgens ingetrokken.

#### *SER-advies*

De Sociaal-Economische Raad (SER) bracht, naar aanleiding van voornoemd verzoek tot een nadere studie, pas een aantal jaar later, in 1985, een advies aan de Minister van Justitie uit over de samenstelling van toezichthoudende organen van rechtspersonen die een onderneming drijven.<sup>105</sup> De SER ging met name in op de vraag of de structuurregeling moest gaan gelden voor grote coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Zijdelings kwam aan de orde of de structuurregeling ook toepasselijk zou moeten zijn op grote ondernemingen die

---

102. *Handelingen II* 20 maart 1975, p. 3668-3669.

103. De Minister merkte bij zijn toezegging op dat deze er – anders dan een studie naar een regeling voor de grote coöperatie en de grote onderlinge waarborgmaatschappij – niet op korte termijn zou komen.

104. *Handelingen II* 20 maart 1975, p. 3707, p. 3711-3712.

105. SER-Advies 1985/07.



werden gedreven in de vorm van een stichting. De SER meende van niet, aangezien de structuurregeling slechts zou moeten gelden voor commerciële ondernemingen, die door de SER “profit-ondernemingen” genoemd werden. Toepasselijkheid van de structuurregeling op stichtingen behoeft volgens de SER niet onderzocht te worden, aangezien stichtingen werden geacht geen commerciële ondernemingen te zijn.

### 3.3.5 *Democratisering van door de overheid gesubsidieerde instellingen (semipublieke instellingen) in de jaren '70, '80 en '90*

#### *Commissie Van der Burg*

In de jaren '70 ontstond een discussie over inspraak en democratisering van grote door de overheid gesubsidieerde stichtingen met een maatschappelijk doel, zoals ziekenhuizen en scholen.<sup>106</sup> Onder invloed van de democratiseringsgedachte werd het normaaltype stichting dat slechts een bestuur heeft waarvan de leden middels coöptatie worden benoemd, minder normaal geacht indien sprake was van een gesubsidieerde instelling.<sup>107</sup> In 1974 werd door de toenmalige Minister van Cultuur, Recreatie en Maatschappelijk Werk een commissie ingesteld, de Commissie Van der Burg, die opdracht kreeg een advies op te stellen inzake het democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen.

#### *Standpunt van de Regering*

De Regering formuleerde in 1980 naar aanleiding van aanbevelingen van de Commissie Van der Burg een standpunt over dit onderwerp.<sup>108</sup> Daarin is te lezen dat de regering, in lijn met het advies van de Commissie Van der Burg, vond dat er maatregelen getroffen dienden te worden teneinde cliënten, personeel, vrijwilligers en andere betrokkenen in staat te stellen invloed uit te oefenen op het besturen van deze instellingen. Deze maatregelen en de uitwerking daarvan moesten met name in afzonderlijke (sector)wetten geregeld worden, aangezien de situatie per type instelling verschillend is.<sup>109</sup>

106. Onder democratisering van instellingen werd verstaan het treffen van maatregelen, waardoor betrokkenen in staat worden gesteld invloed uit te oefenen op het besturen van de instelling. Tot deze betrokkenen rekende de Regering cliënten, personeel, vrijwilligers en anderen betrokkenen. *Kamerstukken II* 1980-1981. 15 360, nr. 18, p. 7.

107. Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 3.

108. *Kamerstukken II* 1980-1981, 15 360, nr. 18. Zie ook Van Wersch 1979.

109. Van Wersch (Van Wersch 1979, p. 270 e.v.) meende dat democratisering van het bestuur van belang is omdat maatschappelijke instellingen (tegenwoordig semipublieke instellingen genoemd) een belangrijke maatschappelijke functie hebben en omdat, indien democratisering van de bestuurssamenstelling niet geregeld is, bepaalde groepen belanghebbenden (“gebruikers”) onvoldoende aan bod komen; zij hebben een nog zwakkere positie dan werknemers. Van Wersch merkte daarbij op dat de situatie verschilt per instelling en dat een afzonderlijke wettelijke regeling voor de verschillende soorten instellingen de voorkeur verdient waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke kenmerken van de betreffende instelling. Van

### HOOFDSTUK 3

In haar standpunt pleitte de Regering onder meer voor een evenwichtige samenstelling van het bestuur, bestaande uit (vertegenwoordigers van) direct belanghebbenden (cliënten, personeel, vrijwilligers) maar ook uit onafhankelijke buitenstaanders met relevante ervaring en deskundigheid op verschillende terreinen.<sup>110</sup> De Regering meende dat cliënten invloed binnen het bestuur dienen te hebben door ofwel zelf in het bestuur benoemd te kunnen worden ofwel via benoemingsrechten of voordrachtrechten vertegenwoordigers in het bestuur aan te (kunnen) wijzen. Zonder invloed van genoemde betrokkenen op (de samenstelling van) het bestuur is de democratiseringsgedachte niet voldoende verwezenlijkt, aldus de Regering.

Voorts wees de Regering in haar standpunt op het belang van aanspreekbaarheid van de organisatie, openheid en informatieverschaffing. De Regering meende dat de wettelijke regeling van de stichting (en de vereniging) in het Burgerlijk Wetboek voldoende ruimte bood om de verschillende democratiseringsvoorstellen in sectorregels en in aansluiting daarop in statuten van individuele stichtingen te realiseren. Een wijziging in Boek 2 BW werd niet noodzakelijk geacht.

#### *Democratiseringsvormen en ledenverbod*

Over de vraag of vanuit het oogpunt van een democratisch functionerende interne organisatie de rechtsvorm van een stichting of een vereniging de voorkeur heeft, zegt de Regering:

“Mede ten gevolge van het systeem (zoals dit met name in de artikelen 19 en 20 Boek 2 BW is neergelegd), waarin mengvormen tussen verenigingen en stichtingen niet met onmiddellijke nietigheid worden bedreigd, zijn duidelijk dergelijke mengvormen ontstaan. Wij denken bijvoorbeeld aan verenigingen welke naast de bestuursleden geen andere leden kennen en aan stichtingen welke aan “aangeslotenen” voor een belangrijk deel dezelfde bevoegdheden geven welke leden van een vereniging hebben.”<sup>111</sup>

Hiermee werd ook het in het verleden genoemde argument dat de stichting “ondemocratisch” is omdat het geen orgaan mag hebben dat op een algemene vergadering lijkt, ontkracht.

---

Wersch formuleerde richtlijnen die gebruikt konden worden bij het ontwerpen van departementale regelingen. Daarmee wilde hij voorkomen dat verschillende ministeries verschillend of zelfs tegenstrijdig beleid gaan voeren en de diverse wettelijke regelingen ongemotiveerde verschillen gingen vertonen.

110. *Kamerstukken II* 1980-1981, 15 360, nr. 18, p. 11. Zie ook Wersch 1979, p. 276 e.v..

111. *Kamerstukken II* 1980-1981, 15 360, nr. 18, p. 23.

De regering waarschuwde wel dat stichtingen bij het opnemen en uitwerken van “democratiseringsvormen” in hun statuten en reglementen rekening dienen te houden met regels van dwingend recht, zoals het ledenverbod. Democratische inspraak op zich was niet verboden, deze mocht alleen niet verlopen via een algemene ledenvergadering.<sup>112</sup>

### 3.3.6 (Medezeggenschaps-)rechten van belanghebbenden in sectorale wetgeving sinds de jaren '90

#### *Sectorale uitwerking*

In plaats van een breed geldende algemene regeling werd gekozen voor een sectorale uitwerking van democratiseringsregels bij door overheid gesubsidieerde instellingen.<sup>113</sup> Hiertoe werden sectorale medezeggenschapsregels en regels omtrent klachtrecht van direct betrokkenen bij dergelijke instellingen opgesteld. De sectorale uitwerking was in lijn met het standpunt van de Regering die meende dat het instellen van een belanghebbendenorgaan met medezeggenschapsrechten (adviserende bevoegdheden) in belangrijke mate kon bijdragen aan de democratisering van stichtingen in bepaalde sectoren.

#### *Zorgsector: Wmcz*

In de zorgsector werd in 1996 medezeggenschap van cliënten van zorginstellingen geregeld in de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz).<sup>114</sup> Blijkens de MvT bij de Wmcz meenden de toenmalige Minister en Staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur dat (in discussies) in het verleden te veel belang werd gehecht aan “ingrijpende invloed” van onder meer cliënten op de bestuurssamenstelling. Volgens de Minister en de Staatssecretaris dient daarbij bedacht te worden dat bestuurders van een rechtspersoon gehouden zijn het belang van die rechtspersoon te dienen en aan doelrealisatie mee te werken.<sup>115</sup> Daarmee werd bedoeld dat iedere stichtingsbestuurder, ongeacht door wie hij is benoemd, de belangen van alle betrokkenen, waaronder cliënten in het geval van zorginstellingen, in acht dient te nemen.

112. Lubbers 1986, p. 29-31.

113. Onder leiding van P.L. Dijk werd door een interdepartementale Stuurgroep Democratisch en Doelmatig Functioneren van gesubsidieerde instellingen een voorontwerp van de Wet op het democratisch functioneren van instellingen opgesteld. Het op basis van dit voorontwerp opgestelde Wetsvoorstel, dat door de overheid gesubsidieerde instellingen op uiteenlopende terreinen betrof, werd echter uiteindelijk niet bij de Staten Generaal ingediend. De redenen daarvoor waren gelegen in het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel en de ontwikkelingen van maatschappelijke en politieke aard. Het in 1986 aangetreden tweede kabinet Lubbers koos ervoor om, in plaats van een breed geldende algemene regeling, een wettelijke minimumregeling, met mogelijkheden voor sectoraal gedifferentieerde uitwerking bij algemene maatregelen van bestuur tot stand te brengen voor een beperkte categorie (zorg)instellingen. *Kamerstukken II 1992-1993*, 23 041, nr. 3, p. 1-2.

114. Wet medezeggenschap van cliënten zorginstellingen, *Stb.* 1996, 204.

115. *Kamerstukken II 1992-1993*, 23 041, nr. 2, p. 14.

## HOOFDSTUK 3

### *Voordrachtsrechten*

In de Wmcz werd een relatief beperkte invloed van het cliëntenorgaan (de cliëntenraad) op de bestuurssamenstelling opgenomen: voorgeschreven werd dat de statuten van een zorginstelling bepalen dat ten minste één bestuurslid wordt benoemd op bindende voordracht van de cliëntenraad. Daaraan werd toegevoegd dat, indien de zorginstelling een orgaan heeft ingesteld dat toezicht houdt op het (professionele) bestuur, de cliëntenraad het bindende voordrachtsrecht niet ten aanzien van een bestuurslid maar ten aanzien van een lid van dat toezichthoudend orgaan heeft. Bij een raad van toezichtmodel wordt het voordrachtsrecht dus als het ware “opgetild” van het bestuur naar de raad van toezicht. Ook bij woningcorporaties werd in sectorregels een bindende voordracht van huurders en huurdersorganisaties voorgeschreven ten aanzien van ten minste één bestuurder of, indien er een raad van toezicht was ingesteld, ten aanzien van ten minste één lid van de raad van toezicht.<sup>116</sup> Vanaf 1 juli 2002 werd dit recht bij woningcorporaties uitgebreid: huurders en huurdersorganisaties kregen het recht een bindende voordracht te doen ten aanzien van twee bestuurders of – in het geval van een raad van toezichtmodel – twee leden van de raad van toezicht.<sup>117</sup>

### *Medezeggenschapsrechten*

De Wmcz schreef voorts voor zorginstellingen voor hoe de cliëntenraad dient te worden ingesteld en welke medezeggenschapsrechten de cliëntenraad heeft ten aanzien van belangrijke besluiten, die de belangen van cliënten raken.<sup>118</sup> Deze medezeggenschapsrechten (adviesrechten) volgden – evenals nu – dezelfde lijnen als de rechten van werknemers op grond van de WOR.<sup>119</sup> Ook in het onderwijs werd medezeggenschap voorgeschreven en pensioenstichtingen kenden een medezeggenschapsorgaan (een deelnemersraad), bestaande uit (gewezen) deelnemers en pensioengerechtigden.<sup>120</sup>

### 3.3.7 *Introductie van het enquêterecht in de jaren '90*

#### *Mogelijkheid om een enquête in te stellen*

Op 1 januari 1994 werd het enquêterecht geïntroduceerd, waarmee de mogelijkheid werd geopend om bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken

---

116. Groeneveld-Louwerse 2004, p. 337. Zie artikel 7 lid 1 sub e Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH).

117. *Stb.* 2002, 193.

118. Zie hierover ook Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.4.1.

119. Zie ook Roest 2015, p. 485-486.

120. Laseur-Eelman & Nolen 2015, p. 447-448.

binnen een rechtspersoon.<sup>121</sup> De mogelijkheid om een enquête in te stellen werd niet alleen geboden aan profit-ondernemingen maar ook aan stichtingen “die een onderneming in stand houden waarvoor ingevolge de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld” (zie het thans nog bestaande artikel 2:344 BW). Ten aanzien van stichtingen betekende dit een extra wettelijke mogelijkheid om via de rechter op te treden tegen het bestuur, naast de mogelijkheid van artikel 2:298 (ontslag van bestuurders door de rechtbank in geval van wanbeheer). De bevoegdheid tot het instellen van een enquête werd toegekend aan: (a) degenen aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de stichting de bevoegdheid is toegekend (bijvoorbeeld subsidieverstrekkers); en (b) een vereniging van werknemers.

Evenmin als de SER voelde de toenmalige Staatssecretaris van Justitie voor toekenning van enquêtebevoegdheid aan *alle* rechtstreeks belanghebbenden bij de onderneming of aan de ondernemingsraad, aangezien “lichtvaardige enquêteverzoeken en rechtsonzekerheid daarover” moesten worden voorkomen.<sup>122</sup> De Staatssecretaris achtte het wel denkbaar dat in bijzondere sectorale wetten aan bepaalde duidelijk omschreven groepen en/of organisaties van belanghebbenden een bijzondere enquêtebevoegdheid wordt gegeven, maar pleitte daarbij, evenals de SER, voor terughoudendheid. Hij zag vooralsnog geen aanleiding om de enquêtebevoegdheid in een algemene wettelijke regeling aan cliëntenraden of vergelijkbare organisaties toe te kennen.<sup>123</sup>

#### *Ontslag bestuurders op grond van artikel 2:298 BW*

De wetgever meende dat de mogelijkheid om een enquête in te stellen bij bepaalde stichtingen, geen aanleiding was voor een aanpassing van artikel 2:298 BW, op grond van welk artikel via de rechtbank ontslag van bestuurders kan worden gevorderd in geval van “wanbeheer”.<sup>124</sup> Dat er naast het enquêterecht nog een lichtere mogelijkheid bestaat om in rechte tegen wanbeheer bij een stichting op te treden zag de wetgever niet als een bezwaar. Wel nam de wetgever de gelegenheid te baat om het tot dan toe geldende relatieve verbod van

121. Wet van 8 november 1993 tot wijziging en aanvulling van de regeling van het recht van enquête, *Stb.* 1993, 597.

122. *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 4.

123. *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 4 en 5. De SER wees overigens ook toekenning van de bevoegdheid een enquête te verzoeken aan de ondernemingsraad af. Later, in 2006, werd in de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) aan de cliëntenraad van een zorginstelling alsnog de bevoegdheid tot het instellen van een enquête toegekend (artikel 9 WTZi en artikel 6.2 van het Uitvoeringsbesluit WTZi). Het toekennen van dit recht hield verband met de wens om de positie van cliëntenraden verder te versterken.

124. *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 3 en 12.

## HOOFDSTUK 3

artikel 2:298 lid 3 BW voor ontslagen bestuurders (zij mogen gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder zijn van de stichting waar zij zijn ontslagen) te veranderen in een absoluut verbod om gedurende vijf jaar na ontslag bestuurder te zijn bij welke stichting dan ook.<sup>125</sup>

### 3.3.8 *Bestuursmodellen van grote stichtingen in de jaren '80 en '90*

In de jaren '80 kwamen net als nu veel stichtingen voor met een bestuur dat gevormd werd door vrijwilligers. Tegelijkertijd waren er steeds meer “grote stichtingen” met een professioneel bestuur.<sup>126</sup> Naar aanleiding van het hiervoor genoemde rapport van de Commissie Van der Burg over het democratisch functioneren van gesubsidieerde instellingen, ging de Regering in 1980 nader in op bestuursmodellen die op dat moment door grote stichtingen werden gehanteerd.<sup>127</sup>

#### *Schaalvergroting en professionalisering*

Schaalvergroting en professionalisering brachten met zich mee dat grote en complexe instellingen waren ontstaan, zoals bijvoorbeeld ziekenhuizen en woningcorporaties, waarvoor vrijwillige, niet professionele bestuurders door gebrek aan tijd en deskundigheid niet meer de gewenste bestuurskracht kunnen leveren. Bij dergelijke instellingen werd de beleidsvormende taak feitelijk niet meer door het bestuur vervuld, maar door een professionele directie.<sup>128</sup> De Regering constateerde dat op het gebied van de bestuurlijke organisatie van grote instellingen, die met een groot apparaat en een directie werken, in de praktijk discussie was ontstaan over de verhouding tussen bestuur en directie. De professionele directie, bestaande uit directeuren die veelal in dienst van de stichting waren, nam het dagelijks bestuur op zich.

#### *Modellen met een bestuur en een directie*

In de literatuur bestonden verschillende opvattingen over de taak van het bestuur en werd onderscheid gemaakt tussen een beleidsvormend bestuur en een toezichhoudend bestuur. Daarbij werden de volgende bestuursmodellen onderscheiden:

- a. het instructiemodel; en
- b. het raad van beheermodel.<sup>129</sup>

---

125. *Kamerstukken II* 1991-1992, 22 400, nr. 3, p. 17.

126. In 1988 waren er in totaal 78.783 stichtingen ingeschreven in het handelsregister, aldus SER-Advies 1988/14, p. 44.

127. *Kamerstukken II* 1980-1981, 15 360, nr. 18, p. 16-17.

128. *Kamerstukken II* 1980-1981, 15 360, nr. 18, p. 16-17.

129. Het raad van beheermodel wordt besproken door Van Wersch in Van Wersch 1979, p. 114-122. Zie over deze modellen ook Overes 2011, p. 64-70 en Van Uchelen-Schipper 2015, p. 246-249.

In beide modellen worden de bestuurlijke bevoegdheden verdeeld over het bestuur en de directie, soms ook wel dagelijks bestuur genoemd. In het tweede model staat het bestuur, dat raad van beheer wordt genoemd, meer op afstand; in feite houdt de raad van beheer toezicht op de directie. Zowel in het instructiemodel als het raad van beheermodel kwam, naast het bestuur en de directie, een raad van commissarissen voor, bijvoorbeeld bij woningcorporaties, waardoor er in feite drie lagen waren.<sup>130</sup> Vaak waren er dientengevolge onduidelijkheden en overlappings in taken en verantwoordelijkheden van de verschillende organen.

#### *Verdeling van bestuursbevoegdheden*

In de literatuur ontstond discussie over de vraag in hoeverre binnen een stichting bestuursbevoegdheden verdeeld kunnen worden over verschillende (bestuurs)organen en hoe dit juridisch geduid moet worden. In verband met de bevoegdheidsverdeling tussen bestuur en directie werden in de literatuur en in sectorale regels ook wel de (enigszins verwarrende) termen mandaat en delegatie gebruikt. Het begrip mandaat is een publiekrechtelijk begrip dat inhoudt de bevoegdheid om *in naam van* een bestuursorgaan besluiten met een (publiekrechtelijk) rechtsgevolg te nemen. De term mandaat kwam bijvoorbeeld voor in wet- en regelgeving voor stichtingen in de onderwijssector.<sup>131</sup> In het privaatrecht komt het begrip mandaat echter niet voor, maar kan gebruik gemaakt worden van de rechtsfiguur volmacht teneinde de directie namens het bestuur rechtshandelingen te laten verrichten.<sup>132</sup> Delegatie houdt in dat één of meer bevoegdheden van het bestuur worden overgedragen aan een directie, dat deze bevoegdheden gaat uitoefenen in plaats van het (oorspronkelijk bevoegde) bestuur. Anders dan bij mandaat is er sprake van een bevoegdheidsverschuiving.<sup>133</sup> Delegatie zou gezien kunnen worden als een vorm van volmachtverlening waarbij de delegans afstand doet van zijn eigen bevoegdheid, een volmacht met privatieve werking dus.

#### *Mogelijk ongewenste gevolgen en onduidelijkheden*

In het instructiemodel worden de bevoegdheden van de directie vaak omschreven en neergelegd in een directie-instructie of “directiestatuut”, dat wil zeggen: een directiereglement of een bestuursbesluit dat vaak een “mandaat” (volmacht zonder privatieve werking) bevat. Ook in het raad van beheermodel worden bestuurlijke bevoegdheden verdeeld, maar deze verdeling vindt plaats in de

130. Volgens het Rapport Commissie Glasz uit 1998 (dat verwijst naar het Rapport ‘Inzicht, Onderzoek naar het intern toezicht bij woningcorporaties’ dat op 9 april 1998 aan de Tweede Kamer werd gestuurd) had de helft van de woningcorporaties (toegelaten instellingen) een instructiemodel (29%) of een raad van beheermodel (21%).

131. Zie hierover Laseur-Eelman en Nolen 2015, p. 446.

132. Zie hierover Overes 1995.

133. Koelemeijer 2000.

statuten van de stichting. In de statuten wordt een limitatief aantal bestuurlijke bevoegdheden – op het beleidsvoorbereidende en uitvoerende vlak – aan de directie toegekend,<sup>134</sup> hetgeen ertoe leidt dat er twee organen zijn met bestuurlijke bevoegdheden. Dit model, waarbij het de bedoeling is dat het bestuur een toezichthoudende taak heeft, maar wel formeel bestuur blijft in de zin van de wet, kwam, blijkens literatuur hierover, vaak voor.

Ondanks de overdracht van bevoegdheden aan de directie blijft het bestuur (de raad van beheer) echter verantwoordelijk (en eventueel intern aansprakelijk) voor de behoorlijke vervulling van de bestuurstaak in de zin van artikel 2:9 BW, ook voor het deel dat – statutair – aan de directie is opgedragen. In de literatuur werd dan ook als aandachtspunt opgeworpen dat dit model kan leiden tot ongewenste gevolgen, aangezien de raad van beheer (te) veel bestuursbevoegdheden uit handen geeft aan de directie.<sup>135</sup> Mede vanwege de (eventuele) ongewenste gevolgen van dit model en vergelijkbare modellen en vanwege de onduidelijkheden,<sup>136</sup> werd steeds vaker de voorkeur gegeven aan een model met een bestuur dat als zodanig bevoegd en verantwoordelijk is en een afzonderlijk orgaan dat toezicht houdt: een raad van toezicht.

### 3.3.9 *Samenvatting en conclusies*

Ten tijde van de invoering van Boek 2 BW in 1976 kwamen veel stichtingen met een onderneming voor, zoals stichtingen op het gebied van maatschappelijk werk, maar ook stichtingen op het gebied van volksgezondheid, die overheids-subsidie kregen. De toenmalige Minister van Justitie achtte het echter, anders dan voor andere rechtspersonen, niet nodig om een algemene regeling te treffen voor het (optionele) toezichthoudend orgaan bij stichtingen. Volgens hem was er weinig behoefte aan een regeling omtrent “commissarissen” bij de stichting, aangezien bij stichtingen uiteenlopende vormen van intern toezicht voorkwamen. Stichtingen hanteerden bestuursmodellen met een algemeen bestuur, dat feitelijk een toezichthoudende functie had, en een directie, die het dagelijks beleid bepaalde. De Minister wenste het interne toezicht op stichtingen flexibel te houden.

---

134. Groeneveld-Louwerse 2001.

135. Van Wersch 1979, p. 114-122.

136. Sommige stichtingen hanteren een bestuursmodel met een algemeen bestuur (AB) en een dagelijks bestuur (DB) (het AB/DB-model). Het AB/DB-model is te onderscheiden in: (1) een AB/DB-model met een afzonderlijk AB en een afzonderlijk DB; en (2) een AB/DB-model met één orgaan, dat bestaat uit algemene en dagelijks bestuurders. In het eerste geval heeft het DB bevoegdheden heeft die te vergelijken zijn met de directie in het instructiemodel en het raad van beheermodel (waarvoor de hiervoor genoemde bezwaren gelden). In het tweede geval is er één bestuursorgaan in de zin van de wet (in feite een *one tier board*) met twee soorten bestuurders, algemene bestuurders en dagelijkse bestuurders.



Vanaf begin jaren '80 werd zowel in de politiek als in de rechtsliteratuur gesignaleerd dat de verhouding tussen de bevoegdheden van het bestuur en de directie in sommige bestuursmodellen onduidelijk was. Door schaalvergroting en professionalisering waren grote en complexe instellingen ontstaan, zoals ziekenhuisstichtingen, waarvoor vrijwillige, niet-professionele bestuurders door gebrek aan tijd en deskundigheid niet meer de gewenste bestuurskracht konden leveren. Bij deze instellingen werd vaak een professionele directie ingesteld, waaraan – in sommige gevallen bij de statuten – eigen bestuursbevoegdheden werden toegekend. Het bestuur, dat soms “raad van beheer” werd genoemd, stond op afstand van het beleid van de directie. Aangezien er vragen rezen over de bestuursverantwoordelijkheid in het raad van beheermodel, werd in de literatuur opgemerkt dat een raad van toezichtmodel met duidelijker afgebakende bevoegdheden bij grote instellingen de voorkeur verdiende.

In de jaren '70 werd de structuurregeling ingevoerd voor grote kapitaalvennootschappen (structuurvennootschappen). Bij gelegenheid van deze introductie werd ook de taak van de raad van commissarissen van kapitaalvennootschappen in het algemeen wettelijk vastgelegd. Structuurvennootschappen werden op grond van de wet verplicht een raad van commissarissen in te stellen, die een aantal wettelijke bevoegdheden kreeg. Werknemers kregen invloed op de samenstelling van de raad van commissarissen. De toenmalige Minister van Justitie stond kort stil bij de vraag of voor grote stichtingen met een onderneming en werknemers in dienst, zoals bijvoorbeeld woningcorporaties, een vergelijkbare wettelijke regeling moest komen. Hij meende echter dat de stichting te zeer van de kapitaalvennootschap verschilt om haar, ook als zij een grote omvang had, een structuur op leggen die vergelijkbaar is met de structuurregeling. Dit zou er volgens de Minister toe kunnen leiden dat, in afwijking van hetgeen de oprichters blijkens de statuten hebben bedoeld, werknemers die geen enkele verbondenheid behoeven te hebben met het (ideële) stichtingsdoel, invloed hebben op de samenstelling van de helft van het stichtingsbestuur.

In verband met onderzoek naar het democratisch en doelmatig functioneren van gesubsidieerde instellingen ontstond in de jaren '80 van de vorige eeuw discussie over inspraak en betrokkenheid van belanghebbenden (cliënten, werknemers, vrijwilligers) bij semipublieke instellingen die de vorm van een stichting hadden. De Regering meende – in lijn met aanbevelingen uit de literatuur – dat maatregelen in dat verband, zoals invloed op de samenstelling van het bestuur, in afzonderlijke sectorwetten geregeld moesten worden. De Regering waarschuwde nog wel dat stichtingen bij het opnemen en uitwerken van “democratiseringsvormen” in hun statuten en reglementen rekening dienen te houden met regels van dwingend recht, zoals het ledenverbod.

## HOOFDSTUK 3

In navolging van het Regeringsstandpunt werden vanaf de jaren '90 in sectorwet- en regelgeving medezeggenschapsrechten verleend aan cliëntenraden van zorginstellingen (via de Wmcz) en huurders(raden) van woningcorporaties. Bij de invoering van de Wmcz werd door de verantwoordelijk Minister aangekend dat in het verleden te veel belang werd gehecht aan ingrijpende invloed van onder meer cliënten op de bestuurssamenstelling. Opgemerkt werd dat alle bestuurders van rechtspersonen gehouden zijn om het belang van die rechtspersoon te dienen en aan doelrealisatie mee te werken. In de Wmcz werd een beperktere invloed van de cliëntenraad opgenomen, namelijk een voordrachtsrecht ten aanzien van ten minste één bestuurslid of – indien de zorginstelling een toezichthoudend orgaan heeft – een bindend voordrachtsrecht ten aanzien van één lid van het toezichthoudend orgaan.

### 3.4 Professionalisering van bestuur en toezicht en zelfregulering

#### 3.4.1 *Inleiding*

Governancecodes bieden de mogelijkheid om regels van bestuur en toezicht van Boek 2 BW in een bepaalde sector met principes en aanbevelingen (*best practices*) in te vullen en aan te vullen. De Nederlandse Corporate Governance Code (NGCG) is één van de eerste vormen van wettelijk verankerde zelfregulering. In navolging van de NCGC werden in verschillende sectoren governancecodes opgesteld. In Bijlage 1 en onder het kopje “Afkorting” wordt verwezen naar een aantal belangrijke sectorale governancecodes. In deze paragraaf wordt ingegaan op het ontstaan van zelfregulering en governancecodes voor stichtingen in bepaalde sectoren. Daarbij komt aan de orde wat de uitgangspunten waren ten aanzien van de te hanteren besturingsmodellen. Diverse bepalingen uit de sectorcodes komen inhoudelijk uitgebreider terug in de volgende hoofdstukken.

#### 3.4.2 *Zelfregulering bij (beurs)vennootschappen*

##### *Commissie Peters*

In 1996 werd de Commissie Corporate Governance onder voorzitterschap van Peters ingesteld met als opdracht om, in navolging van het Britse Cadbury Rapport uit 1992,<sup>137</sup> onderzoek te doen naar het evenwicht tussen bestuur,

---

137. De Financial Reporting Council (FRC), de *Stock Exchange* en de beroepsorganisatie voor accountants (*accountancy profession*) stelden in het Verenigd Koninkrijk een *Corporate Governance Committee* in. Het rapport van deze commissie, het Cadbury Report, was een reactie op corporate governance schandalen en op zorgen over boekhoudstandaarden en verantwoording door beursvennootschappen in het Verenigd Koninkrijk.

toezicht en de aandeelhouders binnen beursgenoteerde vennootschappen.<sup>138</sup> De Commissie Peters publiceerde eerst een conceptrapport en vervolgens, na een uitgebreide consultatie, het definitieve rapport waarin 40 aanbevelingen waren opgenomen. De aanbevelingen strekten er toe om de transparantie en de verantwoording over het gevoerde ondernemingsbeleid te vergroten en om de aandeelhouders meer zeggenschap te geven, zodat zij inadequaat beleid of inadequate beleidsvoering kunnen corrigeren. In de aanbiedingsbrief behorende bij het rapport merkte de Commissie Peters op dat, blijkens de reacties op het conceptrapport, de roep om verantwoording, en daarmee samenhangend: adequaat toezicht en transparantie, niet alleen speelt bij beursgenoteerde vennootschappen, maar bijvoorbeeld ook bij woningcorporaties en pensioenfondsen.

De Commissie Peters had in haar rapport niet alleen aandacht voor de relatie tussen aandeelhouders en ondernemingsbestuur maar ook voor “goed toezicht” bij beursvennootschappen. Opgemerkt werd dat, indien een vennootschap voor de raad van commissarissen een coöptatiesysteem kende,<sup>139</sup> van belang is dat de raad van commissarissen een profiel voor zijn samenstelling opstelt, zijn eigen functioneren bespreekt en een duidelijke (her)benoemingsprocedure heeft. Ook bij de voordracht van commissarissen dienen deze aspecten een rol te spelen, aldus de Commissie Peters.<sup>140</sup> Wat betreft het functioneren van de raad van commissarissen en individuele commissarissen bevatte het rapport aanbevelingen over *good governance*, zoals aanbevelingen op het gebied van onafhankelijkheid en integriteit.

#### *Commissie Tabaksblat*

De ontwikkelingen op het terrein van corporate governance en de naleving van de aanbevelingen werden enkele jaren later geëvalueerd.<sup>141</sup> De aanbevelingen van de Commissie Peters waren een succes, maar men meende dat deze nog beter nageleefd zouden kunnen worden. Dit leidde tot het instellen van de Commissie Tabaksblat in 2002, die een vergelijkbare taakopdracht had: het ontwikkelen van *best practices* en het doen van aanbevelingen inzake goede corporate

---

138. Rapport Commissie Peters. Initiatiefnemers voor het instellen van de Commissie Peters waren de Vereniging voor de Effectenhandel (VEB) en de Vereniging Effecten Uitgevende Ondernemingen (VEUO).

139. Zoals hiervoor in par. 3.3.4 werd opgemerkt gold voor vennootschappen waarop het volledige structuurregime van toepassing was aanvankelijk dat de raad van commissarissen zijn eigen leden benoemt.

140. Rapport Commissie Peters, p. 4.

141. Tegen de achtergrond van nieuwe wetgeving, een omgeslagen beursklimaat en enkele geruchtmakende boekhoudschandalen in de Verenigde Staten, nam de Nederlandse Corporate Governance Stichting in 2002 het initiatief om de ontwikkelingen op het terrein van corporate governance en de wijze waarop de Nederlandse beursgenoteerde vennootschappen hiermee sinds het rapport van de Commissie Peters omgaan, te evalueren.

governance.<sup>142</sup> De Commissie Tabaksblat presenteerde in 2003 de eerste Nederlandse Corporate Governance Code, ook wel Code Tabaksblat genoemd. De NCGC werd met ingang van 1 januari 2005 wettelijk verankerd.<sup>143</sup> Als gevolg daarvan werden beursgenoteerde ondernemingen wettelijk verplicht in hun jaarverslag of op hun website mededeling te doen over naleving van de codebepalingen. Indien codebepalingen niet worden nageleefd dient daarvan gemotiveerd opgave gedaan te worden: het “pas toe of leg uit”-principe. Besloten werd de NCGC jaarlijks te laten monitoren door een Monitoring Commissie Corporate Governance. Hoewel de meeste uitgangspunten van de opvolgende Monitoring Commissies hetzelfde bleven, is duidelijk dat de balans in de verhoudingen tussen bestuur, toezichthoudend orgaan en aandeelhouders een constant onderwerp van maatschappelijk en politiek debat is. Als voorbeeld van een balansverschuiving kan worden genoemd dat de rol van de raad van commissarissen in de loop der jaren in de NCGC werd verzaamd.

### 3.4.3 *Zelfregulering en het ontstaan van governancecodes voor stichtingen in bepaalde sectoren*

#### *Zelfregulering van fondsenwerving en goede doelen*

Zelfregulering van fondsenwerving kwam reeds tot ontwikkeling na de Eerste Wereldoorlog. In die tijd werden spontaan diverse grote inzamelingen georganiseerd voor verschillende goede doelen. Daarbij bestond behoefte aan een vorm van betrouwbaarheidstoetsing van de goede doelen en een hulpmiddel voor particulieren die overwegen om aan een bepaalde fondsenwervende organisatie te doneren.<sup>144</sup> In goede doelenorganisaties ging en gaat veel geld om terwijl de donateurs en begunstigen doorgaans niet georganiseerd zijn en moeten kunnen vertrouwen op de stichtingsorganisatie. In 1925 werd het Centraal Bureau Fondsenwerving (CBF) opgericht door de Nederlandse gemeenten en charitatieve organisaties met als doel toezicht te houden op de goede doelensector. Met de bevoegdheid tot het uitgeven van het ‘Keurmerk goede doelen’ kreeg het CBF in de loop van der jaren tevens de rol van kwaliteitsbeoordelaar.<sup>145</sup> Het CBF stelde een soort code op (het Reglement CBF-Keur) waarin voorwaarden werden opgenomen, onder meer op het gebied van bestuur en toezicht.

---

142. Waarbij tevens in aanmerking werd genomen dat de boekhoudschandalen noopten tot corporate governanceregels die – naast aanvullende eisen aan de boekhouding – meer eisen gingen stellen aan de ondernemingsleiding.

143. Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag, *Stb.* 2004, 747. Zie ook artikel 2:391 lid 5 BW.

144. Van Veen 2012.

145. Zie hierover [www.cbf.nl](http://www.cbf.nl).

*Commissie Wijffels*

In 2004 kreeg een commissie onder leiding van Wijffels de opdracht om een stelsel van spelregels voor goed bestuur, goed toezicht en doelmatig opereren voor goede doelenorganisaties te ontwikkelen, waarbij rekening gehouden moest worden met de voorkeuren, behoeften en wensen van de relevante belanghebbenden. Hieruit ontstond in 2005 de zogenoemde Code Wijffels, die ten doel had om zowel de betrokken organisaties zelf als hun (directe) belanghebbenden meer houvast te bieden, maar ook om het vertrouwen van de maatschappij in de goede doelsector als geheel te versterken.

*Zelfregulering in de culturele sector*

In 2003 verscheen naar aanleiding van het Rapport Commissie Daamen, waarin gepleit werd voor zelfregulering bij culturele instellingen, de Handleiding Cultural Governance, welke vervolgens in 2006 werd vervangen door de Code Cultural Governance. De Code Cultural Governance 2006 (CCG 2006) vermeldde in de inleiding dat recente ontwikkelingen in de culturele sector en in de samenleving er toe leiden dat *good governance* steeds belangrijker wordt voor culturele instellingen. Schaalvergroting, verzelfstandiging en meer en complexere relaties met subsidie- en regelgevende *stakeholders* vragen om goed bestuur, adequaat toezicht en transparante verantwoording, aldus de inleiding bij de Code Cultural Governance 2006.<sup>146</sup> In de culturele sector werd ook steeds vaker gekozen voor een model met een raad van toezicht, met name door (grotere) musea.<sup>147</sup>

---

146. De inleiding bij de CCG 2006 vermeldde voorts dat de stichting als meest voorkomende rechtsvorm in de culturele sector een hoge mate van flexibiliteit heeft, maar dat niet op voorhand duidelijk is “aan wie een stichting uiteindelijk toebehoort” en aan wie verantwoording moet worden afgelegd over het gevoerde bestuur en het gehouden toezicht. Soms is het moeilijk om te bepalen wie nu eigenlijk de ultieme *stakeholder* is. In de Inleiding worden de volgende voorbeelden genoemd: Een museum, vanuit een gemeentelijke dienst verzelfstandigd in een stichting en voor inkomsten hoofdzakelijk afhankelijk van gemeentelijke financiële bijdragen, heeft nog steeds de gemeente als ultieme *stakeholder*, ongeacht of is gekozen voor een raad van toezichtmodel of een bestuur+directiemodel. En een culturele instelling die is opgericht door een kunstliefhebber die zelf directeur wordt en bestuurders aantrekt in een bestuur+directiemodel of lid wordt van de raad van toezicht in een raad van toezichtmodel is (via de directie respectievelijk de raad van toezicht) de ultieme *stakeholder*, aldus de toelichting.

147. Bij grotere (rijks)musea, zoals het Rijksmuseum Amsterdam, Kröller Müller Museum en het Scheepvaartmuseum, is het gebruikelijk om te werken met een raad van toezicht. Ook in de mediasector hanteert een aantal fondsen, zoals de Stichting Mondriaan Fonds, Stichting Nederlands Filmfonds en de Stichting Fonds Podiumkunsten, een raad van toezichtmodel. Aldus het rapport van Twynstra Gudde, ‘De governance van de Ster’, 29 juni 2016, waarin overigens is te lezen dat de Stichting Etherreclame (Ster) zelf geen raad van toezicht heeft.

### HOOFDSTUK 3

#### *Verbetering van bestuur en toezicht in de semipublieke sector: Commissie Glasz en Commissie Meurs*

In 1994 werden door het toenmalige kabinet maatregelen genomen teneinde marktwerking in de semipublieke sector te versterken en, zo nodig, belastende regelgeving te verminderen.<sup>148</sup> De verzelfstandiging van woningcorporaties werd gemarkeerd door de inwerkingtreding van het Besluit Beheer Sociale Huursector<sup>149</sup> in 1993 en woningcorporaties professionaliseerden vervolgens in hoog tempo. Aedes, vereniging van woningcorporaties, merkte op dat professionalisering van het corporatiebedrijf, schaalvergroting, de uitdagingen van een snel veranderende markt en de bijzondere positie van de corporatie ‘tussen publiek en privaat’ redenen zijn om steeds hogere eisen te stellen aan raden van toezicht. De directeur-bestuurder was reeds geprofessionaliseerd maar de commissaris-toezichthouder mocht niet achterblijven: van belang is dat de kwaliteit van het toezicht gelijke tred houdt met die van het bestuur, aldus Aedes. Om die reden werd opdracht gegeven aan de Commissie Glasz om advies uit te brengen over verbetering van intern toezicht bij woningcorporaties. De Commissie Glasz publiceerde in 1998 haar Rapport ‘Naar professioneel toezicht’ (Rapport Commissie Glasz), waarover in de volgende paragraaf meer.

In de zorg was op particulier initiatief de Commissie Health Care Governance (Commissie Meurs) ingesteld, die in 1999 haar rapport uitbracht over governance in de zorgsector. Blijkens dit rapport (Rapport Commissie Meurs) zochten zorgorganisaties naar wegen om hun maatschappelijke functie te vervullen en daarover verantwoording af te leggen aan belanghebbenden. Er bestond behoefte aan spelregels en aan duidelijkheid over het functioneren van de raad van toezicht en het samenspel tussen de raad van toezicht en de raad van bestuur in het bijzonder.

#### *Governancecodes in de semipublieke sector*

In 2004 pleitte de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in een rapport voor de invoering van een systeem van bindende zelfregulering voor “maatschappelijke instellingen” (zorginstellingen, woningcorporaties en scholen, die door het Rijk bekostigd worden), in ruil voor het meer op de achtergrond treden van de overheid.<sup>150</sup> Een aantal brancheorganisaties uit de zorg, de volkshuisvesting en het onderwijs had zich verenigd in het Netwerk Toekomst

---

148. Groeneveld-Louwerse 2004, p. 47.

149. Toegelaten instellingen zijn op basis van artikel 70 van de Woningwet stichtingen en verenigingen die uitsluitend werkzaam zijn in het belang van de volkshuisvesting.

150. Rapport WRR 2004.

Maatschappelijke Onderneming (NTMO) en presenteerde een eigen rapport.<sup>151</sup> Maatschappelijke ondernemingen moesten volgens het rapport op andere wijze dan via de overheid verantwoording afleggen en intern gecontroleerd worden.<sup>152</sup> Volgens de NTMO dient het uitgangspunt te zijn dat maatschappelijke ondernemingen zelf hun governance, waaronder hun wijze van intern toezicht, vaststellen maar dat zij daarbij hulp kunnen krijgen van brancheorganisaties.

Per sector werden branchecodes, al dan niet met behulp van brancheorganisaties, verder doorontwikkeld. Naar aanleiding van het Rapport Commissie Glasz maakte het Ministerie van VROM met brancheorganisatie Aedes afspraken om het interne toezicht bij woningcorporaties op orde te brengen.<sup>153</sup> In 2007 werd voor de leden van Aedes de Governancecode Woningcorporaties, ook wel de Aedes Code genoemd, van kracht.<sup>154</sup>

Aan de hand van het Rapport Commissie Meurs stelde de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) in 2004 een eigen code voor ziekenhuizen op: de NVZ-Governancecode. Een aantal brancheorganisaties voor zorginstellingen die waren verenigd in de Brancheorganisatie Zorg (BoZ) ontwikkelde, voortbordurend op eerdere initiatieven, een eigen code voor zorginstellingen: de Zorgbrede Governancecode, die in 2006 van kracht werd.

Ook in bijna alle onderwijs(deel)sectoren werden – naast de geldende sectorwetten – eigen governancecodes opgesteld.<sup>155</sup>

#### *Zelfregulering in de pensioensector*

Geïnspireerd door de Code Tabaksblat werden ook in de pensioensector initiatieven gestart om te komen tot aanbevelingen voor het beter besturen van pensioenfondsen.<sup>156</sup> De aandacht voor de pensioensector was mede ingegeven door de grote financiële belangen die in deze sector spelen. Verschillende initiatieven werden gebundeld en resulteerden in 2005 in de ‘Principes voor goed pensioenfondsbestuur’ van de Stichting van de Arbeid (STAR), een landelijk overlegorgaan van werkgevers- en werknemersorganisaties.<sup>157</sup> De STAR was van

151. Netwerk Toekomst Maatschappelijke Onderneming, ‘De waarde van de maatschappelijke onderneming gewaarborgd’ januari 2003. Zie hierover Groeneveld-Louwerse 2004, p. 46 e.v. Zie ook het Advies ‘Degelijk onderwijsbestuur’ van de Onderwijsraad, Den Haag 2004.

152. Helder 2013, p. 22.

153. Uit onderzoek uit 2001 bleek dat met name bij kleinere woningcorporaties de (administratieve) organisatie en interne controle te wensen overliet en dat er slechts in beperkte mate sprake was van aandacht van het intern toezichthoudend orgaan voor deze onderwerpen. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 000 XI, nr. 53.

154. Governancecode Woningcorporaties, opgesteld in opdracht van Aedes en de Vereniging van toezichthouders in woningcorporaties (VTW).

155. Overes 2016, p. 74, en Laseur-Eelman & Nolen 2015, p. 443.

156. Visée in Van Uchelen-Schipper & Visée 2013, p. 76 en 81-86.

157. Stichting van de Arbeid, *Principes voor goed pensioenbestuur (Pension Fund Governance)*, 16 december 2005.

### HOOFDSTUK 3

oordeel dat pensioenuitvoerders – bedrijfstakpensioenfondsen, ondernemingspensioenfondsen en verzekeraars – een antwoord moesten geven op de vanuit de samenleving en de politiek gestelde vraag op welke wijze het functioneren van pensioenuitvoerders kan worden verbeterd. Het gaat daarbij volgens de STAR om de wijze waarop door het bestuur van het pensioenfonds verantwoording wordt afgelegd aan belanghebbenden en de wijze waarop het interne toezicht is georganiseerd, oftewel: *pension fund governance*.<sup>158</sup>

#### *Overeenkomsten en verschillen tussen sectorale governancecodes*

De verschillende hiervoor genoemde eerste sectorcodes vertonen onderling overeenkomsten in governanceprincipes en aanbevelingen.<sup>159</sup> In sommige codes werd ook expliciet aangegeven dat inspiratie was opgedaan in codes die voor andere branches waren ontwikkeld.<sup>160</sup> De codes die in de loop van de jaren werden doorontwikkeld bevatten van oudsher aanbevelingen die betrekking hebben op de organisatie en interne taak- en bevoegdheidsverdeling tussen het bestuurlijke en het toezichthoudende orgaan, maar ook normen voor het individuele handelen van bestuurders en interne toezichthouders en regels in verband met verantwoording. Bij de bestudering van de verschillende eerste governancecodes valt op dat zij invulling geven aan het ontbreken van regels van intern toezicht in het stichtingenrecht van Boek 2 BW.<sup>161</sup>

In veel governancecodes werd en wordt het belang van een scheiding van toezicht en bestuur genoemd. De wijze waarop dat vormgegeven moet worden verschilt echter per sector. Andere punten waarop governancecodes onderling verschillen hangen samen met de bij de stichting in de desbetreffende sector betrokken belangen en belanghebbenden. In sommige sectoren zijn de belanghebbenden georganiseerd of kunnen zij georganiseerd worden in een eigen belanghebbendenorgaan en/of medezeggenschapsorgaan. Cliënten van een zorginstelling zijn als gezegd georganiseerd in een cliëntenraad, woningcorporaties kennen een huurdersvertegenwoordiging en scholen die overheidsbijdragen ontvangen stellen een medezeggenschapsraad in. Pensioenfondsen moeten een verantwoordingsorgaan instellen waarin deelnemers (actieve deelnemers en eventueel gewezen deelnemers), pensioengerechtigden en financieel betrokken werkgever(s) in gelijke mate zijn vertegenwoordigd. In codes voor dergelijke

---

158. Persbericht 16 december 2005, te vinden op [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl).

159. Ook in andere sectoren ontstonden governancecodes, zoals de Code Goed Bestuur en Integriteit Publieke Omroep voor omroepstichtingen (en omroepverenigingen) en de Claimcode voor claimstichtingen.

160. Zie bijvoorbeeld Code Wijffels 2005, p. 9. Ook de Commissie Meurs merkt op dat zij naast eigen inzichten en opvattingen gebruikt heeft gemaakt van de publicaties van de Commissie Peters en de Commissie Glasz.

161. En overigens ook het verenigingsrecht aangezien in sommige sectoren ook de vereniging als rechtsvorm gehanteerd werd.



instellingen wordt dan ook mede de verhouding tot en de interactie met belanghebbenden en belanghebbendenorganen aan de orde gesteld. De overeenkomsten en verschillen tussen verschillende governancecodes zullen in de volgende hoofdstukken nog aan de orde komen.

#### 3.4.4 *Voorschriften en keuzes omtrent bestuursmodellen in sectorregels en sectorale governancecodes*

##### *Semipublieke sector*

De WRR schreef in zijn rapport uit 2004 dat de raad van toezicht een belangrijke rol dient te krijgen in het governancemodel van semipublieke instellingen en pleitte om die reden voor het wettelijk verankeren van de raad van toezicht van de stichting.<sup>162</sup> Het advies van de WRR leidde echter niet tot het opstellen van een wetsvoorstel tot wijziging van het stichtingenrecht, maar op verschillende Ministeries werd sectorwetgeving voorbereid, waarbij in sommige gevallen een nadrukkelijke rol werd toegekend aan de raad van toezicht. Bovendien werden de taak en de bevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht in het raad van toezichtmodel steeds verder uitgewerkt in governancecodes.

##### *Woningcorporaties*

Sinds 1993 werd voor woningcorporaties, dat wil zeggen: woningstichtingen en woningverenigingen, in het Besluit Beheer Sociale Huursector (BBSH) een raad van commissarissen voorgeschreven.<sup>163</sup> Het toezichthoudend orgaan van een woningstichting werd dus – anders dan in andere sectoren waarin de stichting de gehanteerde rechtsvorm was – “raad van commissarissen” genoemd. Bij woningcorporaties kwamen het in de vorige paragraaf omschreven instructiemodel en het raad van beheermodel voor. Als gevolg van de verplichte raad van commissarissen kenden governancemodellen van woningstichtingen soms drie lagen: een bestuur, een directie en een raad van commissarissen.

162. Rapport WRR 2004. De WRR meende dat er meer aandacht moest komen voor de rol en de professionaliteit van toezichthouders, waarbij de benodigde competenties en vaardigheden en de rol van de interne toezichthouder een meer verplichtend karakter dienen te krijgen. Er zou bovendien een voorziening moeten komen om disfunctionerende toezichthouders te ontslaan, waarbij de voorkeur uitging naar de Ondernemingskamer. De WRR vervolgde dat aanvullend op het interne toezicht op financieel terrein verplichte controle door de accountant zou moeten komen en dat de jaarrekening openbaar gemaakt moet worden. Verplichte financiële controle op het niveau van de instelling betekent dat de overheden geen directe bemoeienis hoeven te hebben met de controle op doelmatigheid en rechtmatigheid. Die bemoeienis zou alleen aan de orde zijn als er extra publieke middelen moeten komen, exploitatietekorten dreigen en sanering noodzakelijk is, aldus de WRR.

163. Artikel 7 lid 1 BBSH juncto art 70 Woningwet.

### HOOFDSTUK 3

De Commissie Glasz adviseerde in haar rapport in 1998 om de governance-structuur van een woningcorporatie te vereenvoudigen en te laten bestaan uit slechts twee lagen: een bestuur en een raad van commissarissen.<sup>164</sup> De Commissie Glasz meende dat een besturingsmodel met twee lagen beter aansluit bij de herkenbare structuur van vennootschappen die een bestuur en raad van commissarissen kennen. Aanbevolen werd om de regeling van het interne toezicht bij woningcorporaties in te richten overeenkomstig de regeling van commissarissen bij de (structuur)vennootschap in het BW. De Commissie meende dat ervaring met governanceprincipes voor vennootschappen gebruikt konden worden. Zij deed inspiratie op bij wetbepalingen over informatievoorziening van de raad van commissarissen van een vennootschap, over het gebruik van profielschetsen, over benoeming van commissarissen en over verantwoording door de raad van commissarissen van een vennootschap. De Commissie Glasz merkte voorts op dat, indien voor een kleinere woningcorporatie het raad van commissarissenmodel geen haalbare optie blijkt, deze de interne organisatie ook anders kan structureren, zolang de taken en bevoegdheden van bestuur en toezicht maar gescheiden worden.

#### *Zorginstellingen*

De Commissie Meurs was in 1999 bij het opstellen van haar aanbevelingen voor zorginstellingen reeds uitgegaan van het op dat moment steeds vaker voorkomende rechtsfiguur bij zorgorganisaties: de stichting met een raad van toezichtmodel.<sup>165</sup> Daarbij werd opgemerkt dat het nadeel van dit model was dat het weinig wettelijke en maatschappelijk verankering had. De Commissie Meurs meende dat om die reden regelgeving over de raad van toezicht verbeterd zou moeten worden.

In de zogenoemde transparantievereisten behorend bij de WTZi werden aan de exploitatietoestemming van – kort gezegd – zorginstellingen die overheids-geld ontvangen governance-eisen verbonden.<sup>166</sup> Dergelijke zorginstellingen dienen inzichtelijk (transparant) te maken hoe zij georganiseerd zijn, wat zij zich ten doel stellen en hoe dat doel verwezenlijkt gaat worden. Eén van de eisen is dat de zorginstelling een orgaan heeft dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en dat het bestuur met raad terzijde staat.<sup>167</sup> In de toelichting bij deze bepaling werd opgemerkt dat daarmee geen verplichting opgelegd wordt ten aanzien van de te hanteren bestuursstructuur: naast het raad van toezichtmodel was nog steeds een model

---

164. Rapport Commissie Glasz.

165. Reeds in 1983 stelde de vereniging van bestuurders in de zorg, de NVZD, voor dat zorginstellingen een raad van toezichtmodel hanteren. Zie hierover: Sijmons 2006, p. 203.

166. Artikel 5 en artikel 7 lid 3 onderdeel c WTZi, artikel 6.1 lid 1 onder a Uitvoeringsbesluit WTZi.

167. Sijmons 2006, p. 204.

toegestaan, waarin de raad van beheer de toezichhoudende functie had. Wel eiste de WTZi een *afzonderlijk* toezichhoudend orgaan. Met andere woorden: een orgaan waarin de taken zijn verdeeld over twee soorten bestuurders, uitvoerende en niet uitvoerende of dagelijkse en algemene bestuurders (de *one tier board*) werd voor zorginstellingen niet toegestaan.<sup>168</sup>

De Zorgbrede Governancecode 2006 hanteerde als uitdrukkelijk uitgangspunt een model met een “raad van bestuur” en een “raad van toezicht”. Indien een zorginstelling een raad van beheermodel hanteert, dient deze zelf een vertaalslag van de codebepalingen te maken, aldus de Inleiding bij de Zorgbrede Governancecode 2006. In de Zorgbrede Governancecode 2010 werd overigens voor kleinere zorginstellingen, een dispensatiemogelijkheid opgenomen.<sup>169</sup> Dergelijke kleinere zorginstellingen hoeven de bepalingen omtrent de raad van toezicht niet toe te passen.

#### *Onderwijsinstellingen*

In sectorcodes voor onderwijsinstellingen gold op grond van een advies van de Onderwijsraad uit 2004 als uitgangspunt een functionele scheiding van de functies bestuur en toezicht.<sup>170</sup> Daarbij werden door de Onderwijsraad twee situaties onderscheiden: (1) in het primair en voortgezet onderwijs is functiescheiding in het bijzonder een zaak die vooral in de statuten en in andere eigen regelingen tot uitdrukking moet komen; (2) in het beroepsonderwijs, de volwasseneneducatie en het hoger onderwijs zijn de bestuurlijke en toezichhoudende taken in principe wettelijk gesplitst en aan twee organen toebedeeld, namelijk aan een college van bestuur of raad van bestuur en aan een raad van toezicht.

168. Door de wetgever werd niet duidelijk gemotiveerd waarom een *afzonderlijk* toezichhoudend orgaan vereist is en een *one tier board* met uitvoerende en niet uitvoerende (of toezichhoudende) bestuurders niet geschikt is. De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ), een onafhankelijk adviesorgaan van de Regering, sprak zich in 2009 (in het Rapport RVZ 2009) wel uitdrukkelijk uit tegen een *one tier board* bij zorginstellingen, omdat volgens de RVZ onafhankelijk toezicht beter gewaarborgd is binnen een bestuursmodel met een afzonderlijke raad van toezicht.

169. Zorginstellingen met minder dan tien zorg gerelateerde personeelsleden en een zorgomzet van minder dan een miljoen euro.

170. Advies Onderwijsraad 2004. Hierin werd opgemerkt dat de principes voor degelijk onderwijsbestuur afhankelijk van de situatie op verschillende manieren worden uitgewerkt. Gezien de wettelijke taak van de overheid voor leerplichtig onderwijs en de grote bestuurlijke variëteit in het primair en voortgezet onderwijs, werken de principes voor deze twee sectoren anders uit dan voor de sector beroepsonderwijs en volwasseneneducatie en het hoger onderwijs. In het primair en voortgezet onderwijs speelt daarbij nadrukkelijk de vrijheid van inrichting een grote rol. Regionale Opleidingscentra (ROC's), hogescholen en universiteiten hebben een publieke taak maar deels ook een privaat karakter. Zij kennen andere bestuurlijke verhoudingen dan het primair en voortgezet onderwijs.

### HOOFDSTUK 3

Ook het Ministerie van OCW schreef met de invoering van de zogenoemde ‘Wet goed onderwijs, goed bestuur’<sup>171</sup> die in 2010 in werking trad, in wetten voor verschillende soorten onderwijsinstellingen voor dat de bestuurlijke en toezichthoudende taken gescheiden werden. Ook daar werd ruimte geboden voor scholen in het basisonderwijs en het voortgezet onderwijs om geen afzonderlijke raad van toezicht in te stellen. Niet alleen een “organieke scheiding” van bestuur en toezicht maar ook een “functionele scheiding” van de functies van bestuur en intern toezicht (waaronder een *one tier board*) werd toegestaan.<sup>172</sup>

#### *Goede doelen*

Ook wat betreft goede doelen was één van de adviezen van de Commissie Wijffels dat er helder onderscheid moest zijn tussen de functies “besturen” en “toezicht houden”. Bij grotere organisaties *moeten* en bij kleinere organisaties *kunnen* die functies zijn ondergebracht bij afzonderlijke organen, aldus de Code Wijffels 2005.<sup>173</sup> Daarbij gelden volgens de Code Wijffels 2005 als mogelijkheden: (1) een model met een bestuur of statutaire directie en een raad van toezicht of (2) een model met een bestuur en een titulaire directie, waarbij het bestuur taken delegeert aan de titulaire directie.

#### *Culturele instellingen*

De Code Cultural Governance uit 2006 werd ontwikkeld op basis van drie besturingsmodellen die op dat moment het meest voorkwamen in de culturele sector: het raad van toezichtmodel, het bestuur + directiemodel<sup>174</sup> en het bestuurmodel. Instellingen met een raad van toezichtmodel zijn volgens de Code Cultural Governance 2006 veelal grotere organisaties met een professionele dagelijkse leiding, een eigen staf en een interne hiërarchie.<sup>175</sup>

---

171. Voluit: Wijziging van de Wet op het primair onderwijs, de Wet op de expertisecentra, de Wet op het voortgezet onderwijs, de Wet medezeggenschap op scholen en de Leerplichtwet 1969 in verband met de invoering van bekostigingsvoorschriften voor minimumleerresultaten, alsmede een aanvulling van de interventiemogelijkheden in het kader van het overheidstoezicht, en de verbetering van het intern toezicht. *Stb.* 2010, 80.

172. Zie bijvoorbeeld artikel 24d en 24e Wet op het voortgezet onderwijs.

173. 5.2. Code Wijffels 2005, p. 17. Als grens tussen grotere en kleinere organisaties geldt een omvang van 15 fte of 2,5 miljoen euro inkomsten per jaar.

174. De Code Cultural Governance 2006 licht toe dat in dit model het bestuur het beleid vaststelt en de voorbereidende en uitvoerende aspecten van het bestuurlijk proces zijn gedelegeerd aan de directie. Het bestuur treedt feitelijk op als toezichthouder, aldus de toelichting.

175. De Code Cultural Governance 2006 onderscheidde het bestuurlijk proces en het toezichthoudend proces dat in de drie genoemde besturingsmodellen vormgegeven kan worden. Op grond van statutaire bepalingen of subsidievoorwaarden kunnen derden ook een (belangrijke) rol spelen in het toezichthoudend proces, aldus de Code Cultural Governance 2006.

*Pensioenfondsen*

Volgens de Principes voor goed pensioenfondsbestuur van de STAR uit 2005 kan het bestuur van een pensioenfonds bij de inrichting van het interne toezicht kiezen uit een aantal mogelijkheden. Daarbij werd opgemerkt dat de taak van het interne toezicht bij een pensioenfonds niet hetzelfde is als de taak van een raad van commissarissen bij een (beurs)vennootschap.<sup>176</sup> Waar het toezicht van de raad van commissarissen van een vennootschap zich uitstrekt tot het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de onderneming, is het interne toezicht bij een pensioenfonds volgens de Principes beperkt tot het beoordelen van beleids- en bestuursprocedures en -processen (de uitvoering van de pensioenregeling), hetgeen zich uit in een jaarlijkse rapportage.<sup>177</sup> Volgens de Principes kan het bestuur voor de inrichting van het interne toezicht kiezen uit een aantal mogelijkheden, zoals: visitatie, het instellen van een afzonderlijk toezichthoudend orgaan, een *one tier board*, of een auditcommissie.<sup>178</sup> Blijkens een rapport van de SER uit 2009 werd op dat moment door pensioenfondsen vaak gekozen voor een visitatiecommissie.<sup>179</sup>

3.4.5 *Samenvatting en conclusies*

Middels zelfregulering wordt bij beursvennootschappen sinds het eind van de vorige eeuw de balans in het machtsverwicht tussen aandeelhouders, ondernemingsbestuur en raad van commissarissen nader vormgegeven. In navolging van de NCGC zijn in sectoren waar de stichting als rechtsvorm wordt gehanteerd richtlijnen en codes met principes en best practicebepalingen opgesteld die bestuur en toezicht en het afleggen van verantwoording door deze organen nader regelen.

Voor stichtingen in de goede doelensector formuleerde het CBF voorwaarden voor een Kwaliteitskeur waarin eisen op het gebied van bestuur en toezicht waren opgenomen en stelde de Commissie Wijffels in 2005 richtlijnen op voor goed bestuur, goed toezicht en doelmatig opereren. In de culturele sector werden naar aanleiding van schaalvergroting, verzelfstandiging en complexe subsidierelaties voor culturele instellingen governanceprincipes geformuleerd en neergelegd een

---

176. Volgens Principe C3 heeft het interne toezicht van een pensioenfonds ten minste tot taak het beoordelen van beleids- en bestuursprocessen en de *checks and balances* binnen het fonds, de wijze waarop het fonds wordt aangestuurd en de wijze waarop door het bestuur wordt omgegaan met de risico's op langere termijn. Op grond van Principe C4 rapporteert het interne toezicht aan het bestuur dat deze rapportages vervolgens bespreekt met het verantwoordingsorgaan. Zie hierover Visée in Van Uchelen-Schipper & Visée 2013, p. 85.

177. Principes voor goed pensioenfondsbestuur 2005, p. 11.

178. Principe C3 van de Principes voor goed pensioenfondsbestuur 2005.

179. Rapport Pensioencommissie SER, p. 5.

### HOOFDSTUK 3

eigen code. De STAR publiceerde voor pensioenfondsen in 2005 de Principes voor goed pensioenfondsbestuur teneinde het eigen functioneren en de governance van pensioenfondsen te verbeteren.

In de zorgsector en de woningcorporatiesector werd marktwerking geïntroduceerd en professionaliseerden zorginstellingen en woningcorporaties in hoog tempo. Volgens de politiek en brancheorganisaties in deze sectoren was dit een reden om hogere kwaliteitseisen te stellen aan zowel het bestuur als de raad van toezicht. Bovendien bestond behoefte aan meer duidelijkheid over het functioneren van het intern toezichthoudend orgaan en de verhouding tussen bestuur en toezicht. Zorginstellingen, woningcorporaties en scholen die overheidsgeld ontvingen werden geacht zelf hun governance, waaronder hun interne toezicht, vast te stellen en te regelen. Zij ontwikkelden met hulp van brancheorganisaties eigen governancecodes.

Governancecodes in sectoren waar de stichting een veel gebruikte rechtsvorm is, hebben met elkaar gemeen dat zij zijn gericht zijn op professionalisering van bestuur en toezicht en dat zij een invulling geven aan het ontbreken van governanceregels in het algemene stichtingenrecht. Op sommige punten, zoals de betrokkenheid van belanghebbenden en belanghebbendenorganen, verschillen governancecodes echter van elkaar. Bovendien is de vorm van het interne toezicht per sector verschillend. Het valt echter op dat in de loop der tijd voor grotere stichtingen in veel sectoren een raad van toezichtmodel werd voorgeschreven of aanbevolen.

Een model met een *afzonderlijke* raad van toezicht (of raad van beheer) werd in sectorale regels voor woningcorporaties en zorginstellingen dwingend voorgeschreven, waarbij een uitzondering werd geformuleerd voor kleinere instellingen. Een monistisch bestuursmodel werd niet toegestaan. In andere sectoren werd meer vrijheid in de keuze voor een bestuursmodel gegeven. Voor onderwijsinstellingen gold (en geldt nog steeds) als uitgangspunt dat sprake moet zijn een *functionele scheiding* van de functies bestuur en toezicht.

Ook bij goede doelen dienden de functies 'besturen' en 'toezicht houden' onderscheiden te worden. Voor grotere goede doelen moesten die functies volgens de Code Wijffels worden ondergebracht bij afzonderlijke organen. In de Code Cultural Governance 2006 stonden principes die waren ontwikkeld op basis van drie bestuursmodellen die op dat moment het meest voorkwamen in de culturele sector, waarbij werd geadviseerd het raad van toezichtmodel te hanteren indien sprake is van een grotere culturele instelling.

De 'Principes voor goed pensioenfondsbestuur' van de STAR lieten het pensioenfonds voor de inrichting van het interne toezicht kiezen uit een afzonderlijke raad van toezicht of een *one tier board*. Bovendien was (en is) het bij een

pensioenfonds mogelijk dat intern toezicht wordt gehouden door een visitatie-commissie of een auditcommissie. Dit hield verband met het feit dat intern toezicht bij een pensioenfonds volgens de Principes een andere, beperktere betekenis heeft dan het toezicht dat de raad van commissarissen van een vennootschap op grond van zijn wettelijke taak moet houden: het gaat bij pensioenfondsen (vooral) om intern toezicht op processen, waarover jaarlijks een rapport uitgebracht moet worden.

### 3.5 Wetgevingsinitiatieven rondom de maatschappelijke onderneming, semipublieke instellingen en wetten op het gebied van bestuur en toezicht

#### 3.5.1 *Inleiding*

Door de overheid bekostigde onderwijsinstellingen, woningcorporaties en zorginstellingen vertonen onderling veel overeenkomsten: zij hebben te maken met vergelijkbare governancevragen over de machtsverhouding tussen bestuur, raad van toezicht en belanghebbenden. In deze paragraaf worden initiatieven bezien, die zijn genomen om algemene, sectoroverstijgende wettelijke regels op te stellen.

#### 3.5.2 *Wetgevingsinitiatieven rondom “maatschappelijke ondernemingen”*

##### *Projectgroep Wijffels*

In het kader van het programma “Bruikbare rechtsorde” werd aan de projectgroep Rechtsvorm maatschappelijk ondernemen onder leiding van Wijffels, de opdracht gegeven om te onderzoeken hoe instellingen in de semipublieke sector beter in staat konden worden gesteld om invulling te geven aan hun maatschappelijke verantwoordelijkheid.<sup>180</sup> De projectgroep ging na of de maatschappelijke onderneming het antwoord was op een aantal maatschappelijke ontwikkelingen. De term “maatschappelijke onderneming” werd daarbij gebruikt door en toegepast op organisaties, met name stichtingen, die opereren in een marktsituatie (“ondernemen”) maar een maatschappelijk doel hebben.<sup>181</sup> De projectgroep bracht in 2006 haar rapport uit waarin zij opmerkte dat bestaande privaatrechtelijke rechtspersonen voor het drijven van een maatschappelijke onderneming niet zonder meer voldoen. Veel maatschappelijke ondernemingen worden door stichtingen in stand gehouden, terwijl deze rechtsvorm volgens de projectgroep “op zichzelf is gericht”: belanghebbenden kunnen alleen invloed uitoefenen als de

180. Rapport Wijffels, op 20 september 2006 aangeboden aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II* 2006-07, 39 279, nr. 37. Zie hierover uitgebreid Helder 2013, par. 2.8.

181. Helder 2013, p. 23.

### HOOFDSTUK 3

statuten daarin voorzien of als specifieke wettelijke bepalingen de instelling daartoe verplichten. Bovendien is verantwoording aan belanghebbenden niet structureel verankerd.<sup>182</sup>

#### *Voorstel: één regeling voor maatschappelijke onderneming*

De projectgroep meende dat het zuiverder zou zijn om vergelijkbare regels van intern toezicht die gelden voor maatschappelijke ondernemingen in plaats van in sectorale wetgeving in een algemene regeling in het BW vast te leggen. De maatschappelijke onderneming die door een stichting in stand wordt gehouden heeft volgens het Rapport Wijffels behoefte aan dezelfde voorzieningen die door de wetgever voor kapitaalvennootschappen zijn getroffen, bijvoorbeeld een wettelijke regeling voor het toezichthoudend orgaan en een structuurregeling.<sup>183</sup> Bij veel maatschappelijke ondernemingen die de stichtingsvorm hebben is het volgens het Rapport Wijffels al gebruikelijk een onafhankelijk toezichthoudend orgaan in te stellen dat – evenals in de structuurregeling – uit ten minste drie natuurlijke personen bestaat, de bevoegdheid heeft om bestuurders te benoemen en ontslaan en bepaalde belangrijke besluiten (zoals wijziging van de statuten) mag goedkeuren. De werkgroep meende dat een nieuwe vorm, de “maatschappelijke onderneming”, een goede mogelijkheid zou bieden om regels voor gelijk gearde maatschappelijke ondernemingen gelijk te trekken. De maatschappelijke onderneming zou ten minste drie organen moeten hebben: een bestuur, een raad van toezicht en een belanghebbendenvertegenwoordiging met een aantal wettelijke bevoegdheden.<sup>184</sup>

---

182. Rapport Wijffels, p. 4: “Het overgrote deel van de instellingen in de sectoren onderwijs, wonen en zorg, maar ook in andere semipublieke sectoren, die publieke diensten verlenen, wordt thans in stand gehouden door stichtingen en, in mindere mate, door verenigingen. In voornoemde sectoren hebben zich de afgelopen jaren vergelijkbare ontwikkelingen voorgedaan. Er is sprake van schaalvergroting, van financiële groei en van hogere eisen aan de kwaliteit van de dienstverlening. Deze ontwikkelingen hebben geleid tot professionalisering van management en bestuur. Van bescheiden vrijwilligersorganisaties zijn de instellingen veranderd in grote ondernemingen, waarin veel geld omgaat en hoge eisen worden gesteld aan de werkprocessen en de organisatie. Het rechtspersonenrecht heeft geen gelijke tred gehouden met deze ontwikkelingen. De rechtsvormen waarvan deze instellingen zich bedienen zijn vaak nog dezelfde als in de tijd dat het nog om kleine vrijwilligersorganisaties ging.”

183. Rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming, p. 17: “Om garanties te bieden voor het op verantwoorde wijze verrichten van ondernemingsactiviteiten en de belangen van aandeelhouders te beschermen schept de wet ruimte voor een toezichthoudend orgaan. In de structuurregeling is een raad van commissarissen zelfs dwingend voorgeschreven. Een professionele maatschappelijke onderneming heeft te maken met vergelijkbare belangen en risico’s. Daarom is een toezichthoudend orgaan op zijn plaats.”

184. De werkgroep noemde verschillende varianten om te bewerkstelligen dat de maatschappelijke onderneming zonder winstoogmerk voldeed aan een aantal eisen. Deze mogelijkheden waren, kort samengevat: (1) certificering (een onafhankelijk instituut geeft een certificaat af als de statuten aan bepaalde kenmerken voldoen); (2) het ontwikkelen van een



*Voorontwerp M.O.*

Op 12 juli 2007, dus kort na het Rapport Wijffels, werd het voorontwerp van een wetsvoorstel over de rechtsvorm van de maatschappelijke onderneming (Voorontwerp M.O.) en een concept memorie van toelichting ter consultatie aangeboden.<sup>185</sup> In het Voorontwerp M.O. werd gekozen voor een aparte rechtsvorm “maatschappelijke onderneming” met een raad van toezicht, die het bestuur benoemt en ontslaat en die goedkeuringsbevoegdheden heeft ten aanzien van alle “koersbepalende beslissingen” van de onderneming. Bovendien werd in het Voorontwerp M.O. een belanghebbendenvertegenwoordiging voorgeschreven. De belanghebbendenvertegenwoordiging kreeg de bevoegdheid om de raad van toezicht op een aantal terreinen te adviseren. De bevoegdheden van dit orgaan konden in de statuten worden uitgebreid.

*Wetsvoorstel M.O.*

Nadat veel kritiek was geuit op het Voorontwerp M.O. verscheen op 6 juli 2009 een fundamenteel ander wetsvoorstel (“Wetsvoorstel M.O.”), dat neerkwam op een modaliteitenregeling: de maatschappelijke onderneming als modaliteit van de stichting of de vereniging.<sup>186</sup> In het Wetsvoorstel M.O. had de maatschappelijke onderneming, evenals in het Voorontwerp M.O., een verplichte raad van toezicht, waaraan de dwingendrechtelijke bevoegdheid werd toegekend om het bestuur te benoemen.<sup>187</sup> Bijzonder was onder meer de bepaling in het

---

gemeenschappelijk beleidskader voor sectoraal overheidsbeleid; (3) het creëren in Boek 2 BW van een modaliteit van één of meer bestaande rechtsvormen, waaronder de stichting; (4) een aparte rechtsvorm in Boek 2 BW; of (5) een beperkte regeling van een maatschappelijke onderneming in het BW (in feite een variant op mogelijkheden 3 en 4).

185. Proeve van het voorstel van de Wet tot Wijziging van Boek 2 BW in verband met de introductie van een rechtsvorm voor de maatschappelijke onderneming. Te vinden via: [www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/maatschappelijke\\_onderneming](http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/maatschappelijke_onderneming).
186. Voorstel tot wijziging van Boek 2 BW houdende regels voor de vereniging of stichting tot instandhouding van een maatschappelijke onderneming, *Kamerstukken II 2008-2009*, 32 003, nr. 2. Het Wetsvoorstel M.O. bepaalde dat indien een stichting kiest voor de modaliteit maatschappelijke onderneming (“M.O.”) de mogelijkheid bestaat in de statuten op te nemen dat de maatschappelijke onderneming winst mag uitkeren aan houders van winstbewijzen (“M.O.W.”). Hoewel het Wetsvoorstel M.O., evenals het Voorontwerp M.O., was geïnspireerd door ontwikkelingen bij zorginstellingen, scholen en woningcorporaties, was blijkens de toelichting de maatschappelijke onderneming bedoeld voor elke instelling die een maatschappelijk belang behartigt en zich kan vinden in de orgaansamenstelling en bevoegdheidsverdeling van de M.O. of M.O.W.
187. De bestuurders van een stichting M.O. of M.O.W. worden op grond van het Wetsvoorstel M.O. benoemd door de raad van toezicht aan de hand van een, verplicht door het bestuur op te stellen, profielschets. Artikel 307a van het Wetsvoorstel M.O. De raad van toezicht diende te bestaan uit ten minste drie “commissarissen”, een verwarrende term die in het wetsvoorstel werd gebezigd in plaats van “leden van de raad van toezicht”. In vacatures in de raad van toezicht werd voorzien door de raad van toezicht met inachtneming van een door de raad van toezicht op te stellen profielschets die bekend gemaakt diende te worden gemaakt aan de belanghebbendenvertegenwoordiging. Mogelijk werd gemaakt dat de

Wetsvoorstel M.O. dat “commissarissen” van de maatschappelijke onderneming<sup>188</sup> kunnen worden ontslagen door de Ondernemingskamer op verzoek van de rechtspersoon, die daarbij wordt vertegenwoordigd door het bestuur, door de raad van toezicht of door de belanghebbendenvertegenwoordiging.<sup>189</sup>

Ook het Wetsvoorstel M.O. werd kritisch ontvangen. De Raad van State meende dat het voorstel geen betere waarborgen bood voor wat betreft het intern toezicht en de belanghebbendenvertegenwoordiging dan bestaande wettelijke regelingen en governancecodes die gelden voor zorginstellingen, scholen en woningcorporaties.<sup>190</sup> De Raad van State vreesde dat sectorale regels niet zouden komen te vervallen. Bovendien zou regulering volgens de Raad van State nodig blijven ten aanzien van instellingen die niet voor de maatschappelijke onderneming maar bijvoorbeeld voor de gewone stichtingsvorm kiezen. Uiteindelijk werd het Wetsvoorstel M.O. vanwege de aanhoudende kritiek en het ontbreken van voldoende draagvlak ingetrokken.<sup>191</sup>

### 3.5.3 *Interne aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht, uitbreiding enquêterecht en civielrechtelijk bestuursverbod*

#### *Interne aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht*

Naar aanleiding van een uitspraak van de rechter in 2008 inzake zorgstichting Hestia, merkte de toenmalige Minister van VWS op dat volgens hem de bestaande mogelijkheden om leden van de raad van toezicht in de zorg intern aansprakelijk te stellen voor onbehoorlijk functioneren niet voldoende geregeld waren.<sup>192</sup> Voor

---

statuten een recht van bindende voordracht toekennen aan de belanghebbendenvertegenwoordiging (en de algemene vergadering van winstbewijshouders) voor één of meer commissarissen, mits deze commissarissen tezamen niet de meerderheid van de raad van toezicht uitmaken. In lijn met geldende governancecodes werd een bepaling voorgesteld die inhield dat de raad van toezicht zodanig is samengesteld dat de commissarissen ten opzichte van elkaar, het bestuur en welk deelbelang dan ook, onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Artikel 307c lid 3 van het Wetsvoorstel M.O.

188. Enerzijds werd de term “raad van toezicht” gebezigd, en niet de term “raad van commissarissen”, maar de leden van de raad van toezicht werden “commissarissen” genoemd.

189. Artikel 307d van het Wetsvoorstel M.O.

190. Zie de beschrijving van het commentaar van de RvS door Helder, Helder 2013, p. 93-95.

191. *Kamerstukken II* 2012-2013, 32003, nr. 7.

192. Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, *JOR* 2008, 126. Artikel 2:9 BW is slechts van toepassing indien de stichting aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen en in staat van faillissement is verklaard (artikel 2:300a BW juncto artikel 2:149 BW). Dat laat overigens onverlet dat leden van de raad van toezicht aansprakelijk kunnen zijn uit hoofde van artikel 6:162 BW. De invoering van vergaande aansprakelijkheidsbepalingen bij niet-commerciële rechtspersonen zoals stichtingen stuitte in de jaren '80 op grote weerstand, vooral in verband met de omstandigheid dat bestuurders en interne toezichthouders van deze rechtspersonen in het algemeen hun functie niet beroepshalve uitoefenen. Om die reden werd een beperking tot commerciële rechtspersonen voorgesteld. *Kamerstukken II* 1983-1984, 16 631, nr. 6.

zorginstellingen en later ook woningcorporaties en pensioenfondsen werden sectorregels voorgesteld, waarin de interne aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:9 BW uitdrukkelijk van toepassing werd verklaard op leden van de raad van toezicht van een stichting in de desbetreffende sector.<sup>193</sup> In de literatuur kwam de vraag op waarom dit in bepaalde sectoren wel werd geregeld maar voor stichtingen in andere sectoren, zoals bijvoorbeeld de onderwijssector, niet. Als dit (beter) geregeld moet worden, ligt het dan niet meer voor de hand om dit (in de algemene bepalingen) in Boek 2 BW te regelen?<sup>194</sup>

#### *Wet bestuur en toezicht*

Op 1 januari 2013 trad de Wet bestuur en toezicht in werking.<sup>195</sup> Deze bood nauwelijks wijzigingen in de wettelijke regeling van stichtingen. Voor NV's en BV's werd een wettelijke basis voor de *one tier board* geïntroduceerd maar het werd niet nodig geacht om ook voor stichtingen een vergelijkbare regeling in de wet op te nemen.<sup>196</sup> Bovendien wijzigde de Wet bestuur en toezicht de regels van tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen bij NV's en BV's, maar ook op dit gebied werd geen regeling voor de stichting voorgesteld.

De Wet bestuur en toezicht bevatte één nieuwe regeling voor "grote stichtingen": het maximum aantal toezichthoudende functies (artikel 2:297b BW). Deze regeling was ingegeven door de wens om de kwaliteit van toezicht bij grote kapitaalvennootschappen en grote stichtingen (veelal semipublieke instellingen) te verbeteren en het zogenoemde "*old boys network*" te doorbreken.<sup>197</sup>

193. Zie *Kamerstukken II* 2009-2010, 32402, nr. 2 (Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg), artikel 104 Pw dat op 1 juli 2014 in werking trad en Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting.

194. Zie onder meer Lennarts 2011, p. 152.

195. *Stb.* 2011, 275.

196. De toenmalige Minister van Justitie zei hierover naar aanleiding van Kamervragen dat er geen reden is om een wettelijke uitwerking van het monistisch bestuursmodel te onthouden aan andere rechtsvormen dan de NV en de BV indien de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben, maar dat hem vooralsnog niet was gebleken dat die behoefte zodanig groot is dat een regeling in het voorstel van de Wet bestuur en toezicht zou moeten worden opgenomen. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 17. Hiervoor bleek echter dat in de praktijk al regelmatig gebruik werd gemaakt van een bestuursmodel met algemene en dagelijkse bestuurders binnen één bestuur die te vergelijken zijn met niet uitvoerende en uitvoerende bestuurders. Weliswaar is in sommige sectoren, zoals de zorgsector en de woningcorporatiesector, toezicht in de vorm van een apart toezichthoudend orgaan voorgeschreven, in andere sectoren, zoals de pensioensector, werd en wordt aan stichtingen wel de keuze geboden tussen toezicht in de vorm van een apart toezichthoudend orgaan en een *one tier board*.

197. *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, nr. C, p. 19. Bestuurders en toezichthouders van "grote stichtingen" (groot in de zin van het jaarrekeningenrecht) moeten voldoende tijd vrij kunnen maken voor het vervullen van hun verschillende functies, aldus de Minister van Justitie.

*Uitbreiding van de mogelijkheden in het enquêterecht*

De mogelijkheid om een enquête in te stellen was inmiddels via sectorwetgeving opengesteld voor bepaalde groepen belanghebbenden bij semipublieke instellingen, zoals de cliëntenraad bij zorginstellingen, maar ook het verantwoordingsorgaan bij pensioenfondsen.<sup>198</sup> Daarbij werd het enquêterecht niet rechtstreeks toegekend, maar werd bepaald dat de statuten aan een belanghebbendenorgaan enquêterecht moeten toekennen.<sup>199</sup> Op 1 januari 2013 traden wijzigingen in het enquêterecht in werking. Op grond van het gewijzigde enquêterecht werd aan de rechtspersoon zelf, dus ook aan de stichting zelf, daarbij vertegenwoordigd door het bestuur of door de raad van toezicht, de mogelijkheid geboden om een enquête in te stellen (artikel 2:346 lid 1 onderdeel d en lid 2 BW).

*Civielrechtelijk bestuursverbod*

Op 1 juli 2016 trad in werking de Wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod, kortweg: de Wet civielrechtelijk bestuursverbod. Op grond van het nieuwe artikel 106a Fw kan de rechtbank, op vordering van de curator of op verzoek van het openbaar ministerie, een bestuursverbod opleggen aan een bestuurder of gewezen bestuurder van een Nederlandse rechtspersoon. Lid 1 van artikel 106a Fw somt de gevallen op waarin een bestuursverbod kan worden opgelegd, waaronder het geval dat sprake is van, kort gezegd, faillissementsfraude of het geval dat de rechter in verband met een faillissement heeft geoordeeld dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder als bedoeld in artikel 2:138/248 BW. Voor stichtingen geldt, zoals reeds opgemerkt, al langere tijd het bestuursverbod van artikel 2:298 lid 3 BW. Een bestuurder die door de rechtbank is ontslagen op grond van artikel 2:298 BW, bijvoorbeeld op grond van wanbeheer bij de stichting, kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder van een stichting worden. Het civielrechtelijk bestuursverbod in de zin van artikel 106a Fw is in zoverre ruimer dat de (ex-)bestuurder aan wie een dergelijk bestuursverbod is opgelegd gedurende vijf jaar niet tot bestuurder *of commissaris* van een Nederlandse rechtspersoon kan worden benoemd, dus ook niet tot lid van de raad van toezicht van een stichting (artikel 106b Fw).

De Commissie Vennootschapsrecht suggereerde in haar advies over het Wetsvoorstel om het civielrechtelijk bestuursverbod uit te breiden naar (gewezen) commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders die binnen de termen van lid 1 van artikel 106a Fw vallen.<sup>200</sup> De Minister van V&J achtte een dergelijke uitbreiding echter niet nodig. Daartoe voerde de Minister onder meer aan dat bij vennootschappen met een raad van commissarissen vanuit aandeelhouders controle

198. Artikel 6.2 Besluit toelating zorginstellingen en artikel 219 juncto artikel 33 Pw en artikel 212 juncto 42 Wet verplichte beroepspensioenregeling.

199. Van Uchelen-Schipper en Visée 2013, p. 38.

200. Brief van de Commissie Vennootschapsrecht van 8 januari 2014, p. 2, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013-2014, 34 011, nr. 3. Zie hierover Bosse 2016.

op commissarissen gehouden wordt.<sup>201</sup> Hij merkte daarbij op dat dit natuurlijk niet geldt voor stichtingen, maar dat voor stichtingen een wetsvoorstel in voorbereiding is (het hierna te behandelen Wetsvoorstel btrp) waarin in een speciaal wetsartikel (artikel 2:298 BW) de mogelijkheid wordt geboden aan belanghebbenden om bij de rechter ontslag van commissarissen (leden van de raad van toezicht) te verzoeken indien zij het belang van de stichting ernstig schaden. Toewijzing van een dergelijk verzoek zal ingevolge deze wetswijziging tot een “bestuursverbod” van de betreffende commissaris leiden.

#### 3.5.4 *Rapporten naar aanleiding van incidenten in de semipublieke sector*

Vooraf in 2012 en 2013 werd steeds vaker gesproken van “incidenten” in de semipublieke sector en “falend bestuur en toezicht” bij semipublieke instellingen, met name bij zorginstellingen, woningcorporaties en scholen. De Tweede Kamer besloot in 2012 een parlementaire enquête in te stellen naar het stelsel van de volkshuisvesting, het interne en externe toezicht, en de positie van de huurders bij woningcorporaties.<sup>202</sup> In april 2013 werd de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties geïnstalleerd die in 2014 rapport uitbracht aan de Tweede Kamer.<sup>203</sup> In dit rapport werd geconstateerd dat incidenten in de onderzochte gevallen zijn terug te voeren op zowel gebrekkige interne als externe governance. Wat betreft interne governance valt op dat in veel gevallen sprake is van een dominante bestuurder met teveel macht en een zwakke raad van commissarissen, aldus de enquêtecommissie.<sup>204</sup> Het kabinet achtte het nodig om te bezien hoe het interne toezicht in de woningcorporatiesector, maar ook in andere semipublieke sectoren (zorg en onderwijs) kon worden versterkt, hoe de rol van inspecties en de kwaliteit van medezeggenschap in deze sectoren kon worden verbeterd, maar ook hoe “goed gedrag” van het bestuur en de raad van toezicht in de semipublieke sector kon worden gestimuleerd.

#### *Commissie Halsema*

In mei 2013 werd door de Minister van Economische Zaken de “Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector” (de “Commissie Behoorlijk Bestuur” of de “Commissie Halsema”) ingesteld.

201. *Kamerstukken II* 2013-2014, 34 011, nr. 3, p. 15, en *Kamerstukken I* 2015-2016, 34 011, B, p. 2.

202. Op 20 maart 2012 nam de Tweede Kamer de motie van het lid Van Bochove met algemene stemmen aan. *Kamerstukken II* 2011-2012, 29 453, nr. 236. Aanleiding voor het indienen van de motie was de problematiek bij woningcorporatie Vestia, die volgde op verscheidene incidenten bij andere woningcorporaties waar “laakbaar gedrag door het interne en externe toezicht onvoldoende en te laat werd onderkend.”

203. *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 3. Onderdeel van het rapport is het Deelrapport Casussen (*Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 6).

204. *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 6, p. 263.

### HOOFDSTUK 3

De Commissie Halsema had tot taak gedragsregels op te stellen voor professioneel en ethisch verantwoord handelen van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector. Op 11 september 2013 bracht de Commissie haar rapport “Een lastig gesprek” uit, waarin aanbevelingen waren opgenomen die zijn gericht op het gedrag, het elkaar aanspreken op gedrag en het creëren van een meer open cultuur binnen semipublieke organisaties.<sup>205</sup> De Commissie Halsema meende onder meer dat er een wettelijke taakomschrijving voor leden van de raad van toezicht van stichtingen en verenigingen moet komen, die vergelijkbaar is met de taakomschrijving van commissarissen van een NV of BV. Bovendien meende de Commissie Halsema dat werknemers en bij de sector betrokken burgers via voordrachtsrechten invloed moeten hebben op het toezichthoudend orgaan. De voor de sector verantwoordelijke Ministers dienen volgens de Commissie Halsema meer bevoegdheden krijgen, zoals de mogelijkheid om: (1) bestuurders te ontslaan via de gewone rechter (op grond van wanbeheer (artikel 2:298 BW); en (2) een enquête te starten bij de Ondernemingskamer. Tot slot adviseerde de Commissie Halsema om civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders verder aan te scherpen.

#### *Kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Halsema*

In november 2013 volgden min of meer gelijktijdig de officiële kabinetsreactie op het rapport van de Commissie Halsema en een brief van de Minister van Veiligheid en Justitie.<sup>206</sup>

Het kabinet was het eens met de Commissie Halsema dat bezien moest worden of aan de voor de sector verantwoordelijke Ministers meer bevoegdheden gegeven konden worden, zoals het toetsen van de geschiktheid van bestuurders en toezichthouders, en voorts of aan de desbetreffende Ministers de mogelijkheid gegeven moest worden om – onder bijzondere omstandigheden – interne toezichthouders te schorsen en te ontslaan. Het kabinet achtte sectorwetgeving hiervoor het meest geschikt.

De Minister van Veiligheid en Justitie reageerde in zijn brief vanuit aansprakelijkheidsoptiek: hij ging in op de voorgenomen aanpak ten aanzien van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van instellingen in semipublieke sectoren. Hij kondigde aan dat het kabinet de wettelijke positie en taakvervulling van interne toezichthouders bij stichtingen en verenigingen wilde verduidelijken en zo de drempel tot aansprakelijkheidstelling of ontslag van wanpresterende bestuurders en toezichthouders verlagen. De Minister wilde de

---

205. Bijlage bij Brief ‘Toezending rapport Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector’ van 11 september 2013 van Minister Kamp aan de Tweede Kamer met kenmerk AEP/13152328.

206. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 750 VI, nr. 31.

reikwijdte van artikel 2:9 BW uitbreiden middels een wetsvoorstel. De Minister merkte op dat in semipublieke sectoren private instellingen zoals scholen, ziekenhuizen en woningcorporaties publieke taken verrichten. In semipublieke sectoren zijn vaak stichtingen actief, waardoor er geen kiezers, leden of aandeelhouders zijn die invloed kunnen uitoefenen op het bestuur. Bij gebreke aan externe druk is het des te belangrijker dat er een goed functionerende interne toezichthouder is die het bestuur zo nodig tot de orde kan roepen, om een goede dienstverlening in het publieke belang te waarborgen, aldus de Minister.

*Rapporten van de Algemene Rekenkamer en de WRR*

Ondertussen verschenen, mede naar aanleiding van de parlementaire enquête naar misstanden bij woningcorporaties, verschillende rapporten over governance in de semipublieke sector. Zo stelde de Algemene Rekenkamer in juni 2014 een rapport op ter ondersteuning van de enquêtecommissie, waarin als belangrijke elementen voor *good governance* genoemd werden: integriteit, onafhankelijke taakuitoefening en een transparante verantwoording daarover.<sup>207</sup>

In mei 2014 bood de WRR het Rapport ‘Van tweeluik naar driehoeken’ (Rapport WRR 2014) aan de Regering aan.<sup>208</sup> In dit Rapport constateerde de WRR dat niet alleen woningcorporaties, maar ook zorginstellingen en onderwijsinstellingen, hun interne tegenspraak niet goed hebben georganiseerd.<sup>209</sup> Het rapport richtte zich op het verbeteren van het interne toezicht en de interne tegenmacht bij deze semipublieke instellingen en was daarmee een vervolg op het Rapport van de Commissie Halsema.

De WRR merkte op dat veel onderzoekers en beleidsmakers in reactie op de incidenten in de semipublieke sector enerzijds pleiten voor strengere regulering (aangescherpt extern toezicht, aansprakelijkheid, ministeriële bevoegdheden) en anderzijds voor meer professionalisering (opleiding, gedragscodes en overleg). Wat volgens de WRR in het debat nog ontbreekt, is de aandacht voor de versterking van interne *checks and balances* binnen semipublieke instellingen, in de zin van het bieden van tegenwicht. Veel van die ontsporingen zijn niet, of niet alleen, te wijten aan bewust malafide gedrag van bestuurders, maar vaak ook aan een gebrek aan tegenspraak van al te bevlogen bestuurders.<sup>210</sup>

207. Rapport Algemene Rekenkamer 2014.

208. Rapport WRR 2014.

209. Onder interne *checks and balances* verstaat de WRR vormen van bestuurlijke controle en tegenmacht die binnen een instelling zijn georganiseerd.

210. Volgens de WRR is het beeld dat naar voren komt uit onderzoeken naar recente ontsporingen bij woningcorporaties, onderwijs- en gezondheidsinstellingen dat bestuurders heel veel zelf kunnen bepalen zonder noemenswaardig tegenwicht vanuit de organisatie.

### HOOFDSTUK 3

De WRR besprak “*three lines of defense*”: het bestuur, de raad van toezicht en derde partijen (belanghebbenden of andere betrokkenen). Aangezien collegabe-stuurders een belangrijke tegenspeler zijn, pleitte de WRR voor een meerhoofdige (collegiaal) bestuur. De raad van toezicht is volgens de WRR in het huidige tweeluik de primaire tegenspeler van de professionele bestuurders. De raad van toezicht kan bestuurders ter verantwoording roepen en ingrijpen, maar kan daarbij hulp gebruiken van derde partijen.<sup>211</sup> De WRR adviseerde dat het bestuur en raad van toezicht dienen te zorgen voor interne *checks and balances*, eventueel met hulp van brancheorganisaties en verenigingen van interne toezichthouders die criteria kunnen opstellen. Externe toezichthouders dienen de voortgang van instellingen en sectoren bij het versterken van de interne *checks and balances* te monitoren, aldus de WRR. Indien zelfregulering te weinig oplevert, dient het kabinet zelf een kader voor good governance op te stellen.

#### *Kabinetsreactie op het Rapport van de WRR*

In zijn reactie liet het kabinet weten het eens te zijn met de opmerking van de WRR dat het initiatief voor betere governance in de eerste plaats bij instellingen en sectoren zelf ligt.<sup>212</sup> Het kabinet ondersteunde voorts het pleidooi van de WRR om externe toezichthouders meer aandacht te laten besteden aan de interne *checks and balances* van semipublieke instellingen en zegde toe in wet- en regelgeving waar nodig randvoorwaarden vast te leggen. Het kabinet meende voorts dat het van belang is om de contacten tussen intern en extern toezicht te versterken. Interne toezichthouders werden opgeroepen om externe toezichthouders vaker te informeren: in elk geval in situaties waarin zij zorgen of ernstige twijfels hebben over kwaliteit van dienstverlening of de financiële toestand van een organisatie. Het interne toezicht is tot nu toe doorgaans niet verplicht om de desbetreffende inspectie te informeren over risicovolle zaken, aldus het kabinet. Bovendien werd opgemerkt dat de Minister van OCW voornemens is bij wet vast te leggen in welke gevallen de interne toezichthouder van een onderwijsinstelling de Inspectie voor het Onderwijs moet informeren over zaken die hij tijdens de uitoefening van zijn toezichtrol tegenkomt en dat de Minister voor Wonen en Rijksdienst zal gaan regelen dat de raad van toezicht van een woningcorporatie en de externe toezichthouders elkaar informeren.

---

211. Deze derde partijen kunnen uit de organisatie komen, zoals controllers en de OR, maar ook belanghebbende buitenstaanders zouden een forum (bijvoorbeeld een “raad van maatschappelijke belanghebbenden”) kunnen vormen, aldus de WRR. Het is aan het bestuur en de raad van toezicht om dit nader vorm te geven, aldus de WRR.

212. Bijlage bij Aanbiedingsbrief met de kabinetsreactie op de rapporten ‘Toezien op publieke belangen’ en ‘Van tweeluik naar driehoeken’ van 12 september 2014. Dit blijkt ook uit de kabinetsreactie op het Rapport Commissie Halsema, *Kamerstukken II* 28 479, nr. 69.



### 3.5.5 *Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen*

#### *Voorontwerp btrp*

In februari 2014 verscheen het Voorontwerp van het voorstel van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (“Voorontwerp btrp”), waarin de door de Minister aangekondigde regels over interne aansprakelijkheid voor (toezichthouders van) stichtingen waren opgenomen.<sup>213</sup> Het voorstel beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren, aldus de concept MvT behorende bij het Voorontwerp btrp (“Concept MvT btrp”) en voorziet daartoe onder meer in een wettelijke grondslag voor de instelling van een toezichthoudend orgaan bij stichtingen. In de Concept MvT btrp werd opgemerkt dat bestaande regelingen van bestuur en toezicht per rechtspersoon op een aantal punten verschillen:

“Bestuurders en toezichthouders worden geacht hun taak behoorlijk te vervullen. In dat kader is van belang dat helder in de wet is geregeld wat die taak is, dat zij bij de vervulling ervan de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen en dat wanneer zij hun taak onbehoorlijk vervullen, zij voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk kunnen worden gehouden. Op deze punten bestaat echter nog niet voor alle rechtspersonen een uniforme regeling. Verschillen bestaan tussen NV’s, BV’s en coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen enerzijds en verenigingen en stichtingen anderzijds. Ook kent de wet verschillende regelingen voor commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen. [\*]

De bestaande verschillen leiden tot onduidelijkheid. Zij kunnen tot gevolg hebben dat toezichthouders niet goed weten wat van hen verwacht wordt en niet ingrijpen wanneer daartoe aanleiding bestaat. Aldus dragen zij niet bij aan een behoorlijke taakvervulling door bestuurders en toezichthouders bij verenigingen en stichtingen. Zij worden dan ook niet langer gerechtvaardigd geacht. In dat kader wordt een voor alle rechtspersonen geldende, uniforme regeling geïntroduceerd.”<sup>214</sup>

Het Voorontwerp btrp beoogt dus invulling te geven aan de aanbevelingen van de Commissie Halsema. Het Voorontwerp btrp gaf een aanzet voor:

- een wettelijke grondslag voor het instellen van een toezichthoudend orgaan bij stichtingen (artikel 2:292a lid 1 Voorontwerp btrp);
- uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich moeten richten (artikel 2:9 lid 1 en 2:9a lid 1 Voorontwerp btrp);
- uniformering van de tegenstrijdig belangregeling (ook voor leden van het toezichthoudend orgaan, artikel 2:9a lid 3 en 2: 292a lid 5 Voorontwerp btrp);

213. Zie [www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen](http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen).

214. Concept MvT btrp, p. 1-2.

### HOOFDSTUK 3

- uniformering van de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders (artikel 2:9 lid 2 en 2:9a lid 2 Voorontwerp btrp);
- uitbreiding van de gronden voor ontslag van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen (artikel 2:298 BW).

Op deze wijze werden aanvullende governanceregels voor stichtingen in de algemene titel en de stichtingstitel van Boek 2 BW opgenomen. Daarbij springt het uniformeringstreven van de wetgever op een aantal gebieden in het oog.

#### *Reacties op het Voorontwerp btrp*

Via openbare consultatie werd gelegenheid geboden om te reageren op het Voorontwerp btrp. De inhoud van het Voorontwerp btrp, de reacties daarop en de inhoud van het Wetsvoorstel btrp komen in de hierna volgende paragrafen bij afzonderlijke onderwerpen aan de orde. Algemeen kan gezegd worden dat de reacties met name kritisch waren over het feit dat de aansprakelijkheidsnormen van artikelen 2:9, 2:9a en 2:138 van het Voorontwerp btrp voor bestuurders en toezichthouders van alle stichtingen en verenigingen gingen gelden, dus ook voor onbezoldigde bestuurders en leden van de raad van toezicht van kleine stichtingen en verenigingen zonder onderneming.<sup>215</sup> Het Voorontwerp btrp, dat zich aanvankelijk vooral leek te richten op verbetering van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen, had daarmee – vergaande – consequenties voor alle soorten stichtingen.<sup>216</sup>

#### *Wetsvoorstel btrp*

Op 8 juni 2016 verscheen het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (Wetsvoorstel btrp). In het Wetsvoorstel btrp, dat dit moment in behandeling is bij de Tweede Kamer, wordt voorgesteld om het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen, dus ook van stichtingen, “raad van commissarissen” te noemen. Volgens de Toelichting bij dit wetsvoorstel (MvT btrp) ligt het “wets-systematisch niet voor de hand om binnen Boek 2 BW verschillende benamingen te hanteren voor organen die in feite dezelfde functie vervullen”.<sup>217</sup> In het Wetsvoorstel btrp zijn voorts uniforme regels opgenomen, die nog verder gaan dan de uniforme regels uit het Voorontwerp btrp. Voorgesteld is om niet alleen de taak,

---

215. Zie de reacties op [www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties).

216. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (“GCV”) (reactie p. 4-5) merkte op dat de algemene en dwingendrechtelijke regeling met minimumeisen voor het bestuur en toezicht goed aansluit bij professionele semipublieke organisaties zoals onderwijs- en zorginstellingen en woningcorporaties, maar dat deze onvoldoende recht doet aan de diversiteit en flexibiliteit van de stichtingsvorm en de vele andere doelstellingen waarvoor de stichting in de praktijk op uiteenlopende gebieden en in zeer verschillende sectoren wordt gebruikt, zoals de familiestichting, de stichting administratiekantoor, pensioenstichtingen, (goede) doelstichtingen waarbij het vermogen voor specifieke doeleinden wordt afgezonderd, stichtingen vanuit een kerkelijke achtergrond.

217. MvT btrp, p. 19.

de normstelling, de regeling van interne aansprakelijkheid en tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, maar ook de regeling omtrent het monistisch bestuurdersmodel (artikel 2:9a Wetsvoorstel btrp) en aansprakelijkheid bij onbehoorlijk bestuur en onbehoorlijk toezicht in geval van faillissement (artikelen 2:9c en 11c Wetsvoorstel btrp) in het algemene gedeelte van Boek 2 BW te uniformeren. Door deze uniformering kan “onderlinge kruisbestuiving plaatsvinden en worden onnodige verschillen tussen rechtsvormen weggenomen”, aldus de MvT btrp.<sup>218</sup>

Volgens de MvT btrp beoogt het voorstel voor stichtingen (en verenigingen) op dezelfde wijze als voor NV's en BV's te regelen dat bestuurders en commissarissen zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van de rechtspersoon en de met die rechtspersoon verbonden onderneming, dat bestuurders en commissarissen met een tegenstrijdig belang zich moeten onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming en dat bestuurders en toezichthouders aansprakelijk kunnen zijn voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling.

Een aantal van de suggesties en opmerkingen uit de reacties op het Voorontwerp btrp en de literatuur is in het Wetsvoorstel btrp overgenomen. Ten opzichte van het Voorontwerp is het Wetsvoorstel btrp als gezegd uitgebreid met een regeling voor een monistisch bestuursstelsel voor alle rechtspersonen. “Met de voorgestelde regeling kan de rechtspersoon zelf kiezen welk bestuursmodel het beste bij hem past. Overigens kan de mogelijkheid om te kiezen voor een monistisch bestuursmodel in sectorspecifieke regelgeving wel worden uitgesloten”, aldus de MvT btrp.<sup>219</sup>

Het Wetsvoorstel btrp wil voorts tegemoet komen aan de kritiekpunten over onbezoldigde bestuurders en commissarissen van niet-commerciële stichtingen (en verenigingen) naar aanleiding van het Voorontwerp btrp. In artikelen 2:9c lid 2 en 11c Wetsvoorstel btrp is voorgesteld het bewijsvermoeden, dat geldt ingeval van faillissement van de stichting (indien niet wordt voldaan aan – toezicht op – de boekhoudplicht en tijdige openbaarmaking van de jaarrekening wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is), niet van toepassing te laten zijn op onbezoldigde bestuurders en commissarissen.

Het Wetsvoorstel btrp biedt net als het Voorontwerp btrp mogelijkheden voor belanghebbenden en het openbaar ministerie om op te treden tegen de raad van toezicht: artikel 2:298 Wetsvoorstel btrp, dat nu slechts mogelijkheden biedt en aanzien van bestuurders, wordt daartoe uitgebreid. Door de mogelijkheid van belanghebbenden om op grond van dit artikel commissarissen (leden van de raad

---

218. MvT btrp, p. 2.

219. MvT btrp, p. 4.

### HOOFDSTUK 3

van toezicht) te ontslaan kan beter “toezicht op toezicht” worden gehouden, aldus de MvT btrp. Bovendien is voorgesteld om de gronden voor de vordering tot ontslag in artikel 2:298 te wijzigen: bestuurders en leden van de raad van toezicht die het belang van de stichting zodanig schaden dat het voortduren van hun bestuurderschap, *casu quo* lidmaatschap van de raad van toezicht, in redelijkheid niet meer kan worden geduld, kunnen op verzoek van het openbaar ministerie of van belanghebbenden, door de rechtbank worden ontslagen.

Tot slot bevat het voorgestelde artikel 2:11 een aantal nieuwe bepalingen die voor de raad van toezicht gaan gelden. In lid 7 van dit artikel is voorgeschreven dat de statuten een regeling omtrent belet en ontstentenis van alle leden van de raad van toezicht bevatten. Op grond van lid 9 kan de raad van toezicht, tenzij de statuten anders bepalen, bestuurders schorsen. Bij de taak van een toezicht-houdend orgaan past volgens de MvT btrp dat het kan ingrijpen in het bestuur indien het dat nodig acht; de bevoegdheid tot schorsing is daartoe een belangrijk instrument. De statuten kunnen aanvullende bevoegdheden toekennen aan de raad van toezicht, waardoor de bestaande flexibiliteit wordt behouden, aldus de MvT.

Net als het Voorontwerp btrp strekt het Wetsvoorstel btrp zich uit over alle soorten stichtingen, en heeft daarmee niet alleen consequenties voor semipublieke instellingen maar bijvoorbeeld ook voor stichtingen met private doeleinden, zoals bijvoorbeeld “familiestichtingen”. Diverse voorstellen die zijn opgenomen het Wetsvoorstel btrp, reacties uit de literatuur hierop en eigen beschouwingen daarover, zullen in de hierna volgende paragrafen bij de desbetreffende deelonderwerpen aan de orde komen.

#### 3.5.6 *Samenvatting en conclusies*

Sinds de laatste eeuwwisseling zijn er diverse wetgevingsinitiatieven geweest die ten doel hadden en hebben om governance bij semipublieke instellingen (woningcorporaties, zorginstellingen en scholen die overheidsgeld ontvangen) te verbeteren. Daarbij werd steeds gezocht naar de optimale balans tussen de bevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht en (organen van) belanghebbenden.

Wetgevingsinitiatieven die ten doel hadden om de “maatschappelijke onderneming” als aparte rechtsvorm of als modaliteit van de stichting in Boek 2 BW, met een verplichte raad van toezicht en verplichte belanghebbendenvertegenwoordiging, te regelen sneuvelden uiteindelijk. Men meende dat de voorgestelde regels over de maatschappelijke onderneming geen zinvolle aanvulling vormen op de bepalingen in Boek 2 BW en dat zij geen betere waarborgen bieden voor intern toezicht en belanghebbendenvertegenwoordiging dan de reeds bestaande sectorregels en sectorale governancecodes.

Steeds vaker werden regels van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen niet alleen opgenomen en uitgewerkt in sectorcodes maar ook in sectorspecifieke wet- en regelgeving. Zo werd in sectorwetgeving voor zorginstellingen en woningcorporaties het interne aansprakelijkheidsrecht (artikel 2:9 BW) voor leden van de raad van toezicht van toepassing verklaard en werd aan belanghebbendenorganen enquêterecht toegekend. De vraag kwam op of dergelijke regels niet beter thuis horen in Boek 2 BW.

Vanaf 2012 en 2013 deden zich spraakmakende incidenten voor bij semipublieke instellingen en werd gesproken over “falend toezicht”. De Commissie Halsema kreeg tot taak om gedragsregels op te stellen voor professioneel en ethisch verantwoord handelen van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector. In haar Rapport constateerde de Commissie dat van belang is dat de taak van bestuurders en interne toezichthouders voldoende duidelijk is en dat bestuurders en toezichthouders interne tegenspraak organiseren. De Commissie adviseerde om civielrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders verder aan te scherpen. Voorts werd geadviseerd om aan de externe toezichthouder meer bevoegdheden toe te kennen, zoals de bevoegdheid tot het instellen van een enquête en het recht om bestuurders via de rechter te ontslaan. In aanvulling daarop adviseerde de WRR het interne toezicht te verplichten om vaker de externe toezichthouder te informeren over risicovolle zaken.

In reactie op het rapport van de Commissie Halsema en andere rapporten verschenen achtereenvolgens in 2014 het Voorontwerp btrp en in 2016 het Wetsvoorstel btrp, die ten doel hebben de kwaliteit van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen die de vorm van een stichting (of vereniging) hebben, te verbeteren. Het Wetsvoorstel btrp richt zich echter niet alleen op semipublieke instellingen, maar op alle soorten stichtingen, waaronder stichtingen met een private doelstelling. In het Wetsvoorstel btrp, dat op dit moment ter behandeling bij de Tweede Kamer ligt, wordt een basis geboden voor de instelling van een raad van toezicht bij de stichting. Middels uniforme wettelijke regels die gelden voor alle rechtspersonen, worden de taak en aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht geregeld. Het Wetsvoorstel btrp bevat voorts – onder meer – een regeling voor tegenstrijdig belang van leden van de raad van toezicht en geeft de raad van toezicht de bevoegdheid om bestuurders te schorsen.

### 3.6 Hoofdstuksamenvatting en conclusies

De vroegere doelvermogens zonder rechtspersoonlijkheid vertonen enige gelijkenis met de huidige stichting. Stichtingen werden opgericht als een niet aan het leven van de oprichter gebonden vorm van vermogensbeheer. Daarnaast komen van oudsher stichtingen voor die een “instellingskarakter” hebben, zoals de vroegere armenhuizen en gasthuizen (de latere ziekenhuizen).

### HOOFDSTUK 3

Pas in 1956 werd de stichting voor het eerst wettelijk geregeld, in de WS 1956. De WS 1956 liet de raad van toezicht bewust ongeregeld. De achtergrond daarvan is dat het stichtingenrecht en de daarin opgenomen governanceregels flexibel gehouden werden; de wetgever constateerde dat bij stichtingen verschillende vormen van intern toezicht voorkomen.

In de WS 1956 werden voor het eerst – de nu nog geldende – materiële kenmerken van de stichting opgenomen waarmee de stichting zich onderscheidt van andere rechtsvormen. Een belangrijke reden om materiële kenmerken wettelijk vast te leggen, was het voorkomen van misbruik van de stichtingsvorm. In sommige gevallen was feitelijk bedoeld om een vereniging op te richten, maar werd gekozen voor een stichting omdat op stichtingen, anders dan op verenigingen, geen preventief overheidstoezicht gehouden werd.

Vanwege het feit dat een stichting geen algemene vergadering heeft, werden – de nu nog geldende – wettelijke corrigerende bevoegdheden van het openbaar ministerie in de WS 1956 opgenomen. Aan zowel het openbaar ministerie als aan belanghebbenden werd een wettelijke mogelijkheid geboden om via de rechtbank bestuurders te ontslaan ingeval van wanbeheer. Overigens merkte de toenmalige Minister van Justitie op dat hij van het openbaar ministerie geen omvangrijke activiteit verwachtte op het terrein van de stichtingen.

In de jaren '70 werd de structuurregeling ingevoerd voor grote kapitaalvennootschappen, die verplicht werden een raad van commissarissen in te stellen met een aantal wettelijke bevoegdheden. De toenmalige Minister van Justitie meende dat de stichting te zeer van de kapitaalvennootschap verschilt om haar, ook als zij een grote omvang heeft, een structuur op leggen die vergelijkbaar is met de structuurregeling. In de jaren '80 ontstond discussie over inspraak en betrokkenheid van belanghebbenden (cliënten, werknemers, vrijwilligers) bij door de overheid gesubsidieerde zorginstellingen, onderwijsinstellingen en woningcorporaties die de vorm van een stichting hadden. De Regering meende dat maatregelen in dat verband, zoals invloed op de samenstelling van het bestuur of raad van toezicht (voordrachtsrechten), in afzonderlijke sectorwetten opgenomen zouden moeten worden.

In de loop van de tijd hanteerden steeds meer stichtingen een governance-model met een bestuur en een raad van toezicht (“raad van toezichtmodel”), met name grote stichtingen met een instellingskarakter die hun governancestructuur als gevolg van marktwerking en schaalvergroting steeds verder geprofessionaliseerd hadden. Het tot dan toe regelmatig toegepaste model met een bestuur dat “algemeen bestuur” of “raad van beheer” werd genoemd leidde tot een aantal onduidelijkheden en onwenselijkheden.

## HISTORISCHE ONTWIKKELINGEN

Niet alleen in de semipublieke sector maar ook in andere sectoren, zoals de goede doelensector en de culturele sector, ontstonden governancecodes die met behulp van brancheorganisaties werden opgesteld. Sectorale governance-regels hadden met elkaar gemeen dat daarin werd voorgeschreven dat de functies “bestuur” en “toezicht” gescheiden worden. De uitwerking daarvan was echter per sector verschillend: bij zorginstellingen en woningcorporaties werd een afzonderlijk toezichthoudend orgaan voorgeschreven terwijl bij pensioenfondsen en onderwijsinstellingen een *one tier board*, een bestuur met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, toegestaan werd.

In governancecodes in veel sectoren werd voorgeschreven of geadviseerd dat “grote stichtingen” (de definitie daarvan loopt uiteen) in de desbetreffende sector een raad van toezichtmodel hanteren. In sectorregels en sectorale governancecodes zijn in de loop der jaren steeds uitgebreidere regelingen opgenomen voor de raad van toezicht en het raad van toezichtmodel. Deze regelingen vertonen overeenkomsten met de regeling van de raad van commissarissen van grote vennootschappen in Boek 2 BW en in de Nederlandse Corporate Governance Code.

Sinds de eeuwwisseling zijn diverse wetgevingsinitiatieven ontwikkeld die ten doel hadden om governance bij semipublieke instellingen (woningcorporaties, zorginstellingen en scholen die overheidsgeld ontvangen) te verbeteren. Daarbij werd steeds gezocht naar de optimale balans tussen de bevoegdheden van het bestuur, de raad van toezicht en (organen van) direct belanghebbenden. Steeds vaker werden regels van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen niet alleen opgenomen in sectorcodes, maar ook in sectorspecifieke wet- en regelgeving. Zo werd in sectorwetgeving voor zorginstellingen en woningcorporaties het interne aansprakelijkheidsrecht van bestuurders (artikel 2:9 BW) ook voor leden van de raad van toezicht van toepassing verklaard en werd aan bepaalde belanghebbendenorganen enquêterecht toegekend. De vraag kwam op of dergelijke regels niet thuishoren in Boek 2 BW.

Vanaf 2012 en 2013 deden zich incidenten voor bij semipublieke instellingen, naar aanleiding waarvan de politiek sprak over “falend intern toezicht”. Onderzoekscommissies, zoals de Commissie Halsema, constateerden onder meer dat van belang is dat de taken van bestuurders en interne toezichthouders voldoende duidelijk zijn en dat bestuurders en toezichthouders interne tegenspraak organiseren. In 2016 verscheen het Wetsvoorstel btrp dat ten doel heeft de kwaliteit van bestuur en toezicht bij semipublieke instellingen, die de vorm van een stichting (of vereniging) hebben, te verbeteren. Het Wetsvoorstel btrp richt zich echter niet alleen op semipublieke instellingen, maar op alle soorten stichtingen. In het Wetsvoorstel btrp wordt een basis geboden voor de instelling

### HOOFDSTUK 3

van een raad van toezicht bij de stichting. Voorgesteld wordt om middels uniforme wettelijke regels die gelden voor alle rechtspersonen – onder meer – de taak en aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht te regelen en leden van de raad van toezicht een aantal basale bevoegdheden te geven. Het Wetsvoorstel btrp is thans in behandeling bij de Tweede Kamer.



## Hoofdstuk 4. Materiële kenmerken van de stichting en de betekenis daarvan voor de raad van toezicht

### 4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe de stichting gekarakteriseerd kan worden. In het bijzonder zal worden onderzocht wat de rechtskenmerken van de stichting inhouden, wat zij betekenen voor governanceopvattingen en governance-regelingen voor de stichting.

Uit het voorgaande hoofdstuk bleek dat in sommige sectoren een raad van toezicht verplicht is voorgeschreven. Stichtingen die niet verplicht zijn om een raad van toezicht in te stellen, kunnen niettemin vrijwillig overgaan tot instelling van een raad van toezicht. Wat is de invloed van de specifieke kenmerken van de stichting, die anders zijn dan de kenmerken van andere rechtspersonen, op de taak en op de bevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting? Bezien wordt welke (minimale) bevoegdheden de raad van toezicht in verband met die kenmerken zou moeten hebben. Daarnaast wordt nagegaan of, mede in verband met deze kenmerken, een bovengrens geldt voor (combinaties van) bevoegdheden die aan de raad van toezicht kunnen worden toegekend.

Hierna komt allereerst het historische onderscheid tussen corporatieve en niet-corporatieve rechtspersonen aan de orde en het “normaaltype” stichting dat de wetgever voor ogen stond ten tijde van het opstellen van het eerste stichtingsrecht, de WS 1956. Het verschil tussen stichtingen en andere rechtspersonen is sinds de eerste wettelijke regeling terug te zien in de wettelijke omschrijving van de stichting, anders gezegd: in haar materiële kenmerken. Na een beschrijving van de wijze van vaststelling van het stichtingsdoel en de (on)mogelijkheid om het statutaire doel te wijzigen, komen de drie materiële kenmerken van de stichting aan de orde, te weten:

- het hebben van een doelgebonden vermogen;
- het uitkeringsverbod; en
- het ledenverbod.

## HOOFDSTUK 4

### 4.2 Historisch onderscheid tussen rechtspersonen, normaaltypen en wettelijke kenmerken

#### 4.2.1 *Inleiding*

Deze paragraaf gaat in op de achtergrond en de totstandkoming van de materiële kenmerken van de stichting. Welke soorten rechtspersonen worden historisch onderscheiden en wat is daarover in de wet vastgelegd? Welk normaaltype stichting had de wetgever voor ogen bij het vaststellen van de wettelijke omschrijving van de stichting?

#### 4.2.2 *Corporatieve rechtspersonen en stichtingen*

##### *Rechtspersoonlijkheidstheorieën*

In het vorige hoofdstuk bleek dat al lang voordat het eerste stichtingenrecht in 1956 in werking trad de rechtsfiguur van de stichting veelvuldig voorkwam. Op een zeker moment werd daarbij aangenomen dat de stichting rechtspersoonlijkheid had, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldeed.<sup>1</sup> In verband met rechtspersoonlijkheidstheorieën dachten rechtswetenschappers in de negentiende en begin twintigste eeuw na over rechtspersoonlijkheid en kenmerken waarmee verschillende rechtspersonen zich van elkaar onderscheiden.<sup>2</sup> Dergelijke rechtspersoonlijkheidstheorieën hebben tegenwoordig slechts beperkte praktische betekenis (uit Boek 2 BW volgt nu immers welke rechtspersonen worden onderscheiden), maar zij verschaffen niettemin enig inzicht in de ideeën over hoe een stichting getypeerd werd voor en ten tijde van het opstellen van de eerste wettelijke regeling, de WS 1956.

Veel rechtspersoonlijkheidstheorieën maakten een onderscheid tussen:

1. corporatieve rechtspersonen (met een samenwerkingskarakter); en
2. niet-corporatieve rechtspersonen of instellingen (met een instellingskarakter).<sup>3</sup>

---

1. Zoals in paragraaf 3.2.2 en 3.2.7 werd opgemerkt, was voor de kwalificatie “stichting” enige mate van zelfstandigheid van belang, waarbij relevant was dat behoorlijk werd voorzien in het beheer en bestuur van de stichting. De statuten (stichtingsbrief) diende bepalingen omtrent de organisatie van de stichting te bevatten. Zie onder meer HR 9 januari 1925, *NJ* 1925, 327 (Papefonds) en HR 11 december 1914, *W.* 1915 (Fonds Jan de Koning).

2. Zie onder meer Feenstra 1994, nr. 47, en Feenstra 1956, p. 381 e.v. De term rechtspersoon kwam in de eerste helft van de 19e eeuw op bij verschillende rechtswetenschappers, met name in Duitsland, die verschillende rechtspersoonlijkheidstheorieën ontwikkelden. Zie wat betreft rechtspersoonlijkheidstheorieën de beschouwingen van Scholten in Asser/Scholten & Bregstein 1-II 1954, p. 92-97, Meijers 1948, p. 170 e.v., Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/5-30 en Van Solinge 2012, p. 1-6.

3. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/28 en Asser/Van der Grinten 2-II 1991/171 en 185.

Corporatieve rechtspersonen – kortweg: corporaties – hebben leden of aandeelhouders en in de literatuur is opgemerkt dat het “personensubstraat” een wezenlijk kenmerk van corporaties: er is sprake van een samenwerkingsverband oftewel een “vereniging van personen”. Over niet-corporatieve rechtspersonen wordt ook wel gezegd dat zij een “instellingskarakter” hebben.

In sommige rechtspersoonlijkheidstheorieën was de niet-corporatieve rechtspersoon aanvankelijk lastig in te passen.<sup>4</sup> Bij corporatieve rechtspersonen is uiteindelijk altijd sprake van samenwerkende (natuurlijke) personen, terwijl instellingen of stichtingen conceptueel verder van natuurlijke personen af staan. Bij stichtingen is geen sprake van een samenwerkingsvorm maar het doelgebonden vermogen staat centraal.<sup>5</sup> Het toekennen van persoonlijkheid aan een stichting vond men om die reden meer gekunsteld.

Heise plaatste in zijn rechtspersoonlijkheidstheorie in 1816 stichtingen naast corporaties in een speciale categorie rechtspersonen. Hij beargumenteerde daarbij dat het “substraat van rechtsbetrekkingen” bij rechtspersonen kan bestaan uit personen of zaken.<sup>6</sup> Dit doet denken aan het onderscheid dat in het Romeinse recht gemaakt werd tussen de algemeenheid van personen (*universitas personarum*) en de algemeenheid van goederen (*universitas rerum*).<sup>7</sup> De klassieke doelvermogens met een eigen organisatie en de *piae causae* werden door sommigen gezien als een vorm van *universitas rerum*. Van zowel de *universitas personarum* als de *universitas rerum* werd al in de Romeinse tijd aangenomen dat zij een zekere zelfstandige status konden hebben en als “persoon” aan het rechtsverkeer konden deelnemen.<sup>8</sup> Na de theorie van Heise onderscheidden ook

- 
4. Aldus onder meer Polak 1956, Polak 1960 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/28. Bijvoorbeeld de zogenoemde leer van de collectieve eigendom van Planiol en later Molengraaff en Star Busmann en de contractstheorie van Von Jehring, die uitgaat de rechtssubjectiviteit van de leden, zijn niet of moeilijk toepasbaar op de stichting. Zie Asser/Van der Grinten 2-II 1991/24, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/5-30 en Van Solinge 2012, p. 1-6.
  5. De vennootschap werd aanvankelijk, voordat de institutionele opvatting van de vennootschap haar intrede deed, ook wel gezien als een contract. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/2 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/30.
  6. Feenstra 1956, p. 443 en 444. Volgens Feenstra was Heise de eerste die dit onderscheid in categorieën rechtspersonen maakte.
  7. Zie ook paragraaf 3.2.5 en de verwijzingen aldaar.
  8. Wat betreft de *universitas personarum* blijkt uit de Digesten, dat deze zelf schuldeiser of schuldenaar kan zijn en haar de leden niet aansprakelijk zijn voor haar schulden. In Dig. 3, 4, 7 staat dat als iets aan een *universitas* [vertaling: corporatie] verschuldigd is, het niet aan de afzonderlijke leden verschuldigd is en evenmin zijn de afzonderlijke leden verschuldigd wat de *universitas* verschuldigd is. Middeleeuwse juristen vinden niet alleen aanknopingspunten in het *Corpus Iuris Civilis* maar ook in het canonieke recht. Feenstra 1994, nr. 47 en Schrage 1992, p. 103-107. In veel literatuur wordt voor wat betreft *universitas rerum* de tekst uit de Digesten aangehaald waarin staat dat niet alleen een gemeente, een stadsraad en

## HOOFDSTUK 4

latere theorieën een categorie corporaties en een categorie stichtingen, waaraan rechtspersoonlijkheid werd toebedacht.<sup>9</sup> De stichting werd steeds gezien als de enige niet-corporatieve rechtspersoon.

### *Meijers*

In zijn Algemene Rechtsleer in 1948 maakte Meijers een overzicht en classificatie van rechtspersonen waarbij hij eveneens corporatieve rechtspersonen (verenigingen en naamloze vennootschappen) enerzijds en stichtingen anderzijds onderscheidde. Hij maakte daarbij wel kanttekeningen en relativeerde het onderscheid: ook in stichtingen kan worden samengewerkt, terwijl anderzijds bij een vereniging de algemene vergadering het niet altijd feitelijk voor het zeggen heeft (niet altijd de hoogste macht in de organisatie is):<sup>10</sup>

“Volgens sommigen kenmerken zich de corporaties door leden, die als de gezamenlijke dragers van het vermogen en de belangen, die in de rechtspersoon belichaamd zijn, moeten beschouwd worden, terwijl de belangen en het vermogen van een stichting niet aan leden gebonden zijn, m.a.w. doel en vermogen van de stichting staan los van de organen der stichting. Wanneer men aldus onderscheidt, komen de verenigingen met altruïstisch doel – liefdadigheidsverenigingen, verenigingen in het belang van geloof, wetenschap of kunst, enz. – in het gedrang. De belangen, die de rechtspersoon behartigt, zijn hier niet nauwer aan de leden gebonden als bij een stichting aan bestuurders.” [\*\*] “Zij, die bij subjektieve rechten meer de nadruk leggen op de macht dan op het beschermde belang, laten bij de vereniging als kenmerk, dat haar van de stichting onderscheidt, gelden, dat bij de vereniging de leden te zamen het orgaan vormen, waaraan de hoogste macht in de organisatie toekomt, terwijl dit bij de stichting het bestuur der stichting is. Men vergeet hierbij echter, dat enerzijds vele wetgevingen zich niet tegen een organisatie der vereniging verzetten, waarbij de hoogste macht toekomt aan het bestuur en niet aan een ledenvergadering toekomt, anderzijds dat ook

---

een vennootschap [van belastingpachters] (*societas*), maar ook een nalatenschap “de rol van een persoon” kan vervullen (Dig. 46, 1, 22). De volledige vertaling van Dig. 46, 1, 22, luidt “Na de dood van een stipulatieschuldenaar kan ook voor de aanvaarding van diens nalatenschap een borg worden aangenomen, aangezien een nalatenschap de rol van een persoon vervult, evenals een gemeente, een stadsraad en een vennootschap [van belastingpachters].” Corpus Iuris Civilis, Digesten II. Aangezien een nalatenschap een *universitas rerum* is, wordt dit gebruikt als argument voor het aannemen van een zekere zelfstandige status voor *universitas rerum*. Een ander interessant aanknopingspunt dat een zekere zelfstandige status van *universitas rerum* veronderstelt is dat een gift aan een tempel gedaan kan worden; zie Dig. 33, 1, 20, 1 (“... , *ceterum datum templo.*”), Corpus Iuris Civilis Digesten I.

9. Scholten onderscheidde in zijn latere leer van de juridische realiteit eveneens corporaties en stichtingen, waarbij hij aanneemt dat beide categorieën voor het recht personen zijn. Zie Asser/Scholten & Bregstein I-II 1954, p. 92-96. Zie ook Meijers 1948, p. 170 e.v.

10. Meijers 1948, p. 257 e.v.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

bij stichtingen leden en ledenvergaderingen, die voor het bestuur bindende besluiten kunnen nemen, niet ondenkbaar zijn. Om de hiervoor geschetste reden wordt dan ook gewoonlijk een ander criterium voor de onderscheiding aangeraden. Bij stichtingen zouden het doel en de organisatie der rechtspersoon vastgesteld worden door personen, die verder buiten de rechtspersoon staan – de stichters en somtijds de overheid –, terwijl bij verenigingen het de leden en het bestuur zijn, die doel en organisatie bepalen. [\*\*] Ook dit verschil leidt niet tot een scherpe onderscheiding. Bij stichtingen wordt het meer en meer gebruikelijk in de statuten bepalingen op te nemen, waarbij de bestuurders de bevoegdheid krijgen de statuten zo nodig te wijzigen, terwijl de stichters zelf het eerste bestuur kunnen vormen; alsdan verdwijnt het ganse geschetste verschil, tenzij men een zodanige organisatie niet meer als een stichting zou willen beschouwen.”

Meijers meende dat, vanwege het feit dat het onderscheid tussen verschillende rechtspersonen niet altijd scherp is, voor stichtingen net als voor andere rechtspersonen slechts een “normaaltype” onderscheiden en geregeld kan worden.

### 4.2.3 *Normaaltype stichting van Meijers*

Meijers formuleerde het normaaltype stichting als volgt:

“vaststelling van doel en organisatie door stichters; geen organisatie van leden; geen bevoegdheid van bestuurders om ingrijpende wijzigingen in doel en organisatie aan te brengen en verwezenlijking van een doel hoofdzakelijk door een daarvoor bestemd kapitaal.”<sup>11</sup>

Het normaaltype stichting dat Meijers voor ogen had en dat een belangrijk uitgangspunt was voor het Ontwerp Meijers maar ook voor het ontwerp van de WS 1956, kenmerkt zich dus doordat doel en organisatie worden vastgesteld door een of meer personen (de stichters) die in beginsel buiten de rechtspersoon staan. De oprichter bepaalt bij oprichting van de stichting:

- het doel van de stichting;
- de regels over bestemming van het vermogen voor dit doel; en
- de regels over beheer van het doelgebonden vermogen.

---

11. Het normaaltype vereniging formuleert Meijers als volgt: “doel en organisatie bepaald door leden, die in de loop van de tijd door anderen vervangen kunnen worden, verwezenlijking van het doel door arbeid, die door de leden of de organen van de rechtspersoon verricht dient te worden” (Meijers 1948, p. 257 en p. 262).

## HOOFDSTUK 4

Bij de oprichting van de stichting verkrijgt de oprichter niet noodzakelijkerwijs zelf een institutionele positie binnen de stichting, dat wil zeggen: de oprichter hoeft zelf niet deel uit te maken van een orgaan en/of hoeft zichzelf niet in de statuten de bevoegdheid toe te kennen om nieuwe bestuurders te benoemen of voor te dragen. Indien de oprichter zichzelf geen institutionele positie voorbehoudt, is zijn (actieve) rol uitgewerkt na oprichting van de stichting. Het door hem vastgestelde doel blijft echter, evenals de regeling omtrent van de organisatie van de stichting, een belangrijke rol spelen, zeker indien – zoals bij het normaaltype het geval is – de bepalingen omtrent het doel van de stichting niet gewijzigd kunnen worden.

Het normaaltype vereniging of kapitaalvennootschap heeft altijd leden of aandeelhouders. Leden of aandeelhouders maken altijd deel uit van de statutaire organisatie (de “deelrechtsorde”) van de corporatie; zij vormen immers de algemene vergadering. De algemene vergadering heeft de bevoegdheid om het doel vast te stellen en te wijzigen en het bestuur te benoemen en ontslaan. Ook als een corporatieve rechtspersoon feitelijk geen echte samenwerking is, is er altijd ten minste één lid of één aandeelhouder.

### *Bepaling van het doel en de organisatie*

Met inachtneming van zijn eigen relativering en uitgaande van de geformuleerde normaaltypen, signaleerde Meijers aldus een belangrijk onderscheid tussen verenigingen en stichtingen, in feite tussen alle corporatieve rechtspersonen en stichtingen: bij verenigingen bepalen de leden (en het bestuur dat door de leden wordt benoemd) het doel en de organisatie, terwijl bij stichtingen het doel en de organisatie worden bepaald door de oprichter “die buiten de rechtspersoon staat”.

Ook Feith merkte in 1925 op dat de vraag wie het doel en het doelgebonden vermogen vaststelt van belang is voor het onderscheid tussen de stichting en de vereniging. Hij beschrijft dit als volgt:

“Toch is er een wezenlijk onderscheid, hetwelk m.i. hierin is gelegen, dat, waar bij de stichting het na te streven doel en de wijze, waarop zulks zal geschieden, eens en voor goed door den stichter of de stichters worden bepaald, bij de vereniging de steeds wisselende leden de wijze, waarop de vereenigingsgelden voor het bij de statuten omschreven doel zullen worden besteed, vaststellen.”<sup>12</sup>

---

12. Feith 1925, p. 14.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

Het onderscheid tussen stichting en vereniging en de daarmee samenhangende materiële kenmerken<sup>13</sup> klinken door in de eerste wettelijke regeling van de stichting (artikel 1 WS 1956), maar ook de huidige wettelijke regeling (artikel 2:285 BW).<sup>14</sup> Blijkens de MvT bij de WS 1956 onderscheidt de stichting zich van de vereniging door de betekenis die het vermogen heeft voor het doel en door het ontbreken van voor het doel samenwerkende leden.<sup>15</sup>

### *Geen commerciële rechtspersoon*

Het normaaltype stichting is volgens Meijers bovendien geen “commerciële rechtspersoon”. Bij kapitaalvennootschappen is, anders dan bij stichtingen, sprake van een vorm van samenwerking met als doel daaruit inkomsten te verkrijgen. Stichtingen zijn niet bedoeld om (uitsluitend) inkomsten te verschaffen aan de oprichters, bestuurders of aan anderen, die de stichting gebruiken ter behartiging van hun eigen stoffelijke belangen, aldus Van der Grinten in 1943: “iemand die een onderneming wil inbrengen in een rechtsvorm en daarbij de winsten naar de inbrenger wil laten vloeien, zou een andere rechtsvorm dan de stichting moeten kiezen”.<sup>16</sup>

Het normaaltype kapitaalvennootschap heeft dus, anders dan de stichting, ten doel om aan aandeelhouders uit te keren winst te genereren. Meijers noemt een categorie verenigingen “welke het vermogensbelang harer leden behartigen” en een categorie verenigingen die dit niet doen. Tot de eerste categorie behoren

---

13. Meijers wilde in Boek 2 BW de verschillende soorten rechtspersonen door materiële kenmerken onderscheiden. Zie ook Polak 1956, p. 13, Huizink 2011, nr. 23 en Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.1. Meijers: “Waar echter wel tegen gewaakt dient te worden, is, dat de verschillende typen van rechtspersonen zich enkel door formele kenmerken zouden onderscheiden, zodat alle vormen door elkaar voor een zelfde soort organisatie met een zelfde doel konden worden gebruikt. Helaas is het thans zo gesteld, dat een organisatie vrijelijk die vorm van rechtspersoon kan kiezen, die haar oprichters het meest aanstaat. Men vindt volkomen gelijkgeaarde ondernemingen nu eens als naamloze vennootschap, dan weer als verenigingen volgens de wet van 1855, ook wel als coöperatieve verenigingen of tegenwoordig zelfs als stichtingen opgericht. Men kiest die vorm van rechtspersoon, die men het minst bezwarend acht. [...]” In zijn Toelichting-Meijers uit 1954 is voorts te lezen: “Een wetgever, die zijn dwingende bepalingen wenst te zien geëerbiedigd, moet materiële kenmerken voor de verschillende soorten van rechtspersonen opstellen, zodat iedere vorm beantwoordt aan een bijzondere door de wet erkende behoefte.” Toelichting-Meijers par. 2.2, p. 131. Zie ook par. 3.2.3.

14. De materiële kenmerken van de stichting werden in de WS 1956 opgenomen, maar in de jurisprudentie werden al voor de invoering van de WS 1956 aanzetten tot een materiële afbakening van rechtspersonen gegeven. In 1953 oordeelde het Hof Amsterdam dat onaanvaardbaar was de stelling dat slechts de “uiterlijke stichtingshandeling” – afzondering van een vermogen voor een bepaald doel met instelling van een organisatie om dit doel te verwezenlijken – voor het bestaan van een stichting beslissend zou zijn (Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953/317 (Stichting B.W.T.)).

15. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 8.

16. Van der Grinten 1943, p. 264.

## HOOFDSTUK 4

de naamloze vennootschappen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen en tot de andere rubriek behoren verenigingen met een altruïstisch doel en “verenigingen tot vermaak, ontspanning en opvoeding der leden”, aldus Meijers.<sup>17</sup>

### 4.2.4 *Formele en materiële kenmerken op grond van het huidige recht*

Boek 2 BW bevat tegenwoordig een limitatieve opsomming van rechtspersonen, maar het onderscheid tussen corporatieve en niet-corporatieve rechtspersonen is nog steeds zichtbaar in het huidige recht. Dat de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij, de NV en de BV in oorsprong een samenwerkingskarakter hebben is terug te zien in het feit dat deze rechtspersonen een algemene vergadering hebben dat een orgaan van “samenwerkende” leden of aandeelhouders is. De NV en de latere BV zijn van oorsprong corporatieve rechtspersonen waar aandeelhouders met elkaar samenwerken in een vennootschappelijk verband. Overigens bestaan voor deze rechtsvormen (tegenwoordig) slechts beperkte samenwerkingsverplichtingen: de enige wettelijke samenwerkingsverplichting van aandeelhouders is thans nog het deelnemen in het in aandelen verdeelde kapitaal. Bovendien zijn vennootschappen met één aandeelhouder waarin geen sprake is van samenwerking wettelijk erkend en toegestaan: de eenpersoonsvennootschap wordt op een aantal plekken in Boek 2 BW, zoals artikel 2:137/249 BW, uitdrukkelijk genoemd.<sup>18</sup>

#### *Formeel vereiste*

Uit het huidige wettelijk systeem vloeit voort dat rechtspersonen zich in eerste instantie niet onderscheiden door materiële maar door formele kenmerken, dat wil zeggen: door de oprichtingsvereisten. De oprichtingshandeling is beslissend voor de vraag of sprake is van een vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV, BV of stichting. Het formele vereiste voor oprichting van een stichting is het passeren van een notariële akte van oprichting die de statuten van de stichting bevat.

Iemand die een activiteit wenst onder te brengen in rechtspersoon kan in beginsel zelf kiezen welke rechtsvorm hij passend vindt. Een rechtspersoon die bij notariële akte is opgericht als een stichting geldt rechtens als stichting. Als een rechtspersoon echter niet voldoet aan de materiële vereisten, is hij ontbindbaar (zie paragraaf 4.2.5 hierna).

---

17. Meijers 1948, p. 264.

18. Aldus Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/11.



## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

### *Materiële vereisten*

Zoals in paragraaf 3.2.3 werd beschreven was een belangrijke reden om de stichting in 1956 wettelijk te regelen, het voorkomen van misbruik van de stichtingsvorm.<sup>19</sup> Indien de vereniging of naamloze vennootschap een meer geëigende vorm is, zou die rechtsvorm gebruikt moeten worden, aldus de MvT bij de WS 1956. Om die reden werden, naast een formeel vereiste, materiële vereisten van de stichting opgenomen in de eerste wettelijke omschrijving van de stichting.

Een stichting kan weliswaar rechtsgeldig zijn opgericht, maar indien de stichting bij oprichting of daarna niet meer aan één of meer materiële kenmerken voldoet, kan zij door de rechter worden ontbonden (zie het huidige artikel 2:21 lid 1 sub c BW). Dit principe werd reeds in de WS 1956 neergelegd (artikel 1 WS 1956).

### *Wettelijke materiële kenmerken*

Hiervoor in paragraaf 3.2.4. werden de materiële kenmerken van de stichting al opgesomd:

1. het hebben van een doelgebonden vermogen;
2. het uitkeringsverbod; en
3. het ledenverbod.

De eerste twee materiële kenmerken zien op het doel en het werkterrein van de stichting<sup>20</sup> en het derde kenmerk ziet op de organisatie van de rechtspersoon.<sup>21</sup> Het uitkeringsverbod is via de negatieve omschrijving gekoppeld aan het doel van de stichting: “het doel *mag niet inhouden* het doen van uitkeringen”. Timmerman merkt op dat het opmerkelijk is dat het uitkeringsverbod bij de stichting in de wettelijke omschrijving is opgenomen. Volgens hem is een dergelijk verbod in het systeem van de wet eigenlijk geen materieel kenmerk.<sup>22</sup> Voor de vereniging geldt een vergelijkbaar verbod: een vereniging *mag geen*

---

19. Dit blijkt naast de in paragraaf 3.2.3. aangehaalde wetsgeschiedenis bij de WS 1956 uit het arrest Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953, 317 (Stichting B.W.T.), dat enkele jaren voor de invoering van de WS 1956 werd gewezen.

20. Zoals opgemerkt in paragraaf 3.2.4 hangen de eerste twee kenmerken met elkaar samen en zouden zij in plaats van twee ook één rechtskenmerk genoemd kunnen worden.

21. In de wettelijke omschrijving van de vereniging in artikel 2:26 BW kunnen evenals bij de stichting materiële kenmerken worden onderscheiden die zien op de organisatie enerzijds en op de werkzaamheden (dat wil zeggen: het doel) van de vereniging anderzijds. Onder materiële kenmerken die zien op de werkzaamheden wordt begrepen het verbod voor de vereniging om winst onder haar leden te verdelen. Het voorschrift dat de vereniging geen doel mag hebben als omschreven in artikel 53 lid 1 en 2 bakent de vereniging af van de coöperatie respectievelijk de onderlinge waarborgmaatschappij. Het organisatorische kenmerk van de vereniging is het hebben van leden.

22. Timmerman maakt een onderscheid tussen materiële kenmerken en verboden die Boek 2 BW voor bepaalde rechtsvormen geeft (Timmerman 1991, p. 877).

## HOOFDSTUK 4

winst onder haar leden verdelen (artikel 2:26 lid 3 BW),<sup>23</sup> maar anders dan bij de stichting maakt dit verbod bij de vereniging formeel geen deel uit van de wettelijke omschrijving. Het feit dat het uitkeringsverbod voor de stichting is opgenomen in de wettelijke omschrijving, is relevant voor de daaraan verbonden sancties. Het niet voldoen aan een materieel kenmerk valt onder artikel 2:20 lid 1 sub c BW terwijl het overtreden van een aan zijn rechtsvorm gesteld verbod valt onder artikel 2:20 lid 3 BW. De sancties op het niet voldoen aan een materieel kenmerk komen thans aan de orde.

### 4.2.5 Sancties op het niet voldoen aan materiële kenmerken

#### *Rol van de notaris*

De notaris, wiens tussenkomst vereist is in verband met de oprichting en statutenwijziging van een stichting, ziet niet alleen toe op naleving van de formele vereisten, maar ook op de materiële vereisten. Een notaris die constateert dat de stichting niet aan de in de wet opgenomen materiële kenmerken voldoet dient – mede blijkens de wetsgeschiedenis bij de WS 1956 – zijn medewerking aan de oprichting te onthouden.<sup>24</sup>

#### *Rechterlijke ontbinding*

Indien de stichting bij oprichting of daarna (bijvoorbeeld door een statutenwijziging) niet meer voldoet aan een of meer materiële kenmerken, is zij vatbaar voor rechterlijke ontbinding. Voor stichtingen was dit aanvankelijk geregeld in artikel 1 van de WS 1956,<sup>25</sup> maar tegenwoordig geldt een algemene bepaling uit Titel 1 van Boek 2 BW voor alle rechtspersonen: artikel 2:21 BW. De rechtbank ontbindt een rechtspersoon die niet onder de wettelijke omschrijving van zijn rechtsvorm valt, aldus artikel 2:21 lid 1 sub c BW. Hiertoe dient een verzoek te worden ingediend door een belanghebbende of door het openbaar ministerie (artikel 2:21 lid 4 BW).

---

23. Een vereniging mag geen winst onder haar leden verdelen (artikel 2:26 lid 3 BW). Een vereniging kan evenmin aan oprichters, bestuurders of commissarissen winst uitkeren, maar een vergoeding voor verrichte diensten is wel mogelijk. Uitkeringen met een ideële of sociale strekking kan de vereniging niet alleen aan derden maar ook aan haar leden doen. Bij ontbinding van de vereniging komt het batig saldo wel toe aan de leden. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.2.1.

24. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 7.

25. Artikel 3 lid 5 WS 1956 luidde als volgt: Mocht een stichting leden kennen, mocht haar vermogen ten enenmale onvoldoende zijn voor de verwezenlijking van haar doel en de mogelijkheid, dat een voldoende vermogen door bijdragen of op andere wijze in afzienbare tijd zal worden verkregen, in hoge mate onwaarschijnlijk zijn, of mocht zij een met artikel 1, lid 3, strijdig doel hebben, dan blijft zij desniettemin als stichting bestaan totdat zij door een rechterlijke uitspraak of uit anderen hoofde is ontbonden.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

Het risico van ontbinding wegens het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving is in de praktijk “overzienbaar”. Voor zover er al een verzoek tot ontbinding door een belanghebbende wordt ingediend,<sup>26</sup> gaat de rechter pas over tot ontbinding na verloop van een termijn waarbinnen de rechtspersoon alsnog aan de wettelijke eisen kan voldoen (artikel 2:21 lid 2 BW). Binnen deze termijn kan de rechtspersoon zijn statuten wijzigen en/of zich omzetten in een rechtspersoon met kenmerken waar hij wel aan voldoet (artikel 2:18 BW).

Het niet (langer) vallen onder de wettelijke omschrijving van een bepaalde rechtsvorm kan het gevolg zijn van feitelijk functioneren van de rechtspersoon, zijn statutaire inrichting of een combinatie van beide. Hierna, bij de bespreking van het ledenverbod, zal de uitspraak van het Hof Amsterdam inzake Stichting B.W.T. uit 1953 – dus voor inwerkingtreding van de WS 1956 – uitgebreider aan de orde komen. Hier wordt reeds opgemerkt dat Stichting B.W.T. “deelhebbers” had, die gerechtigd waren tot het batig saldo. Het Hof oordeelde dat Stichting B.W.T. op grond van statutaire bepalingen én op grond van feitelijke omstandigheden als een vereniging moest worden aangemerkt.<sup>27</sup>

Ontbinding van een stichting op grond van overtreding van haar materiële kenmerken lijkt niet vaak te worden verzocht. Eén van de weinige bekende uitspraken over overtreding van de materiële kenmerken van de stichting is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam uit 1965.<sup>28</sup> De Rechtbank oordeelde dat het ledenverbod was overtreden en ging over tot ontbinding van de stichting. In dit geval oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat er geen termen aanwezig waren om de stichting de gelegenheid te geven de statuten aan te passen, aangezien de stichtingsraad reeds had aangegeven te willen blijven handelen in strijd met het ledenverbod.

### *Verzoek tot vernietiging besluit tot statutenwijziging*

Naast overtreding van het ledenverbod, kan overtreding van het uitkeringsverbod aanleiding geven tot ontbinding van de stichting. Indien bijvoorbeeld het bestuur van een stichting besluit de statuten te wijzigen waardoor winstuitkering expliciet wordt toegestaan (aannemende dat de notaris daar “overheen leest” en de akte van statutenwijziging passeert), kan een belanghebbende bij de rechtbank ontbinding van de stichting op grond van artikel 2:21 BW

---

26. Dat belanghebbenden een dergelijk verzoek niet snel indienen blijkt mijns inziens bijvoorbeeld uit de hierna in paragraaf 4.7.5. (overtreding van het ledenverbod) te bespreken uitspraak inzake Holland Casino (Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275). Na wijziging van de statuten in 2006, als gevolg waarvan de stichting mijns inziens niet meer voldeed aan de wettelijke kenmerken voor stichtingen, deden belanghebbenden – voor zover bekend – geen beroep op artikel 2:21 BW. Pas in latere procedures is dit opgeworpen.

27. Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953, 317 (Stichting B.W.T.).

28. Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1965, *NJ* 1966, 314. Zie eveneens paragraaf 4.7.5.

## HOOFDSTUK 4

vorderen. De belanghebbende kan ook een verzoek bij de rechtbank indienen tot vernietiging van het besluit tot statutenwijziging op grond van artikel 2:295 BW,<sup>29</sup> waarmee de verboden bepaling in de statuten teruggedraaid zal worden en de stichting weer aan haar materiële kenmerken voldoet.

In de praktijk kunnen beide wegen op hetzelfde neerkomen: indien de rechter wordt verzocht de stichting te ontbinden zal hij eerst onderzoeken of de statuten niet aangepast kunnen worden. Hij kan daarbij ook ambtshalve overgaan tot vernietiging van het besluit tot statutenwijziging in plaats van tot ontbinding over te gaan (artikel 2:296 BW).<sup>30</sup> Aangezien ontbinding vergaande gevolgen heeft wil de wetgever dit blijkens de wetsgeschiedenis zoveel mogelijk voorkomen.<sup>31</sup>

### 4.2.6 *Belang van materiële kenmerken en kritiek op normaaltypen; volstaat het normaaltype van Meijers nog?*

#### *Vrijheid in keuze rechtsvorm*

In de juridische literatuur is men het er over eens dat het doel dat Meijers had met het introduceren van materiële kenmerken niet of niet volledig is bereikt. Een zelfde maatschappelijke activiteit kan met behulp van verschillende rechtsvormen worden bedreven. In beginsel bestaat veel vrijheid in de keuze voor een passende rechtsvorm. Volgens Timmerman geeft “de wettelijke omschrijving van ieder van de rechtspersoonsvormen slechts een pover beeld van de werkelijkheid rond een rechtsvorm”.<sup>32</sup> Timmerman meent dat het desalniettemin terecht is dat de wetgever door middel van materiële kenmerken

---

29. Op grond van het algemene rechtspersonenrecht is het bestuursbesluit tot vaststelling van de statutaire bepaling die in strijd met de wet is, nietig (artikel 2:14 lid 1 BW), tenzij uit de wet iets anders voortvloeit. De wet kent echter een bijzondere vernietigingsprocedure voor stichtingen op grond van artikel 2:295 BW: een besluit tot statutenwijziging kan op verzoek van de stichting, van een belanghebbende of van het openbaar ministerie door de rechtbank worden vernietigd indien de wijziging tot gevolg heeft dat de stichting kan worden ontbonden op grond van artikel 2:21 BW. Met deze bepaling die ook al voorkwam in de WS 1956 (artikel 10 WS 1956) beoogt de wetgever ontbinding van de stichting zo veel mogelijk te voorkomen. Timmerman 1991, p. 878.

30. De stichting is in het voorbeeld niet alleen ontbindbaar op grond van sub c van artikel 2:21 lid 1 BW (de stichting voldoet aan de wettelijke omschrijving) maar ook op grond van sub b (de statuten van de stichting voldoen niet aan de eisen van de wet). Schwarz merkt mijns inziens terecht op dat de in lid 2 van artikel 2:21 BW opgenomen “*terme de grâce*” waarin de wijziging ongedaan gemaakt kan worden, niet alleen geldt als de belanghebbende een beroep doet op sub c maar ook indien hij een beroep doet op sub b van artikel 2:21 lid 1 BW (Schwarz 2011, p. 40-41).

31. *Kamerstukken II 1953-1954*, 3463, nr. 3, p. 10.

32. Timmerman 1991, p. 877-879.

poogt van iedere rechtspersoon een grove verplichte typering te geven. Ik ben met hem eens dat het een taak van de wetgever is de kenmerken van de verschillende rechtspersoonsvormen aan te geven. Deze kenmerken kunnen immers een belangrijk richtsnoer vormen voor de taak en taakopvatting van het bestuur en de raad van toezicht en ook richting geven aan de verschillende bevoegdheden die aan stichtingsorganen kunnen worden toebedeeld. Daarbij is mijns inziens van belang dat de wettelijke kenmerken en de grenzen van die kenmerken flexibel kunnen zijn.

*Kritiek op normaaltypering: voldoet deze nog?*

Op de normaaltypes van Meijers, die vanuit de Algemene Rechtsleer de basis vormen van de huidige wetgeving, kan kritiek worden geleverd. Zo heeft Van der Ploeg als bezwaar geuit dat normaaltypen gemakkelijk aansluiting kunnen missen bij het op dat moment geldende rechtssysteem aangezien onvoldoende rekening gehouden kan worden met de (rechts-)historische ontwikkeling en de daarmee samenhangende maatschappelijke omstandigheden van dat moment. Van der Ploeg formuleert het als volgt: “De wetgever, die greep wil hebben op maatschappelijke verschijnselen, zal zo dicht mogelijk bij die verschijnselen moeten aansluiten. Normaaltypen, die alleen of voornamelijk vanuit een algemene rechtsleer zijn opgesteld en niet vanuit werkelijkheidstypen, kunnen daardoor gemakkelijk werkelijkheidswaarde missen.”<sup>33</sup>

*De (on)mogelijkheid om de statuten te wijzigen*

Een interessante vraag is of Meijers’ normaaltypen, die mede gebaseerd zijn op de historische indeling van rechtspersonen, inmiddels niet achterhaald zijn. De normaaltypering vormde niet alleen een basis voor de wettelijke definitie en materiële kenmerken van de stichting maar ook voor andere wetsbepalingen, zoals de bepaling over de mogelijkheid van statutenwijziging.

Zo is bijvoorbeeld een opvallende zinsnede bij de formulering van het normaaltype van Meijers: “geen bevoegdheid van bestuurders om ingrijpende wijzigingen in doel en organisatie aan te brengen”. Dit uitgangspunt werd door de wetgever overgenomen en staat nog steeds in de wet: de statuten van een stichting kunnen slechts worden gewijzigd indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen (artikel 2:293 BW). De oprichter kan dus wel door een algemene bepaling in de statuten het bestuur de mogelijkheid geven om de statuten te wijzigen.

---

33. Van der Ploeg 1978, p. 37-38.

## HOOFDSTUK 4

De vraag kan worden gesteld of de bevoegdheid van het bestuur om de stichtingsstatuten te wijzigen tegenwoordig niet tot het “normaaltype” zou moeten behoren en in de wet neergelegd zou moeten worden. Met andere woorden: zou het wettelijke uitgangspunt niet andersom moeten zijn? Te weten: de statuten kunnen worden gewijzigd door het bestuur, tenzij de statuten deze mogelijkheid uitsluiten of deze mogelijkheid beperken, bijvoorbeeld door het bestuur slechts samen met een ander orgaan wijzigingsbevoegd te maken. Deze vraag zal in paragraaf 4.4.2. aan de orde komen.

### *Subtype “grote stichting”*

Het normaaltype dat het uitgangspunt vormt voor het stichtingenrecht gaat uit van een stichting met alleen een bestuur. Zoals al opgemerkt betekent deze normaaltypering niet dat de wet het instellen van een toezichthoudend orgaan uitsluit. Al vanaf de eerste wettelijke regeling in de WS 1956 acht de wetgever het mogelijk om een toezichthoudend orgaan in te stellen.

De vraag kan gesteld worden of de wet niet, naast het normaaltype stichting, van één of meer “subtypen” uit zou moeten gaan. Gedacht zou kunnen worden aan een subtype “grote stichting”, bijvoorbeeld een stichting met een grote onderneming.<sup>34</sup> Uit het voorgaande hoofdstuk bleek dat ten tijde van het opstellen van het eerste stichtingenrecht nog nauwelijks ervaring was opgedaan met stichtingen met een grote onderneming. Voor de “grote stichting” zouden andere of aanvullende wettelijke regels kunnen gelden, zoals een verplichting tot het instellen van een raad van toezicht, die een aantal wettelijke bevoegdheden krijgt die bijvoorbeeld vergelijkbaar met de structuurregeling voor NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Zie hierover paragraaf 6.5.2.

### *4.2.7 Samenvatting en conclusies*

Bij corporatieve rechtspersonen staat van oorsprong het samenwerkingsverband, de vereniging van personen, voorop. Stichtingen worden van oudsher gezien als niet-corporatieve rechtspersonen, waarbij het doelvermogen en het instellingskarakter voorop staan. Meijers typeerde in 1948 de stichting als volgt: (a) het doel en de organisatie worden door de oprichters vastgesteld; (b) er is geen organisatie van leden; (c) er bestaat geen bevoegdheid van bestuurders om ingrijpende wijzigingen in doel en organisatie aan te brengen; en (d) het doel wordt hoofdzakelijk verwezenlijkt door een daarvoor bestemd kapitaal.

---

34. Voor de stichting met een onderneming gelden weliswaar andere regels (zie het enquête-recht, het jaarrekeningenrecht en het maximum aantal toezichthoudende functies) maar hieraan ligt niet daadwerkelijk één subtype ten grondslag; het ondernemingsbegrip wordt niet consequent toegepast. Zie ook Zaman 2011, p. 99-107.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

Dit normaaltype stichting dat een belangrijk uitgangspunt was voor het ontwerp van de WS 1956, kenmerkt zich dus doordat de oprichters, die in beginsel buiten de rechtspersoon staan (zij hoeven geen onderdeel uit te maken van de stichtingsorganen of statutaire rechten te krijgen), het stichtingsdoel, de bestemming van het stichtingsvermogen en de regels over beheer van het doelgebonden vermogen vaststellen. Bij corporatieve rechtspersonen bepalen de leden of de aandeelhouders het doel en de organisatie.

In navolging van Meijers werden in het stichtingenrecht materiële kenmerken van de stichting opgenomen, die tegenwoordig nog steeds in de wettelijke omschrijving van de stichting zijn opgenomen: (1) het hebben van een doelgebonden vermogen; (2) het uitkeringsverbod; en (3) het ledenverbod.

Een stichting die niet voldoet aan deze materiële kenmerken kan, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, worden ontbonden. Het niet (langer) vallen onder de wettelijke omschrijving van een bepaalde rechtsvorm kan het gevolg zijn van feitelijk functioneren van de rechtspersoon, zijn statutaire inrichting of een combinatie van beiden. Het risico van ontbinding wegens het niet voldoen aan de wettelijke omschrijving is in de praktijk echter “overzienbaar”. Voor zover er al een verzoek tot ontbinding door een belanghebbende of door het openbaar ministerie wordt ingediend, gaat de rechter hiertoe pas over na verloop van een termijn waarbinnen de rechtspersoon alsnog aan de wettelijke eisen kan voldoen. Binnen deze termijn kan de rechtspersoon zijn statuten wijzigen en/of zich omzetten in een rechtspersoon met kenmerken waar hij wel aan voldoet. De rechter kan ook ambtshalve het besluit tot statutenwijziging dat leidde tot de ontbindingsgrond ongedaan maken of de statuten wijzigen om ontbinding te voorkomen.

Materiële kenmerken verschaffen niettemin inzicht in hoe de stichting door de wetgever ten opzichte van andere rechtspersonen gezien wordt. De materiële kenmerken van de stichting vormen daarmee een belangrijk richtsnoer voor de taak en taakopvatting (het handelen) van de raad van toezicht maar ook voor de bevoegdheden die aan de raad van toezicht kunnen worden toebedeeld.

De vraag kan echter gesteld worden of het normaaltype van een stichting van Meijers dat ten grondslag lag aan het algemene stichtingenrecht, in de huidige tijd nog voldoet. Het normaaltype stichting heeft slechts een bestuur; de raad van toezicht is niet geregeld. Anders dan andere rechtspersonen is het subtype “grote stichting” met een verplichte raad van toezicht die bepaalde wettelijke bevoegdheden heeft niet in Boek 2 BW geregeld. De beantwoording van de vraag of het normaaltype nog voldoet en of een subtype grote stichting wettelijk geregeld zou moeten worden, zal in navolgende hoofdstukken aan de orde komen.

### 4.3 Het doel en de werkzaamheden van de stichting

#### 4.3.1 Inleiding

Stichtingen worden voor de meest uiteenlopende werkzaamheden gebruikt. De oprichter legt bij oprichting van de stichting het statutaire doel vast waarnaar het bestuur en – indien deze is ingesteld – de raad van toezicht zich moeten richten. In deze paragraaf wordt onderzocht of de huidige wet (Boek 2 BW) eisen stelt aan het statutaire doel en hoe het stichtingsdoel moet worden uitgelegd.

#### 4.3.2 Voorlopers van de stichting; inhoud van het doel

##### *Fiduciair vermogensbeheer*

In paragraaf 3.2.2 werd opgemerkt dat “klassieke doelvermogens” zonder rechtspersoonlijkheid uit het Romeinse recht in zekere zin gezien kunnen worden als de voorlopers van de stichting. Zij hebben kenmerken die overeenkomen met de kenmerken van de huidige stichting.<sup>35</sup> Het Romeinse recht kende verschillende (vermogensbeheer)constructies waarbij een *fiduciant* vermogen (tijdelijk) ten titel van beheer overdroeg aan een persoon die men vertrouwde (de *fiduciarius*), bijvoorbeeld vanwege een tijdelijk verblijf in het buitenland of vanwege een bepaalde bestemming van het vermogen die de *fiduciarius* geacht werd te realiseren bij het overlijden van de *fiduciant*.<sup>36</sup> In dit verband wordt ook wel gesproken over fiduciaire vermogensoverdracht. Deze rechtsfiguur duidt er op dat oorspronkelijk de *fiduciarius* slechts op grond van *fides*, dat wil zeggen: vertrouwen, zonder dat daaraan een juridische sanctie was verbonden, gehouden was de verplichtingen die de overdrager hem had opgelegd na te komen. Vanuit de historische doelvermogens heeft zich niet alleen de stichting ontwikkeld

---

35. Zie ook Van Veen 2011, p. 14.

36. Zie onder meer Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.1.2 en Noordraven 1988, p. 1 en 433. Volgens Noordraven bestond de figuur *fiducia* er uit dat een van de partijen, de *fiduciant*, een of meer hem toebehorende zaken om niet aan de andere partij, de *fiduciarius*, in eigendom overdroeg, bij welke overdracht de *fiduciarius* zich verplichtte goed voor deze zaken te zorgen en hen op een zeker moment, eventueel onder bepaalde bij de overdracht af te spreken voorwaarden, ofwel in volle eigendom terug te leveren aan de *fiduciant* ofwel op andere wijze uit zijn eigendomsrecht te laten gaan. Zie bijvoorbeeld de rechtsfiguur *fiducia cum amico* waarbij sprake was van fiduciaire overdracht van zaken aan een vriend opdat deze bij afwezigheid van de *fiduciant* deze zaken zal beheren. Wezenlijk voor de rechtsfiguur *fiducia* was het door de *fiduciant* in de *fiduciarius* gestelde vertrouwen dat deze laatste volgens afspraak weer afstand zou doen van de verkregen zaken.



maar ook de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust (waarin eveneens het woord “vertrouwen” doorklinkt).<sup>37</sup> Bij de juridische constructies van de historische doelvermogens stond het duurzaam beheren van vermogen of van bepaalde zaken dus voorop. Ook tegenwoordig zijn er nog veel stichtingen die (fiduciair) vermogensbeheer als voornaamste doel hebben. Te denken valt aan pensioenfondsen maar ook aan stichtingen (administratiekantoren) die aandelen beheren tegen uitgifte van certificaten.

#### *Charitatief doel*

Een bepaald soort doelvermogens, de *piae causae* of liefdadigheidsinstellingen, had een algemeen charitatief (“vroom”) doel, zoals armenzorg of ziekenzorg.<sup>38</sup> Het doel zou ook, in vergelijking met de hiervoor genoemde historische of klassieke doelvermogens, meer abstract genoemd kunnen worden, omdat vermogen beheerd en gebruikt werd ten behoeve van een generiek aangeduide groep personen, zoals de armen of de zieken. Uit juridische literatuur blijkt dat al voor de inwerkingtreding van de WS 1956 niet alleen stichtingen met vrome doelen, maar ook stichtingen met wetenschappelijke en culturele doeleinden algemeen werden geaccepteerd.<sup>39</sup>

#### *Ruimer gebruik van de stichting*

Van der Grinten schreef in 1943 dat het gebruik van de stichting aan het begin van de twintigste eeuw aanvankelijk nog beperkt was:

“In de 20ste eeuw wordt plotseling de stichting ontdekt. De stichting is de rechtsfiguur met de onbegrensde en met de zoolang onbegrepen mogelijkheden. De stichting is niet langer, wat onze voorouders erin gezien hebben. Zij zagen de stichting slechts in een bepaalde jargon. Voor ons is de stichting geworden de naakte etalage-pop, die elk pakje past. Deze ontwikkeling dateert eerst van de laatste twee decennia. In 1919 kon Oppenheim nog schrijven, dat weinig stichtingen worden opgericht. In 1923 spreekt Scholten van de sporadisch opgerichte stichting.”<sup>40</sup>

37. De hedendaagse trust in het *common law* stelsel is gebaseerd op het vermogensrecht. Een belangrijk kenmerk van de trust is dat het geen rechtspersoonlijkheid heeft, maar wel een afgescheiden vermogen. Bij de trust is sprake van een fiduciaire verhouding die gekenmerkt wordt doordat de juridische eigendom van vermogen wordt overgedragen aan de *trustee* terwijl het economisch belang blijft berusten bij de overdrager.

38. Dergelijke vormen van liefdadigheid werden als een kerkelijke aangelegenheid aangemerkt. Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.1.2 en 10.1.3 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015 /27.

39. Zie onder meer Van der Grinten 1943, p. 259 e.v.

40. Van der Grinten 1943, p. 260.

#### HOOFDSTUK 4

Van der Grinten constateerde dat de Nederlandse stichting zich wat betreft de uiteenlopende werkterreinen die zij kan hebben in vergelijking tot stichtingen in andere landen afwijkend ontwikkelde: “overal elders heeft de stichting een ideëel doel; is zij werkzaam ten algemeenen nutte”.<sup>41</sup>

Polak merkte in 1956 over “oude stichtingen” op dat:

“zij in de meerderheid van de gevallen bij testament en niet onder de levenden zijn opgericht en dat zij als een niet aan de duur van een mensenleven gebonden vorm van vermogensbeheer kunnen worden beschouwd.”

Polak vervolgt:

“Dergelijke stichtingen worden nog steeds opgericht. Maar daarnaast komen steeds meer stichtingen voor met andere doeleinden, opgericht onder levenden, waarbij vermogen en vermogensbeheer geen of nagenoeg geen rol spelen. Deze nieuwe vormen dateren meest van deze eeuw. Het is een ontwikkeling die wel als zodanig is opgemerkt, maar die nog niet volledig is beschreven. Dit is ook niet wel mogelijk, omdat feitenmateriaal nog bij lange na niet volledig ter tafel ligt. De wettelijke regeling is, zo gezien, dan ook in zekere zin een slag in de lucht.”

Ook Duynstee merkt op dat na de eerste wereldoorlog de rechtsfiguur van de stichting benut werd voor uiteenlopende doeleinden.<sup>42</sup> In de praktijk werd de stichting, die aanvankelijk nog niet wettelijk geregeld was, volgens hem “hoe langer hoe meer gebruikt als eenvoudig middel tot het institutionaliseren van enig belang”. Ook de overheid ging gebruik maken van de stichting in de uitoefening van haar overheidstaak.<sup>43</sup> Stichtingen werden voorts bijvoorbeeld gebruikt als in- en verkoopbureaus, researchstichtingen, bureaus bij kartelovereenkomsten en als houdster van prioriteits aandelen.<sup>44</sup>

---

41. Van der Grinten 1943, p. 259. In noot 4 somt hij diverse landen op.

42. Duynstee 1978, p. 60.

43. Bijvoorbeeld de Nederlandse Zuivel Centrale, de Eieren- en Pluimvee Centrale en het Clearing-Instituut, aldus Van der Grinten 1943. In 1936 werden overheidsdiensten in een stichting, het Landbouw-Crisisbureau, ondergebracht (*Handelingen I 1935-1936*, 237, p. 757).

44. Polak 1956, p. 75-78.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

Niet iedereen was het eens met het brede gebruik van de stichting. Meijers en Scholten verdedigden dat de geëigende doelstellingen van de stichting doelstellingen waren op het gebied van liefdadigheid, wetenschap, onderwijs, godsdienst of kunst en dat de stichting niet breder moest worden ingezet.<sup>45</sup>

Desalniettemin werden in de WS 1956 – in lijn met de inmiddels ingezette ontwikkeling in de praktijk – de werkzaamheden van de stichting nauwelijks begrensd. Dit betekende niet dat aan het stichtingsdoel geen enkele beperking werd gesteld. Artikel 1 lid 1 schreef voor dat het doel *niet mag inhouden* het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen. De stichting mag niet dienen ter duplicering van de persoon van de stichter of van de beheerder van de stichting, evenmin mag zij een middel zijn om vermogen ten nadele van derden af te zonderen, tenzij daardoor een ideëel doel wordt gediend.

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer zei Minister Van Oven, de ambtsopvolger van Minister Donker, dat een stichting gekarakteriseerd kan worden als een organisatie met een onbaatzuchtig doel. De onbaatzuchtigheid is de kern van het begrip “doel van de stichting”, aldus Van Oven.<sup>46</sup>

Uitkeringen staat de wet wel toe indien zij een “ideële of sociale strekking hebben” (artikel 2:285 lid 3 BW). Aanvankelijk stond in de wettekst slechts “ideëel” maar Minister Donker meende dat in de wettekst ook “sociale doelen” genoemd moesten worden teneinde te voorkomen dat aan “ideële doelen” een te enge uitleg gegeven zou worden. De Minister meende dat dit door sommige auteurs te strikt werd geïnterpreteerd in de zin van *ad pias causas*.<sup>47</sup>

### *Ongeoorloofde doelstellingen*

Indien het doel strijdig is met het uitkeringsverbod, voldoet de stichting niet aan haar wettelijke omschrijving en kan zij, zoals in paragraaf 4.2.5 al is opgemerkt, ontbonden worden. Bovendien mag het doel van de stichting en mogen de werkzaamheden van de stichting niet in strijd zijn met de openbare orde. Deze regeling omtrent “verboden werkzaamheden” stamt af van de Wet

---

45. Scholten wilde vasthouden aan het historisch doel van de stichting dat van kerkelijke of charitatieve aard is met een zekere uitbreiding ten aanzien van familiestichtingen en van stichtingen op wetenschappelijk en cultureel terrein (Asser/Scholten & Bregstein 1-II 1954, p. 198-199). Zie hierover Van der Grinten 1943, p. 263, en Van der Burg 1992, p. 360-362.

46. *Handelingen I* 1955-1956, p. 2358-2360.

47. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2113-2114. De Minister wilde door deze toevoeging duidelijk maken dat de uitzondering op het uitkeringsverbod ruimer was, dat naast religieuze, culturele en wetenschappelijke verstrekkingen, verstrekkingen voor noodzakelijk levensonderhoud tot een geoorloofd doel van de stichting behoren.

## HOOFDSTUK 4

van 1855 tot regeling en beperking van het recht van vereniging en vergadering.<sup>48</sup> Aanvankelijk was een dergelijke “verboden stichting” nietig (artikel 2 WS 1956), maar tegenwoordig kunnen verboden stichtingen door de rechtbank ontbonden worden op verzoek van het openbaar ministerie. Aangezien de regeling omtrent verboden werkzaamheden voor alle rechtspersonen geldt, is deze tegenwoordig opgenomen in artikel 2:20 BW in het algemeen deel van Boek 2 BW.

### 4.3.3 *Vrijheid bij vaststelling van het doel; uitleg van het doel*

De oprichter stelt bij oprichting van de stichting de doelstelling vast, waarnaar de door hem ingestelde organisatie van de stichting (het bestuur en eventueel de raad van toezicht) zich moet richten. De doelstelling dient opgenomen te worden in de statuten die notarieel worden vastgelegd (artikel 2:286 lid 4 BW). Oprichters hebben veel ruimte bij het vaststellen van het stichtingsdoel: de wet bepaalt als gezegd slechts dat het doel niet mag inhouden het doen van verboden uitkeringen en dat de werkzaamheden van de stichting niet in strijd mogen zijn met de openbare orde.

#### *Geen overheidsbemoeyenis*

De overheid heeft geen enkele bemoeienis met het doel. Anders dan in andere landen, zoals België, schrijft de wet niet voor dat de overheid de statuten, waaronder het statutaire doel, moet goedkeuren.<sup>49</sup> Wel wordt van stichtingen die fiscale faciliteiten willen genieten (algemeen nut beogende instellingen) verlangd dat de statuten aan de Belastingdienst worden overgelegd, maar dit is voor geen enkele Nederlandse stichting een constitutief vereiste.<sup>50</sup>

---

48. Wet van 22 april 1855 tot regeling en beperking der uitoefening van het recht van vereniging en vergadering. *Stb.* 1855, nr. 32.

49. België kent “stichtingen van openbaar nut” en “private stichtingen”. Private stichtingen en stichtingen van openbaar nut wordt opgericht bij notariële akte. De private stichting verkrijgt rechtspersoonlijkheid vanaf de dag dat haar statuten en de akten betreffende de benoeming van de bestuurders worden neergelegd op de griffie van de rechtbank van koophandel (artikel 29 van de verenigingen- en stichtingenwet in België, V&S Wet). De stichting van openbaar nut verkrijgt rechtspersoonlijkheid op de datum van het koninklijk besluit waarbij zij wordt erkend (artikel 29 lid 2 V&S Wet). De statuten van een stichting van openbaar nut worden meegedeeld aan de Minister van Justitie met het verzoek rechtspersoonlijkheid te verlenen en de statuten goed te keuren. De Minister verleent rechtspersoonlijkheid indien het doel van de stichting voldoet aan de voorwaarden van artikel 27 lid 4 V&S Wet. De wettelijke doelen van de stichting van openbaar nut zijn doelen van filantropische, religieuze, wetenschappelijke, artistieke, pedagogische, levensbeschouwelijke/filosofische en culturele aard. V&S Wet, *M.B.* 11 december 2002 en Rapport Stichtingen in België 2017, p. 7.

50. Hetzelfde kan worden verlangd door een overheidsinstantie die subsidie verleent.

*Het doel moet voldoende duidelijk zijn*

In de praktijk kan – van oudsher – worden volstaan met een algemene, vage doelomschrijving. Een algemene doelomschrijving geeft het bestuur meer vrijheid dan een specifiek omschreven doel. Het doel kan concreet of ruim omschreven zijn, zolang het doel maar duidelijk is, dat wil zeggen: niet voor verschillende interpretatie vatbaar. Feith schrijft hierover in 1925:

“Over de vraag, welk doel wordt nagestreefd, mag dus geen verschil van gevoelen mogelijk zijn, al zal bij de omschrijving daarvan aan den stichter natuurlijk de noodige vrijheid gelaten moeten worden.”<sup>51</sup>

De Hoge Raad achtte in het arrest Fonds Jan de Koning in 1914 respectievelijk het Papefonds-arrest in 1925 toelaatbaar de volgende doelomschrijvingen: “het aanwenden der rente van het kapitaal voor uitkeeringen aan liefdadige doeleinden, geheel ter beoordeling van de bestuurders”<sup>52</sup> en “het verlenen van financieelen steun daar, waar zulks naar het oordeel van het bestuur doelmatig zal zijn”.<sup>53</sup> De Hoge Raad oordeelde in het Papefonds-arrest dat sprake was van een aanduiding van een “weliswaar wijd omgrensde, maar niettemin duidelijk bepaalde bestemming”.<sup>54</sup>

*Objectieve uitleg van het statutaire doel*

Het statutaire stichtingsdoel dient naar mijn mening, net als andere bepalingen uit de statuten die van belang zijn voor derden, in beginsel objectief uitgelegd te worden. De objectieve uitleg van statutaire bepalingen volgt uit rechtspraak.<sup>55</sup> De subjectieve bedoeling van de oprichter speelt slechts een geringe rol. Aangezien derden niet op de hoogte zijn van de bedoeling van de oprichter, zijn die bedoelingen in beginsel niet relevant. De Rechtbank Arnhem oordeelde

---

51. Feith 1925, p. 14.

52. HR 11 december 1914, *NJ* 1915, 238 (Fonds Jan de Koning).

53. HR 9 januari 1925, 327, *NJ* 1925, 327 (Papefonds). Zie hierover Feith 1925, p. 19 en 20. Scholten meende dat de Hoge Raad hierin te ver ging (Asser/Scholten & Bregstein 1-II 1954, p. 200).

54. De Hoge Raad overweegt: “dat de in dier voege aan het vermogen gegeven bestemming wel is waar eene wijd omgrensde, maar niettemin duidelijk bepaalde is; dat de daarbij aan de bestuurders gegeven bevoegdheid om in ieder bijzonder geval te beoordelen of er aan geldelijken steun behoefte bestaat en, of deze nuttig is en dus binnen den kring valt der aan het vermogen gegeven bestemming, geenszins aan het doel zijne bepaaldheid ontnaemt, doch integendeel aan de bestuurders den plicht oplegt om met de grenzen aan de bestemming van het vermogen gesteld, nauwkeurig rekening te houden” (HR 9 januari 1925, 327, *NJ* 1925, 327 (Papefonds)).

55. HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (Haviltex), HR 17 en 24 september 1993, *NJ* 1994/173 en 174 (CAO-norm), HR 20 februari 2004, *NJ* 2005/493 (DSM/Fox) en Rechtbank Amsterdam (vzr.) 29 augustus 2014, *JOR* 2014/294 (NRC Media). Zie ook Zaman & Krusinga 2014, p. 187.

#### HOOFDSTUK 4

in 2008 dat waar de letter van de stichtingsstatuten duidelijk is, voor een andersluidende uitleg geen ruimte bestaat. “Een dergelijke uitleg verdraagt zich immers niet met het karakter van de statuten van een stichting. Deze gelden binnen de stichting als haar grondregels, terwijl de wetgever, anders dan bij rechtspersonen die een algemene vergadering kennen, het van die statuten zelf laat afhangen of zij gewijzigd kunnen worden en, zo ja, hoe (artikel 2:293 BW).”<sup>56</sup>

Wanneer de taalkundige uitleg van het doel echter niet eenduidig is, kan uitleg conform de bedoeling van de oprichter gewenst zijn. Ik ben met Zaman en Kruisinga<sup>57</sup> eens dat het bestuur veelal het aangewezen orgaan zal zijn om tot een uitleg te komen. Bij die uitleg zal het bestuur uit moeten gaan van het belang van de stichting, waarbij ook rekening gehouden dient te worden met diverse betrokken belanghebbenden, waaronder het belang van de oprichter zelf.

##### *Wil van de oprichter*

De wil van de oprichter, zoals deze tot uitdrukking komt in de statuten, blijft dus na oprichting in beginsel doorwerken. Zeker als één of meer artikelen uit de statuten, waaronder het doel, niet gewijzigd kunnen worden, blijft deze wil zichtbaar. Vaak laat de oprichter doelwijziging echter wel toe. Bovendien kan, indien de oprichter de mogelijkheid van doelwijziging niet biedt, de rechter onder de in de wet opgenomen voorwaarden overgaan tot wijziging van het doel (waarover meer in paragraaf 4.4.3). Overigens dient de rechter, die wordt verzocht om het doel te wijzigen, blijkens de parlementaire geschiedenis bij de WS 1956 wel rekening te houden met de wil van de stichter, maar deze wil dient te worden “getransponeerd naar de huidige omstandigheden”.<sup>58</sup> In de hierna volgende paragraaf wordt doelwijziging en de rol van de stichter daarbij nader uitgewerkt.

##### *Statutaire doelomschrijving*

De doelomschrijving van de stichting wordt, als gezegd, voor het eerst vastgelegd in de statuten bij de oprichting van de stichting. Het doel van de stichting blijkt mijns inziens niet alleen uit de (hoofd)doelomschrijving in de statuten, maar kan ook volgen uit andere onderdelen van de statuten. Zo kan

---

56. Rechtbank Arnhem 10 december 2008, *JOR* 2009/34 (Gelredome) met noot Schmieman.

57. Zaman & Kruisinga 2014, p. 187.

58. In de MvT bij de WS 1956 is te lezen over doelwijziging door de rechter: “De wil van de stichter bij de oprichting is, zoals hierboven gezegd, de rechter voor zijn beslissing als richtsnoer gegeven, d.w.z. de rechter heeft rekening te houden met die wil, getransponeerd naar de huidige omstandigheden.” (*Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 3, p. 9-10).

bijvoorbeeld de statutaire naam relevant zijn aangezien uit (een onderdeel van) de benaming, zoals “stichting administratiekantoor”, “stichting zorgverlening” of “stichting gemeentelijk museum”, mede kan volgen wat het doel van de stichting is. De formele doelomschrijving kan ook ondersteund worden door subdoelstellingen (“de stichting tracht haar doel te bereiken door ...”) die onderdeel uitmaken van het stichtingsdoel.

#### 4.3.4 *Belang van een duidelijk en concreet doel en doeloverschrijding*

##### *Stichtingsdoel als richtsnoer*

Bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting dienen zich naar mijn mening nog nadrukkelijker dan bestuurders en commissarissen van andere rechtspersonen bij de uitoefening hun taak te laten leiden door het stichtingsdoel (zie hierover uitgebreid paragraaf 5.3 en paragraaf 6.2). Alle rechtspersonen zijn in zekere zin doelorganisaties; rechtshandelingen van de rechtspersoon behoren dienstig te zijn aan het doel van de rechtspersoon. De voornamelijk rol van het statutaire doel bij stichtingen blijkt mijns inziens uit de wettelijke omschrijving van de stichting. Anders dan bij andere rechtspersonen is in de wettelijke kenmerken terug te zien dat de stichting beoogt een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken met behulp van het stichtingsvermogen dat daartoe bestemd is (artikel 2:285 lid 1 BW).

##### *Concretisering*

Vanwege het feit dat het bestuur en de raad van toezicht – indien deze is ingesteld – zich primair richten op (toezicht op) verwezenlijking van het stichtingsdoel, is het mijns inziens van belang dat de statutaire doelomschrijving duidelijk is en dat het doel enigszins geconcretiseerd is. Dat geeft zowel het bestuur als de raad van toezicht een duidelijk richtsnoer. Dit richtsnoer is des te belangrijker, omdat leden of aandeelhouders, die het bestuur en de raad van toezicht kunnen corrigeren, ontbreken. Bovendien wordt het bestuur van een stichting met een concrete doelomschrijving meer aan banden gelegd bij het aanwenden van het stichtingsvermogen (zie ook paragraaf 4.5 hierna).<sup>59</sup> Bovendien volgt uit de doelomschrijving wie begunstigden van het stichtingsdoel zijn en als belanghebbenden bij de stichting kunnen worden aangemerkt. Het kan relevant zijn om concreet of concreter te maken wie wel en niet als belanghebbenden kunnen worden aangemerkt, aangezien belanghebbenden wettelijke middelen hebben om tegen de stichting op te treden (zie ook paragraaf 2.2 en paragraaf 6.2).

---

59. Boschma & Snijder-Kuipers 2011, p. 47.

## HOOFDSTUK 4

### *Doeloverschrijding*

Stichtingsbestuurders mogen namens de stichting geen rechtshandelingen aangaan die buiten het stichtingsdoel vallen. Zo kan bijvoorbeeld het stellen van zekerheid ten behoeve van een schuld van een andere rechtspersoon (die een ander doel heeft), zeker als die andere rechtspersoon niet met de stichting in een groep is verbonden (zie hierover paragraaf 6.4.4), buiten het doel van de stichting vallen.

Leden van de raad van toezicht moeten in verband met hun toezichthoudende taak beoordelen of het stichtingsbestuur handelt overeenkomstig het – soms ruim geformuleerde – doel. Een ruime doelstelling geeft het bestuur veel beleidsvrijheid en het doel zal bovendien minder snel overschreden worden.

Doeloverschrijding is voor alle rechtspersonen geregeld in artikel 2:7 BW. Een rechtshandeling in strijd met het doel kan worden vernietigd indien de wederpartij wist dat het doel werd overschreden of dit zonder eigen onderzoek moest weten. Namens de stichting kan slechts het bestuur of, in geval van faillissement, de curator een beroep op doeloverschrijding doen. Vanwege de onzekere positie van derden wordt de sanctie van vernietigbaarheid van een rechtshandeling waarbij het doel wordt overschreden in de literatuur bekritiseerd.<sup>60</sup>

Bij de beantwoording van de vraag of door een bepaalde rechtshandeling het doel wordt overschreden moeten volgens de rechtspraak alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen worden. Daarbij is niet alleen de wijze waarop het doel in de statuten is omschreven beslissend. Uit rechtspraak die is gewezen voor vennootschappen volgt dat bij de beoordeling of een handeling valt binnen het statutaire doel tevens een rol speelt of het belang van de rechtspersoon is gediend met de rechtshandeling.<sup>61</sup> Ook ten aanzien van stichtingen kan mijns inziens gezegd worden dat bij de beoordeling of

---

60. Een aantal auteurs heeft een voorstel gedaan om aan doeloverschrijding externe werking te ontnemen (zie onder meer Groenewald 2001, p. 197), maar de wetgever heeft dergelijke voorstellen vooralsnog niet overgenomen. Sommige auteurs menen, mijns inziens terecht, dat in een dergelijk voorstel tot het ontnemen van externe werking een uitzondering voor stichtingen overwogen zou moeten worden vanwege de prominente rol van het doel en het daaraan gebonden vermogen. Zie hierover Boschma & Snijder-Kuipers 2011, p. 49, en Boschma & Schutte-Veenstra 2012. Interessant in dit verband is ook het in 2012 gewijzigde Curaçaose rechtspersonenrecht op grond waarvan de statuten van een rechtspersoon een beroep op doeloverschrijding kunnen uitsluiten. Deze mogelijkheid biedt het Curaçaose recht echter uitdrukkelijk niet voor stichtingen, waarschijnlijk vanwege de bescherming van het doelgebonden vermogen. Zie hierover Boersma & Sprenger 2012.

61. HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 149 (Playland). Indien het belang van de rechtspersoon met de rechtshandeling gediend is, zal niet snel sprake zijn van doeloverschrijding, aldus de HR in het Playland-arrest. Andersom is nog niet geoordeeld over en kan dus niet zo maar gezegd worden dat een rechtshandeling die het belang van de rechtspersoon schaadt, daarom buiten het doel valt.



sprake is van doeloverschrijding alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen moeten worden en dat relevant is of het belang van de stichting gediend is met de desbetreffende rechtshandeling, zoals in het voorbeeld van de lening of zekerheidsstelling ten behoeve van een andere rechtspersoon. In de rechtspraak is daarbij het waarborgen van de continuïteit van de onderneming genoemd als een relevante omstandigheid.<sup>62</sup>

#### 4.3.5 *Samenvatting en conclusies*

De stichting wordt van oudsher niet alleen gebruikt voor private doeleinden, zoals het beheer van (familie)vermogen, maar ook voor “vrome” of “liefdadige” doelen, zoals armenzorg of ziekenzorg. Vanaf de jaren '30 en '40 van de vorige eeuw werden stichtingen met steeds meer uiteenlopende doelstellingen opgericht, zoals stichtingen met wetenschappelijke en culturele doeleinden. Ook de overheid ging gebruik maken van de stichting in de uitoefening van haar overheidstaak. Stichtingen werden voorts gebruikt als in- en verkoopbureaus, researchstichtingen en als houdster van prioriteits aandelen.

Ten tijde van de WS 1956 was nog weinig ervaring opgedaan met verschillende soorten stichtingen. Niet iedereen was het aanvankelijk eens met het brede gebruik van de stichting. Desalniettemin werden in de WS 1956 – in lijn met de inmiddels ingezette ontwikkeling in de praktijk – de werkzaamheden van de stichting nauwelijks begrensd. Het gebruik van de stichting werd niet beperkt tot ideële of op het algemeen belang gerichte doeleinden. Ook heden ten dage zijn, afgezien van het feit dat het doel niet mag inhouden “het doen van uitkeringen” en niet in strijd mag zijn met de openbare orde, door de wetgever geen nadere vereisten gesteld aan het doel van een stichting.

Het statutaire stichtingsdoel dient, net als andere bepalingen uit de statuten die van belang zijn voor derden, in beginsel objectief uitgelegd te worden. De bedoeling van de oprichter is, als het doel duidelijk is, in beginsel niet relevant. Wanneer de taalkundige uitleg van het doel echter niet eenduidig is, zal het bestuur het doel moeten uitleggen. Daarbij dient het bestuur uit te gaan van het belang van de stichting, waarbij rekening gehouden dient te worden met alle betrokken belangen, waaronder het belang van de oprichter.

De doelomschrijving van de stichting wordt vastgelegd in de statuten en blijkt niet alleen uit het artikel waarin het hoofddoel is omschreven, maar kan ook volgen uit andere onderdelen van de statuten, zoals de naam van de stichting en in de statuten geformuleerde ondersteunende subdoelstellingen.

---

62. Rechtbank Arnhem 30 januari 2008, *JOR* 2008/68 (Heilig Land Stichting) met noot Blanco Fernández, r.o. 5.26 en 5.27.

## HOOFDSTUK 4

Bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting dienen zich bij de uitoefening hun taak te laten leiden door het te verwezenlijken stichtingsdoel. De voorname rol van het statutaire doel volgt uit de wettelijke omschrijving van de stichting: de stichting beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (artikel 2:285 lid 1 BW).

Vanwege het feit dat het bestuur en de raad van toezicht – indien deze is ingesteld – zich primair richten op (toezicht op) verwezenlijking van het stichtingsdoel, is het mijns inziens van belang dat de statutaire doelomschrijving duidelijk omschreven is en dat het doel enigszins geconcretiseerd is. Dat geeft zowel het bestuur als de raad van toezicht een duidelijk richtsnoer. Dit richtsnoer is vanwege het ontbreken van leden of aandeelhouders, die het bestuur en de raad van toezicht kunnen corrigeren, des te belangrijker. Bovendien wordt het bestuur van een stichting met een concrete doelomschrijving meer aan banden gelegd bij het aanwenden van het stichtingsvermogen.

### 4.4 Wijziging van het stichtingsdoel

#### 4.4.1 *Inleiding*

De statuten van de stichting, die in aanvang door de oprichter zijn vastgesteld, kunnen slechts gewijzigd worden door een stichtingsorgaan indien de statuten daartoe opening bieden (artikel 2:293 BW). De statuten dienen uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid van wijziging van één, meerdere of alle bepalingen; die bevoegdheid wordt niet verondersteld.<sup>63</sup> De oprichter kan in de statuten de mogelijkheid van statutenwijziging verlenen aan het bestuur, maar ook aan een ander stichtingsorgaan, zoals de raad van toezicht. De oprichter kan er voor kiezen het mogelijk te maken de statuten geheel te wijzigen of slechts bepaalde delen te wijzigen. Zo kan hij in de statuten bepalen dat wijziging van het doel van de stichting niet toegestaan is.

De stichting onderscheidt zich van andere rechtspersonen doordat doelwijziging statutair kan worden uitgesloten. Voor alle andere (corporatieve) rechtspersonen geldt dat elke statutaire bepaling, dus ook het statutaire doel, door de algemene vergadering kan worden gewijzigd. Voor zover de bevoegdheid tot wijziging van het doel bij een corporatieve rechtspersoon al bij de statuten is uitgesloten, is wijziging door de algemene vergadering niettemin mogelijk met algemene stemmen.<sup>64</sup> Leden of aandeelhouders van corporatieve rechtspersonen hebben dus bij de bepaling van het doel in feite het laatste woord, ook als de statuten doelwijziging uitsluiten.

---

63. Zie ook artikel 6 WS 1956. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 9.

64. Artikel 2:43 lid 2, 2:211 lid 1 en 2:231 lid 1 BW.

Indien het stichtingsbestuur (en/of de raad van toezicht, indien deze is ingesteld) wel bevoegd is om het doel te wijzigen, is het vervolgens de vraag of het doorvoeren van een (ingrijpende) doelwijziging geoorloofd is. Met welke belangen dient het wijzigingsbevoegde orgaan dan rekening te houden en welke rol heeft de raad van toezicht in verband met doelwijziging?

#### 4.4.2 *De mogelijkheid van doelwijziging; wil van de stichter*

Uitgangspunt bij de WS 1956 was, evenals nu, dat de oprichter de statuten van de stichting vaststelt en daarbij beslist of hij het bestuur of eventueel een ander stichtingsorgaan de mogelijkheid geeft daarin wijzigingen aan te brengen.

##### *Situatie voor de WS 1956*

Al voor de inwerkingtreding van de WS 1956 kwam het blijkens rechtsliteratuur uit die tijd voor dat de statuten bepaalden dat sommige statutaire bepalingen niet voor wijziging vatbaar waren, zoals bepalingen omtrent het doel en de bestemming van het liquidatiesaldo.<sup>65</sup> Versteeg en Storm schreven in 1954 dat wijziging van de statuten niet geoorloofd is indien de mogelijkheid van een dergelijke statutenwijziging niet in de statuten zelf is voorzien.<sup>66</sup> Volgens anderen was discussie mogelijk over de vraag of een statutenwijziging geoorloofd is als de statuten wijziging niet verbieden maar ook niet duidelijk toelaten. Scholten achtte in 1954, dus voor de inwerkingtreding van de WS 1956, een wijziging toelaatbaar indien er een onmogelijke toestand ontstaat:

“Een vroeger waardevol doel kan na verloop van tijd alle betekenis verloren hebben. De beoefening b.v. van een bepaalde techniek heeft geen zin meer als andere betere methoden zijn gevonden om het zelfde doel te bereiken.”<sup>67</sup>

65. Versteeg & Storm 1954, p. 88-89. Versteeg en Storm noemen het voorbeeld van een stichting die een algemeen maatschappelijk belang beoogde na te streven, terwijl bepaald was dat bij liquidatie het saldo moest worden aangewend voor een zoveel mogelijk gelijksoortig doel. Toen deze stichting een belangrijke schenking kreeg, werd aanspraak gemaakt op een vermindering van het schenkingsrecht op basis van een artikel uit de Successiewet. De Inspecteur stelde echter als voorwaarde dat in de statuten werd bepaald dat de bepalingen inzake doel en de bestemming van het liquidatiesaldo niet gewijzigd konden worden. Versteeg en Storm menen dat de Inspecteur dit niet had mogen verlangen. Zij noemen de mogelijkheid dat de doelstelling pas na vele jaren wordt gewijzigd terwijl hetgeen geschonken is al lang is opgebruikt ten behoeve van het oude doel. In dat geval is er geen aanleiding te menen dat de desbetreffende bepaling uit de Successiewet onjuist is toegepast.

66. Versteeg & Storm 1954, p. 88.

67. Scholten in Asser/Scholten & Bregstein 1-II 1954, p. 206.

#### HOOFDSTUK 4

In die situatie zijn volgens Scholten bestuurders vrij om tot wijziging over te gaan, maar dienen de bestuurders zich te bedenken “dat hun particulier inzicht niet beslissend mag zijn en zij eerst tot wijziging mogen besluiten indien de wenselijkheid daarvan algemeen zal worden erkend”.

##### *De WS 1956 en het huidige stichtingenrecht*

De wetgever besloot echter om in de WS 1956 minder vrijheid te laten aan stichtingsbestuurders. Evenals in het huidige stichtingenrecht (artikel 2:293 BW) bepaalde de WS 1956 (artikel 6 WS 1956) dat wijziging van een of meer van de bepalingen van de statuten door stichtingsorganen slechts mogelijk is indien de statuten daartoe *de mogelijkheid bieden*.

Volgens Dijk/Van der Ploeg<sup>68</sup> hangt de regel van artikel 2:293 BW (en haar voorloper in de WS 1956) samen met het oorspronkelijke kenmerk van de stichting uit de WS 1956, te weten dat de oprichters een bepaald vermogensbestanddeel voor het stichtingsdoel moeten afzonderen. Daaruit lijken zij af te leiden dat in de gevallen dat de oprichters bij oprichting geen vermogen afzonderen ten behoeve van de stichting, er minder reden is om de oprichters de bevoegdheid te geven doelwijziging uit te sluiten.

Ik meen dat de wetgever ten tijde van de WS 1956 bewust als uitgangspunt hanteerde dat oprichters in de statuten uitdrukkelijk de mogelijkheid van doelwijziging moeten bieden, ook in het geval dat oprichters geen stichtingsvermogen ter beschikking van de stichting stellen. Zoals reeds aangegeven kwamen ten tijde van de totstandkoming van de WS 1956 vooral veel stichtingen voor waarbij vermogensbeheer (bij levenden of na dode) voorop leek te staan. Er was nog weinig ervaring opgedaan met uiteenlopende soorten stichtingen, maar er kwamen al wel stichtingen voor met een “instellingskarakter” die meer algemene doeleinden hadden, zoals bijvoorbeeld ziekenzorg waarbij vermogen niet – of in ieder geval niet primair – van de oprichter afkomstig hoeft te zijn. Bovendien relativeerde Minister Van Oven bij de parlementaire

---

68. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 12.3.1. “Hier vanuit gaand ligt het voor de hand dat de oprichters – evenals bij een (gewoon) testament – zelf mogen aangeven wat met hun vermogen geschiedt. Bij vele stichtingen is tegenwoordig een dergelijke band tussen de oprichting van de stichting en het beschikken over zijn vermogen door een oprichter niet aanwezig. Het ter beschikking stellen van vermogen is thans geen oprichtingsvereiste meer. [\*\*] In dergelijke gevallen lijkt er minder reden te zijn de oprichters de bevoegdheid te geven wijziging van de statuten uit te sluiten.” De woorden in de laatste zin van het citaat “In dergelijke gevallen” zijn mijns inziens niet geheel duidelijk. Ik neem aan dat daarmee bedoeld worden gevallen waarin door de oprichters geen vermogen ter beschikking is gesteld.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

behandeling van de WS 1956 de vermogens eis al: “vermogen behoef t er niet te zijn, als het maar kan komen”. Er werd dus reeds van uit gegaan dat het vermogen niet direct bij de oprichting aanwezig hoeft te zijn en niet van de oprichter afkomstig hoeft te zijn. Niettemin werd wel in de wet de algemene bepaling opgenomen dat wijzigingsbevoegdheid uitdrukkelijk door de oprichter in de statuten geboden moet worden.

Bovendien werd deze bepaling (artikel 6 WS 1956) niet gewijzigd bij gelegenheid van de invoering van Boek 2 BW (dat wil zeggen: overplaatsing van het stichtingenrecht naar een eigen titel in Boek 2 BW), terwijl toen inmiddels meer ervaring was opgedaan met verschillende soorten stichtingen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Invoeringswet NBW in 1983 kwam het uitsluiten van de mogelijkheid van doelwijziging door de stichter kort aan de orde. Wel werd de mogelijkheid geboden om in bepaalde omstandigheden, indien doelwijziging is uitgesloten, de *rechter* een nieuw doel vast te laten stellen (waarover hierna in paragraaf 4.4.3 meer). Enkele Kamerleden vroegen of de rechtbank niet – indien daar door de bevoegde personen om wordt gevraagd – een bepaling zou dienen toe te staan die de statutenwijziging inclusief de doelomschrijving aan het bestuur attribueert, zodat het probleem van de wijziging van de doelomschrijving een bestuursbevoegdheid wordt.<sup>69</sup> De Minister antwoordde dat de rechter de wil van de oprichter ten aanzien van het niet kunnen wijzigen van het doel dient te eerbiedigen. De rechter kan een ander doel aanwijzen, maar dient daarbij zo min mogelijk af te wijken van het bestaande doel. De Minister meende dat, indien het bestuur niet de bevoegdheid heeft om het doel te wijzigen, de rechter deze bevoegdheid niet alsnog aan het bestuur dient te verlenen, maar dat de rechter zelf de instantie moet blijven die het nieuwe doel aanwijst (dus ook bij een opvolgende doelwijziging).<sup>70</sup>

De wetgever heeft dus bewust de bepaling in de wet opgenomen (en ongewijzigd gelaten) dat de mogelijkheid van wijziging van de statuten door een stichtingsorgaan, waaronder wijziging van het statutaire doel, uitdrukkelijk door de oprichters moet worden geboden. Met deze bepaling onderscheidt de stichting zich van andere rechtspersonen.

---

69. *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 725, nr. 12, p. 11 en p. 14).

70. *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 725, nr. 13, p. 14. De rechter dient overigens wel met redelijke wensen van het bestuur rekening houden, aldus de Minister.

#### HOOFDSTUK 4

In de literatuur is opgemerkt dat oprichters die niet willen dat bepaalde onderdelen in de statuten, zoals het doel, worden gewijzigd dit tegenwoordig doorgaans expliciet in de statuten vermelden.<sup>71</sup> Indien de statuten bepalen dat het statutaire doel niet kan worden gewijzigd, kan overigens ter voorkoming van misverstanden worden toegevoegd dat het artikel dat doelwijziging uitsluit zelf evenmin kan worden gewijzigd. In de literatuur en de rechtspraak wordt aangenomen dat dit ook geldt als verzuimd is dit uitdrukkelijk te bepalen.<sup>72</sup>

##### *Ander uitgangspunt?*

Gelet op het feit dat de statuten het kennelijk doorgaans uitdrukkelijk vermelden als doelwijziging *niet* is toegestaan, zou de vraag zou kunnen worden gesteld of de wetgever het niet zou moeten omdraaien. Zou niet tot uitgangspunt genomen moeten worden dat het bestuur de statuten van de stichting kan wijzigen, tenzij deze wijzigingsbevoegdheid expliciet wordt uitgesloten? Ik meen dat de huidige bepaling gehandhaafd moeten worden, hetgeen ik hierna nog nader zal motiveren. De huidige bepaling dwingt de oprichter om na te denken over de vraag of, op welke wijze en in welke mate hij doelwijziging mogelijk wil maken. Daarbij kan hij ook overwegen om in de statuten op te nemen dat het stichtingsbestuur het doel wel kan wijzigen, maar slechts na goedkeuring van een ander orgaan, zoals de raad van toezicht.

Voor zover de statuten uitdrukkelijk wijziging van alle bepalingen van de statuten mogelijk maken, is daarmee in beginsel ook wijziging van het doel mogelijk gemaakt. Als er niets is bepaald, kan geen enkele bepaling uit de statuten, dus ook het doel niet, zonder rechterlijke tussenkomst worden gewijzigd.

---

71. Quist 2015.

72. Van Schilfgaarde meent dat een redelijke uitleg van de statuten meebrengt dat de bepaling die het verbiedt om het doel te wijzigen zelf ook niet kan worden gewijzigd (Van Schilfgaarde 1999). Zou men dit niet aannemen dan zou immers het verbod tot wijziging van het doel weinig zin hebben, aldus Van Schilfgaarde. Van Schilfgaarde vervolgt nog dat het bestuur kan betogen dat de oprichter bewust deze mogelijkheid heeft opengelaten, maar erg waarschijnlijk is het niet dat het bestuur daartoe overtuigende argumenten heeft. Een statutenwijziging die buiten de rechter om geschiedt, dient immers te berusten op een door de statuten verstrekte bevoegdheid. Rechtbank Almelo 18 november 2009, *RO* 2010/10 (Von Bönninghausen tot Herinckhave Stichting). In r.o. 6.2. en 6.3. overweegt de rechtbank dat juist was het standpunt van eiser dat de statuten van een stichting slechts kunnen worden gewijzigd indien de statuten daartoe de mogelijkheid bieden en dat een bepaling die de bevoegdheid tot wijziging van een of meer andere bepalingen van de statuten uitsluit, niet kan worden gewijzigd.

#### 4.4.3 Doelwijziging door de rechter

Het huidige stichtingenrecht (artikel 2:294 lid 1 BW) biedt, evenals de eerste regeling in de WS 1956 (artikel 9 WS 1956), de rechtbank de bevoegdheid om op verzoek de statuten te wijzigen. De tekst van artikel 9 WS 1956 en artikel 2:294 BW is echter wat betreft wijziging van het statutaire doel verschillend. De huidige bepaling (leden 1 en 2 van artikel 2:294 BW) luidt als volgt:

##### Artikel 2:294 BW

- a. Indien ongewijzigde handhaving zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild, en de statuten de mogelijkheid van wijziging niet voorzien, of zij die tot wijziging bevoegd zijn zulks nalaten, kan de rechtbank op verzoek van een oprichter, het bestuur of het openbaar ministerie de statuten wijzigen.
- b. De rechtbank wijkt daarbij zo min mogelijk van de bestaande statuten af; indien wijziging van het doel noodzakelijk is, wijst zij een doel aan dat aan het bestaande verwant is. Met inachtneming van het vorenstaande is de rechtbank bevoegd, zo nodig, de statuten op andere wijze te wijzigen dan is verzocht.

De rechtbank is dus bevoegd om (a) de statuten niet te wijzigen; (b) de statuten te wijzigen overeenkomstig het verzoek; of (c) de statuten anders te wijzigen dan is verzocht.

##### *Wil van de stichter*

De wet gaat er van uit dat de rechter de wil van de oprichter, zoals deze in de statuten tot uitdrukking komt, zo veel mogelijk eerbiedigt. Dat de intenties van de oprichter van belang zijn volgt uit de wetsgeschiedenis en uit jurisprudentie.<sup>73</sup> Over de vraag wanneer ongewijzigde handhaving van de statuten zou

---

73. Blanco Fernández schrijft in zijn noot bij HR 12 mei 2000, *JOR* 2000/145 (Geestelijk Leider) dat een van de gevolgen van de erkenning van vrijheid van statutaire inrichting is dat de wet van de rechter een groot respect eist voor de in de statuten neergelegde wil van de oprichter. De oprichters van Stichting Islamitisch Sociaal Cultureel Centrum voor Flevoland ("ISCC") hadden in de statuten vergaande bevoegdheden toegekend aan de Geestelijk Leider, waaronder de bevoegdheid het bestuur gevraagd en ongevraagd bindend advies te geven. Het bestuur van de stichting wenste enkele bepalingen in de statuten die de bevoegdheden van de Geestelijk Leider betroffen te schrappen. De voor statutenwijziging vereiste goedkeuring van de Geestelijke Leider verkregen zij niet. Zij verzochten de rechtbank machtiging te verlenen de statuten van de stichting te wijzigen overeenkomstig het door hun opgestelde concept van de akte van statutenwijziging. Het verzoek tot statutenwijziging werd in alle instanties afgewezen. Ook de Hoge Raad oordeelde dat het

#### HOOFDSTUK 4

leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild zegt de MvT bij artikel 9 WS 1956 het volgende:

“De wil van de stichter bij de oprichting is, zoals hierboven gezegd, de rechter voor zijn beslissing als richtsnoer gegeven, d.w.z. de rechter heeft rekening te houden met die wil, getransponeerd naar de huidige omstandigheden. De term “redelijkerwijze” brengt bij de beoordeling een objectief element naar voren.”<sup>74</sup>

#### *De WS 1956*

De mogelijkheid voor de rechter om *het doel* te wijzigen, indien de statuten dit niet toelaten, bestond nog niet onder de WS 1956. Volgens de MvT bij de WS 1956 moest de rechter ontbinding van de stichting uitspreken als ongewijzigde handhaving van het doel niet mogelijk is omdat het oorspronkelijke doel is bereikt of niet meer bereikt kan worden en de statuten de wijziging van het doel hebben uitgesloten.<sup>75</sup> Om ontbinding van de stichting te voorkomen was het dus noodzakelijk bij de oprichting te bepalen dat het doel gewijzigd kan worden.

---

verzoek tot statutenwijziging moest worden afgewezen. Hoewel het hier niet ging om een doelwijziging maar om wijziging van bepalingen die vergaande bevoegdheden gaven aan de Geestelijk Leider, is interessant de overweging van de Hoge Raad dat niet was gebleken dat de oprichters de statutaire positie van de Geestelijk Leider niet zouden hebben gewild. Overigens kan de rechter, indien hij het verzoek tot statutenwijziging afwijst, ambtshalve de stichting ontbinden (artikel 2:301 lid 2 BW), zo volgt ook uit dit arrest. Een voorbeeld van het toewijzen van een verzoek tot wijziging van de statuten is Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:GHAMS:2017:2070. Anders dan de Rechtbank wees het Hof het verzoek tot statutenwijziging toe en oordeelde dat de onduidelijkheid (in feite: tegenstrijdigheid) in de statuten van de stichting wat betreft de wijze van benoeming van bestuurders bij oprichting redelijkerwijs niet kan zijn gewild.

74. *Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 3, p. 9-10.

75. Anders dan nu bepaalde artikel 9 WS 1956 dat de rechtbank geen wijziging kan brengen “in het doel of de doelomschrijving voor zover de statuten deze wijziging hebben uitgesloten”. De mogelijkheid van wijziging door de rechtbank werd in een dergelijk geval dus niet geboden, ook niet indien handhaving van het doel leidt tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijs niet gewild kunnen zijn. De MvT (*Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 3, p. 9-10) vermeldt hierover: “De wil van de stichter bij de oprichting is aldus de rechter tot richtsnoer gegeven. Vandaar ook, dat de door de rechter vast te stellen wijzigingen zo min mogelijk mogen afwijken van de statuten, waarvan wijziging wordt gevraagd. En vandaar dan ook, dat wanneer de statuten doelwijziging hebben uitgesloten, de rechter deze niet mag aanbrengen. In aansluiting aan hetgeen in overeenkomstige gevallen door de jurisprudentie is uitgemaakt, zal de bepaling welke wijziging van doel uitsluit, ook zelf niet voor wijziging vatbaar zijn (Vgl. artikel 45, 2e en 3e lid W.v.K.). Is ongewijzigde handhaving van het doel niet mogelijk, omdat het oorspronkelijke doel is bereikt, of niet meer bereikt kan worden, en hebben de statuten wijziging van het doel uitgesloten, dan zal ontbinding van de stichting moeten worden uitgesproken cf. artikel 15, lid 1, onder c.”



## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

De Minister noemde het dan ook, blijkens de MvT bij de WS 1956, mede om die reden raadzaam om doelwijziging in de statuten mogelijk te maken. Doelwijziging kan om verschillende redenen nodig zijn, aldus de MvT. Ten eerste is het mogelijk dat het statutaire doel verwezenlijkt is. In de MvT wordt als voorbeeld een stichting pensioenfonds genoemd die is opgericht voor een bepaalde onderneming terwijl de onderneming niet meer bestaat en de beneficianten zijn overleden. De beschikbare gelden behoren in dat geval een andere bestemming te krijgen, aldus de MvT. Ten tweede kan wijziging van het statutaire doel noodzakelijk zijn indien een stichting een doel heeft dat door veranderde wetgeving niet meer verwezenlijkt kan worden. Tot slot wordt in de MvT de mogelijkheid genoemd dat weliswaar het statutaire doel de facto nog wel te bereiken is, maar dat de veranderde omstandigheden ongewijzigde naleving van het statutaire doel ongewenst maken. Daarbij werd het voorbeeld van een aanvankelijk “rijke” stichting genoemd die jaarlijks tientallen studiebeurzen verleent. Statutenwijziging tot inkrimping van het aantal beurzen op grond van achteruitgang van het kapitaal van de stichting kan noodzakelijk zijn om beter aan het doel te kunnen beantwoorden, aldus de MvT.<sup>76</sup>

Ook Polak merkte op dat ter voorkoming van moeilijkheden statutenwijziging goed geregeld moet worden en dat het bijvoorbeeld praktisch is te bepalen dat het doel slechts kan worden gewijzigd met toestemming van een “nader te bepalen autoriteit”.<sup>77</sup>

### *Wijziging wettekst in Invoeringswet NBW*

In 1992 werd bij de Invoeringswet NBW de wettekst over statutenwijziging aangepast en kwam deze te luiden zoals thans is neergelegd in artikel 2:294 lid 2 BW. In de MvT is te lezen:

“De wet maakt een rechterlijke wijziging van de statuten mogelijk, doch verbiedt wijziging van het doel en doelomschrijving, indien de statuten die hebben uitgesloten. In deze tijd van snelle wisseling van technische mogelijkheden en sociale omstandigheden, is deze beperking niet wenselijk, en de voorgestelde wijziging strekt ertoe, haar weg te nemen, zij het onder het voorschrift dat de rechter bij wijziging van het bestaande doel een verwant doel moet uitkiezen.”<sup>78</sup>

---

76. Door de veranderde omstandigheden kan ongewijzigde naleving van andere statutaire bepalingen eveneens tot ongewenste gevolgen leiden. Bijvoorbeeld de bepaling dat een bepaalde persoon het bestuur benoemt. Wanneer deze persoon is overleden moet de wijze van benoeming worden herzien, aldus de MvT.

77. Polak 1956, p. 108.

78. *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 725, nr. 3, p. 82.

#### HOOFDSTUK 4

In de literatuur werd opgemerkt dat de rechtsorde er belang bij heeft om ‘versterking’ tegen te gaan.<sup>79</sup> Sommige auteurs meenden – mijns inziens terecht – dat de oprichter van een stichting de aanwending van een rechtsgoed niet kan blokkeren (evenmin als de erflater en de schenker) indien gewijzigde omstandigheden of het algemeen belang zich daartegen verzetten. Doelwijziging door de rechter werd dus door de wet mogelijk gemaakt, met inachtneming van een aantal restricties.

Een verzoek tot wijziging van het stichtingsdoel kan – net als een verzoek tot wijziging van andere onderdelen van de statuten – slechts worden ingediend door de oprichter, het bestuur of het openbaar ministerie. Indien een beroep wordt gedaan op gewijzigde omstandigheden en/of het algemeen belang dient de rechter, net als bij wijziging van andere onderdelen van de statuten, op grond van lid 1 van artikel 2:294 BW te toetsen of ongewijzigde handhaving van het statutaire doel leidt tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild.<sup>80</sup> Tot slot bepaalt de wet dat de rechter een doel aanwijst dat aan het bestaande doel verwant is. Hierna worden deze restricties uitgewerkt.

##### *Intenties van de oprichter; horen van de oprichter?*

Een rechter die moet beslissen omtrent doelwijziging dient in beginsel het op dat moment in de statuten opgenomen doel zo veel mogelijk te benaderen. Het in de statuten door de oprichter omschreven doel is daarbij het uitgangspunt. Soms blijken de motieven van de oprichter echter tevens uit de considerans van de akte van oprichting. Zou een rechter er voor kunnen kiezen de oprichter die het bestaande doel vaststelde te horen, zodat hij met zijn wensen en bedoeling rekening kan houden?

In andere Europese landen, zoals Duitsland, wordt bij wijziging van het stichtingsdoel rekening gehouden met de intenties en de wil van de oprichters. De bevoegde autoriteit die wil overgaan tot doelwijziging van een *Stiftung* dient niet alleen de wil van de oprichter in acht te nemen maar dient ook het bestuur te horen.<sup>81</sup> Het horen van de oprichter wordt in Nederland niet door de wet voorgeschreven, maar is ook niet verboden. In de literatuur is opgemerkt dat

---

79. Van der Burg 1999, p. 29 e.v.

80. Een voorbeeld van toewijzing door de rechter van een verzoek tot wijziging van het statutaire doel is Rechtbank Breda 20 december 1996, *TVVS* 1997, 49 met noot W.J. Slagter, zie ook de andere voorbeelden hierna.

81. De Duitse stichting (*Stiftung*) is geregeld op Bondsstaatniveau in artikel 80-88 BGB (het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch*) en, in aanvulling daarop, op deelstaatniveau in afzonderlijke stichtingswetten. In Duitsland kunnen de statuten van een *Stiftung* worden gewijzigd door een stichtingsorgaan indien de statuten dit bepalen. De statuten kunnen bovendien worden gewijzigd door de (deelstaat)overheid indien wijziging van het doel noodzakelijk is omdat het doel niet meer bereikt kan worden of wanneer een wijziging gewenst is met het oog op het algemeen belang (par. 87 lid 1 BGB). Par. 87 lid 3 BGB schrijft voor dat bij doelwijziging het bestuur van de stichting gehoord moet worden. Bij

het mogelijk en in sommige gevallen ondersteunend aan het verzoekschrift is als de verzoeker in (bijlagen bij) het verzoekschrift aantoont dat de oprichter het verzoek tot wijziging ondersteunt.<sup>82</sup>

*Nieuwe “wil van de oprichter”*

Uit de MvT bij de WS 1956 is af te leiden dat het eenmaal gewijzigde doel wordt geacht de nieuwe “wil van de oprichter” te zijn:

“Indien eenmaal een wijziging van het doel in de oorspronkelijke statuten is aangebracht krachtens rechterlijke beschikking, dan wordt het gewijzigde doel geacht de wil van de stichter weer te geven, daar de stichter die wijziging heeft toegelaten door haar niet uit te sluiten en bij de doelwijziging wordt de oorspronkelijke bedoeling van de stichter zoveel mogelijk benaderd. Is nu doelwijziging opnieuw nodig, dan zal de rechter, bij de nieuwe vaststelling van het doel, aansluiting zoeken bij de “bestaande statuten”, d.z. de statuten zoals zij gewijzigd golden op het ogenblik, dat nieuwe wijziging nodig wordt.” [\*\*]

“Wanneer een oprichter van een stichting nog leeft op het tijdstip dat de vraag van wijziging van de statuten ter sprake komt, zal zijn alsdan tot uiting komende wil niet beslissend zijn voor het oordeel van de rechter omtrent de wijziging.”<sup>83</sup>

---

een doelwijziging moet volgens de BGB bovendien de wil van de stichter in acht genomen worden (par. 87 lid 2 BGB). In het bijzonder dient er voor gezorgd te worden dat opbrengsten van het stichtingsvermogen na wijziging ten goede blijven komen aan de groep van personen die de oprichter voor ogen had. Par. 87 BGB (*Zweckänderung; Aufhebung*) luidt letterlijk als volgt:

- (1) *Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl, so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben.*
- (2) *Bei der Umwandlung des Zweckes soll der Wille des Stifters berücksichtigt werden, insbesondere soll dafür gesorgt werden, dass die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreis, dem sie zustatten kommen sollten, im Sinne des Stifters erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert.*
- (3) *Vor der Umwandlung des Zweckes und der Änderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden.*

82. Quist 2015. Quist merkt op dat dit in de praktijk het nodige gewicht in de schaal blijkt te leggen. Als de oprichter is overleden kan het in sommige gevallen helpen als de erven van oprichter het verzoek ondersteunen.

83. *Kamerstukken II 1954-1955, 3463, nr. 3, p. 10.*

*Marginale toets; voorbeelden van doelwijziging door de rechter*

De wet draagt de rechter op om bij de statutenwijziging zo min mogelijk af te wijken van de bestaande statuten en bij doelwijziging een doel aan te wijzen dat verwant is met het bestaande doel. Met andere woorden: de rechter mag het doel slechts marginaal toetsen.

– *Henriëtte Sara de Lanoy Meijer Stichting*

Een voorbeeld van het restrictief interpreteren van de mogelijkheid tot wijziging van het doel door de rechter is de uitspraak uit 2001 van het Hof Amsterdam inzake de Henriëtte Sara de Lanoy Meijer Stichting.<sup>84</sup> Deze stichting had ten doel “het geven van financiële en morele steun aan bij voorkeur Protestantse inwoners van de Gemeente Driebergen-Rijsenburg, die tengevolge van hun leeftijd of andere redenen deze steun behoeven, zulks te bepalen door het bestuur”. Het bestuur van deze stichting diende bij de rechter een verzoek tot doelwijziging in omdat, bij gebrek aan verzoeken en gelet op de beperkte doelstelling van de stichting en de veranderde omstandigheden in Nederland, de stichting veel geld overhield en het vermogen van de stichting jaarlijks steeg, hetgeen volgens het bestuur niet overeenkomstig de bedoelingen van mevrouw De Lanoy Meijer is of kan zijn geweest.<sup>85</sup> Voorgesteld werd het doel dusdanig te wijzigen dat naast het verlenen van steun aan natuurlijke personen werd toegevoegd dat steun kan worden verleend “aan in de Gemeente Driebergen-Rijsenburg gevestigde Protestantse kerkgenootschappen of aan in die gemeente gevestigde instellingen of rechtspersonen met een bij voorkeur Protestantse signatuur en voor wat betreft deze laatstbedoelde instellingen en rechtspersonen met een sociaal-culturele doelstelling, een en ander te bepalen door het bestuur”.

De Rechtbank wijst het verzoek tot verruiming van het doel toe maar het Hof vernietigt de beschikking van de Rechtbank. De doelomschrijving kan niet anders worden gelezen dan dat deze uitsluitend betrekking heeft op natuurlijke personen, aldus het Hof. Het Hof overweegt voorts dat het feit dat er slechts in geringe mate steunaanvragen worden ontvangen en als gevolg daarvan een grote hoeveelheid geld resteert nog niet betekent dat ongewijzigde handhaving van de statuten leidt tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijs niet kunnen zijn gewild. Aangezien er nog voldoende mogelijkheden bestaan om overeenkomstig het oorspronkelijke doel van de stichting steun te verstrekken is er onvoldoende grond tot wijziging van de statuten.<sup>86</sup>

---

84. Hof Amsterdam 26 april 2001, weergegeven in HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 27 (Stichting Henriëtte Sara de Lanoy Meijer). Zie hierover Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 12.3, p. 338-339.

85. R.o. 2.6.

86. R.o. 2.13.

– *Stichting Werkmansbelang Beuningen-Weurt*

Een voorbeeld van een uitspraak waarin de rechter wel overging tot doelwijziging is de uitspraak van het Hof Arnhem 2006 inzake Stichting Werkmansbelang Beuningen-Weurt.<sup>87</sup> Het doel van deze stichting was gericht op de volkshuisvesting van werknemers van de steenfabrieken in de plaatsen Weurt en Beuningen. Door het sluiten van de steenfabrieken en de ontwikkelingen op het gebied van volkshuisvesting werd het in de statuten omschreven doel, zoals dat de oprichters in 1906 voor ogen stond, door de rechter niet meer reëel geacht. Daarmee was een situatie ontstaan die bij de oprichting van de stichting niet was voorzien en die bij ongewijzigde handhaving van de statuten leidt tot gevolgen die de oprichters redelijkerwijs niet hebben gewild. In dit geval was dus het statutaire doel door tijdsverloop achterhaald.

– *Stichting Fonds Nederlands Sanatorium te Davos*

Een ander voorbeeld waarin het Hof Amsterdam in hoger beroep,<sup>88</sup> anders dan de Rechtbank,<sup>89</sup> het verzoek tot doelwijziging inwilligde, is de uitspraak uit 2016 inzake Stichting Fonds Nederlands Sanatorium te Davos. De beschikking van het Hof wekt verbazing en Blanco Fernández is in zijn noot bij de beschikking van het Hof, mijns inziens terecht, kritisch.

Het doel van de stichting was het volgende: “Het doel der stichting is het bevorderen der weldadigheid, welk doel de stichting zal trachten te bereiken door het steunen van de Vereniging tot Behartiging der Belangen van Nederlandse Longlijders, gevestigd te 's-Gravenhage. Daartoe zal jaarlijks het gehele zuivere inkomen der stichting (...) aan genoemde Vereniging moeten worden uitgekeerd, (...), terwijl de Vereniging dit geld speciaal zal moeten besteden voor de door haar te Davos geëxploiteerde of te exploiteren inrichtingen voor weinig vermogende Nederlanders, die lijden aan tuberculose, dan wel aan astma of andere ziekten der ademhalingsorganen. (...) Indien genoemde Vereniging tot Behartiging der Belangen van Nederlandse Longlijders mocht ophouden te bestaan, of mocht ophouden te Davos inrichtingen te exploiteren voor weinig vermogende Nederlanders, die lijden aan tuberculose, dan wel astma of andere ziekten der ademhalingsorganen, zal de stichting haar doel verder trachten te bereiken door op dezelfde wijze als ten aanzien van de Vereniging tot Behartiging der Belangen van Nederlandse Longlijders is omschreven, te steunen het Nederlands

87. Hof Arnhem 9 maart 2006, *JOR* 2006/121 (Stichting Werkmansbelang Beuningen-Weurt).

88. Hof Amsterdam 14 april 2016, *JOR* 2016/154 met noot Blanco Fernández.

89. Rechtbank Amsterdam 23 april 2015, *JOR* 2015/202 (Stichting Fonds Nederlands Sanatorium te Davos) met noot Quist die de in het verzoekschrift voorgestelde introductie van de mogelijkheid tot onbeperkte wijziging van de statuten verstrekkend en onvoldoende onderbouwd noemt. Quist noemt het verzoekschrift in dit geval kansloos aangezien niet in strikte zin werd voldaan aan de wettelijke criteria voor wijziging en de voorgestelde wijzigingen verstrekkender waren dan door veranderde tijden werd gerechtvaardigd. Zie ook Quist 2015.

#### HOOFDSTUK 4

Kankerinstituut te Amsterdam; mocht ook dit instituut ontbonden of geliquideerd worden (of zijn), zo zullen de inkomsten worden besteed tot bestrijding van de tuberculose in Nederland”.<sup>90</sup>

In het verzoekschrift is het volgende doel voorgesteld:

“De Stichting heeft ten doel: het bevorderen der weldadigheid, welk doel de Stichting zal bereiken door: (i) het steunen van de Vereniging Nederland Davos (voorheen Vereniging tot Behartiging der Belangen van Nederlandse Longlijders), gevestigd te 's-Gravenhage. Daartoe zal jaarlijks het gehele zuivere inkomen der Stichting (...) aan genoemde Vereniging moeten worden uitgekeerd, (...) terwijl de Vereniging dit geld speciaal zal moeten besteden voor ‘kwaliteit van leven’ in het algemeen en in het bijzonder voor weinig vermogende Nederlanders, die lijden aan tuberculose, dan wel aan astma of andere ziekten der ademhalingsorganen en (ii) indien genoemde Vereniging Nederland Davos mocht ophouden te bestaan, dan wel geen activiteiten mocht verrichten terzake van kwaliteit van leven als hiervoor omschreven, zal de Stichting haar doel verder trachten te bereiken door op dezelfde wijze als ten aanzien van de Vereniging Nederland Davos is omschreven, te steunen het Nederlands Kankerinstituut te Amsterdam. Mocht ook dit instituut ontbonden of geliquideerd worden (of zijn), zo zullen de inkomsten worden besteed tot bestrijding van de tuberculose in Nederland, en voorts al hetgeen met een en ander rechtstreeks of zijdelings verband houdt of daar toe bevorderlijk kan zijn, alles in de ruimste zin van het woord.”

Het Hof overweegt dat de Stichting ter motivering van de voorgestelde doelwijziging heeft aangevoerd dat het voor patiënten met longziekten (zoals moeilijk behandelbare astma) niet altijd meer noodzakelijk is om een behandeling te Davos te ondergaan: “Er zijn tegenwoordig goede alternatieven in Nederland, die bovendien minder kostbaar zijn. Daarnaast is de rol van de Vereniging veranderd. Zo heeft de Vereniging ook als taak de bemiddeling tussen de zorgverzekeraar en de patiënt, om de patiënt te helpen een deel van zijn kosten via de zorgverzekeraar vergoed te krijgen. Verder zijn de patiënten die nog wel te Davos worden behandeld steeds vaker kinderen. Onder het voorgestelde bredere begrip ‘kwaliteit van leven’ wordt het voor de Vereniging mogelijk om de gelden ook aan te wenden om ouders de gelegenheid te geven om hun kinderen in Davos op te zoeken. De Stichting wil haar gelden blijven uitkeren aan de Vereniging. Uitkering aan het Nederlands Kankerinstituut kan volgens

---

90. Zie noot Blanco Fernández en r.o. 2.3 van de Rechtbank-beschikking.

haar redelijkerwijs niet door de erflater zijn gewild. Het Nederlands Kankerinstituut richt zich niet op het welzijn van de patiënt en de financiële ondersteuning van de patiënt, terwijl dit voor de Stichting essentieel is.”

“Het hof is, anders dan de rechtbank van oordeel dat de Stichting voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat – met inachtneming van de omstandigheden zoals deze zich thans voordoen, de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in de medische wetenschap en de wijze van en de kosten voor behandeling in Davos – ongewijzigde handhaving van de statutaire doelstelling leidt tot gevolgen, die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild.”

Blanco Fernández schrijft in zijn noot dat het respect voor de wil van de oprichter waarop het wettelijk stelsel gebaseerd is, onder meer tot gevolg heeft dat de statuten niet gewijzigd kunnen worden omdat een andere statutaire inrichting, naar objectieve maatstaven geoordeeld, wenselijker, of zelfs veel wenselijker zou zijn. Het komt bij de beoordeling van de mogelijkheid tot statutenwijziging niet aan op de wenselijkheid van de wijziging, maar op de vraag of ongewijzigde handhaving van de statuten tot gevolgen leidt die bij de oprichting redelijkerwijs niet kunnen zijn gewild. Het komt derhalve in het bijzonder aan op de vaststelling van de wil van de oprichter. Aan deze maatstaf gemeten doet de beschikking vragen rijzen. Blanco Fernández merkt op dat het nieuwe doel niet verwant aan het oude kan worden genoemd (zoals voorgescreven in artikel 2:294 lid 2 BW). De oprichter heeft bij de oprichting een specifiek doel voor ogen gestaan, te weten: de ondersteuning van een vereniging die een inrichting in Davos in stand houdt. Van dit doel staat het nieuwe doel nogal ver af. De bevordering van de kwaliteit van leven is een ruime doelstelling, die volgens Blanco Fernández in haar algemeenheid op gespannen voet staat met het specifieke karakter van het doel dat de oprichter bij de oprichting van de stichting blijkens de statuten voor ogen stond. De wijziging is des te minder overtuigend omdat de oprichter in de statuten voorzien heeft in de mogelijkheid dat de specifieke doelstelling niet zou kunnen worden nagestreefd en voor die eventualiteit twee subsidiaire doelstellingen heeft vastgesteld.

*Indienen verzoek tot wijziging; belanghebbenden*

Uit de wettekst blijkt dat de bevoegdheid om een verzoek tot statutenwijziging bij de rechter in te dienen niet toekomt aan een ander stichtingsorgaan dan het bestuur, tenzij de oprichter een stichtingsorgaan vormt. In de MvT bij de WS 1956 is hierover te lezen:

“Aan anderen dan de oprichters, het bestuur en het openbaar ministerie wordt niet de bevoegdheid toegekend om een wijziging van de statuten aan de rechter te verzoeken. Het ontwerp laat overigens voldoende recht wederaren aan dergelijke andere belanghebbenden, doordat de rechter die

#### HOOFDSTUK 4

belanghebbenden kan horen, wanneer degenen, die het recht hebben bij de rechter een verzoek tot wijziging van de statuten aanhangig te maken, dat recht benutten en doordat bedoelde andere belanghebbenden van 's rechters beschikking in hoger beroep en cassatie kunnen komen.”<sup>91</sup>

Indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, heeft deze dus niet de bevoegdheid om de rechter te verzoeken om de statuten te wijzigen. De enige mogelijkheid die de raad van toezicht heeft is de oprichter, het bestuur of, in het uiterste geval, het openbaar ministerie te benaderen. Ik zou menen dat de raad van toezicht een eigen bevoegdheid zou moeten krijgen om een verzoekschrift tot statutenwijziging bij de rechter in te dienen. Evenals het bestuur dient de raad van toezicht bij de uitvoering van zijn taak te handelen in het belang van de stichting. De raad van toezicht staat echter vaak meer “op afstand” dan het bestuur en zal evenals het bestuur in staat zijn om in te schatten of doelwijziging noodzakelijk is. Een tegenargument zou kunnen zijn dat een conflict tussen bestuur en raad van toezicht kan ontstaan omdat de raad van toezicht over de noodzaak van een statutenwijziging een andere mening is toegedaan dan het bestuur. De rechter heeft hierover het laatste woord, maar voorgeschreven zou kunnen worden dat, indien het verzoek wordt ingediend door de raad van toezicht, de rechter het bestuur hoort alvorens een beslissing te nemen.

#### *Belanghebbenden op de hoogte stellen*

Een belanghebbende, waaronder een lid van de raad van toezicht, die het niet eens is met een beschikking van de rechter kan wel hoger beroep instellen. In de uitspraak van het Hof Amsterdam inzake de Henriëtte Sara de Lanoy Meijer Stichting werd door Jongeneel, die op grond van de oorspronkelijke doelomschrijving aanspraak kon maken op steun van de stichting, aanvankelijk met succes beroep ingesteld tegen de beschikking van de rechtbank die de hiervoor aangehaalde ruimere doelstelling toeliet.<sup>92</sup> De Hoge Raad oordeelde echter dat het Hof Jongeneel niet ontvankelijk had moeten verklaren aangezien hij het hoger beroep niet binnen de daarvoor gestelde termijn had ingesteld. Op grond van artikel 996 aanhef en sub d Rv dient een beroep ingesteld te worden binnen drie maanden na de dag van de beschikking. Dit is een erg korte termijn waarbij er bovendien van uit wordt gegaan dat de belanghebbende op

---

91. *Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 3, p. 10.

92. Hof Amsterdam 26 april 2001 weergegeven in HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 27 (Henriëtte Sara de Lanoy Meijer Stichting). Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 12.3, p. 338-339.



de hoogte is van de beschikking en statutenwijziging. De beschikking heeft echter niet aan belanghebbenden betekend of aangekondigd te worden. De uiteindelijke statutenwijziging dient wel gepubliceerd te worden bij het handelsregister maar mogelijk zijn belanghebbenden hierop niet bedacht. Er bestaat geen verplichting om belanghebbenden op de hoogte te stellen. In de literatuur wordt opgemerkt dat de rechtbank belanghebbenden in een dergelijk geval dient op te roepen.<sup>93</sup>

Van der Ploeg pleit er mijns inziens terecht voor dat de hiervoor genoemde procedure verbeterd dient te worden, zodat degenen die bezwaar kunnen maken tegen een voorgenomen rechterlijke statutenwijziging (dit is vooral van belang bij wijziging van het doel) op de hoogte zijn.<sup>94</sup> In de wet zou bepaald dienen te worden dat de rechterlijke beslissing om het doel te wijzigen onverwijld bekend wordt gemaakt (via een advertentie of op website van de stichting), zodat belanghebbenden van de stichting de mogelijkheid hebben om binnen de door de wet gestelde termijn bezwaar aan te tekenen. Dit laat overigens onverlet dat het bestuur of de raad van toezicht in overleg met het bestuur, uit zichzelf (“fatsoenshalve”) belanghebbenden op dergelijke wijze de hoogte kan stellen (dus ook zonder wettelijke plicht daartoe).

#### 4.4.4 *Is doelwijziging geoorloofd?*

Indien een stichtingsorgaan op grond van de statuten bevoegd is om het doel te wijzigen, is het orgaan – anders dan de rechter – niet op grond van de wet, althans niet uitdrukkelijk, gehouden om een nieuw doel aan te wijzen dat verwant is aan het bestaande doel. Betekent dit dat het wijzigingsbevoegde stichtingsorgaan volledig vrij is in het aanwijzen van een nieuw doel?

Evenals voor de rechter geldt mijns inziens als uitgangspunt voor het bestuur en de raad van toezicht dat getracht moet worden zo veel mogelijk aansluiting te houden bij het – op dat moment – in de statuten geformuleerde doel. De oprichter kan echter bewust aan het bestuur en/of de raad van toezicht meer vrijheid en flexibiliteit ten aanzien van doelwijziging hebben geboden.

Het bestuur en de raad van toezicht die tot doelwijziging willen overgaan dienen echter niet alleen met het belang van de oprichter – welk belang mede tot uitdrukking komt in het doel en de overige bepalingen in de statuten – rekening te houden, maar ook met de belangen van anderen die bij de stichting zijn betrokken.

93. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 12.3, p. 338-339.

94. Van der Ploeg 2011, p. 92.

## HOOFDSTUK 4

### *Van der Grinten, Maeijer en Rensen*

Van der Grinten en Maeijer meenden dat een statutaire wijzigingsbevoegdheid restrictief moet worden uitgelegd:

“Indien wijziging van het doel is toegelaten, betekent dit niet een algehele vrijheid van de instantie die tot wijziging bevoegd is. Bij de vereniging kan men stellen dat het doel waarvan wijziging niet statutair is uitgesloten, ter dispositie van de leden staat. De verenigde leden – de algemene vergadering – kunnen door middel van statutenwijziging het doel van hun samenwerkingsverband veranderen. Het doel van de vereniging kan ‘naar willekeur’ van de leden worden gewijzigd. Bij de stichting ligt dit anders. De stichting is niet een samenwerkingsverband van leden. Hoofddregel bij stichtingen is dat de statuten niet kunnen worden veranderd. Een statutaire wijzigingsbevoegdheid moet restrictief worden verstaan. Een wijziging van het doel behoort slechts plaats te vinden, indien gewijzigde omstandigheden dit wenselijk doen zijn; de wijziging zal voorts het karakter van de werkzaamheden van de stichting zoveel mogelijk intact moeten laten.

Tot verdergaande wijziging ontbreekt de bevoegdheid. Iedere belanghebbende zal een vordering kunnen instellen tot verklaring voor recht, dat het wijzigingsbesluit nietig is.”<sup>95</sup>

Rensen schrijft zijn bewerking van Asser echter:<sup>96</sup>

“Anders dan Maeijer zou ik menen dat, gelet op de autonomie van de oprichter en anderen die de inhoud van statuten kunnen bepalen, meer betekenis moet worden toegekend aan de formulering van de wijzigingsbevoegdheid in de statuten. In het bijzonder ten aanzien van doelomschrijvingen wordt in de praktijk wel wijziging daarvan uitgesloten of onderworpen aan goedkeuring van een ander orgaan of externe instantie. Is een dergelijke beperking niet opgenomen in de statuten dan is er in beginsel geen aanleiding om een voorgenomen wijziging van de doelomschrijving niet toelaatbaar te achten, maar dit kan anders zijn op grond van de aard van de wijziging in verband met de oorspronkelijke activiteiten van de stichting.”

Begrijp ik het goed dan meent hij – mijns inziens terecht – dat aan de oprichter vrijheid moet worden gelaten om een stichtingsorgaan de bevoegdheid te geven om zelfs een ingrijpende doelwijziging door te voeren. Soms bestaan er immers

---

95. Asser/Van der Grinten 2-II 1991/495 en Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/495.

96. Asser/Rensen 2-III\* 2012/361.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

weinig bezwaren tegen een statutenwijziging die inhoudt dat het doel ingrijpend wordt gewijzigd, aangezien dit – al dan niet bewust gewenste – flexibiliteit biedt. Bovendien voorkomt de bevoegdheid om de statuten te wijzigen dat de stichting ontbindbaar wordt omdat het doel niet meer kan worden bereikt (artikel 2:301 lid 1 sub b BW). Wanneer een stichting geen vermogen meer heeft of het vermogen onvoldoende is om het stichtingsdoel te verwezenlijken en het bovendien niet waarschijnlijk is dat de stichting binnen afzienbare tijd wel voldoende vermogen heeft (artikel 2:301 lid 1 sub a BW) kan een stichting worden ontbonden door de rechter.<sup>97</sup> De bevoegdheid om het doel te wijzigen zou dit kunnen voorkomen.

### *Terughoudendheid in verband met doelgebondenheid van het vermogen*

Quist merkt – naar mijn mening eveneens terecht – op dat het bestuur bij besluiten tot doelwijziging terughoudendheid dient te betrachten indien de stichting vermogen heeft dat met een bepaald doel bijeen is gebracht.<sup>98</sup> Een doelwijziging betekent, in het geval dat de stichting vermogen heeft, dat de bestemming van het doelvermogen gewijzigd wordt. Anders dan bij omzetting is de wettelijke regeling omtrent beklemd vermogen (artikel 2:18 lid 6 BW, waarover hierna in par. 4.5.3 meer) bij een statutenwijziging niet van toepassing. Indien een stichting begunstigden van het stichtingsvermogen heeft, heeft doelwijziging bovendien mogelijk (ingrijpende) consequenties voor die begunstigden, die op een dergelijke wijziging vaak geen invloed hebben. Degenen die hebben bijgedragen aan het vermogen van de stichting, zoals bijvoorbeeld donateurs, vertrouwden er op dat het gevormde vermogen zou worden aangewend ter bereiking van het voorgehouden stichtingsdoel. Bovendien zijn donateurs en begunstigden vaak niet bij de organisatie van de stichting betrokken; zij zijn relatieve buitenstaanders.

### *Betrokken belangen*

Bij een besluit tot doelwijziging dient het bestuur de bij de stichting betrokken belangen in acht te nemen. De vraag of een besluit tot wijziging geoorloofd is, hangt dus samen met de bij de stichting betrokken belangen (zie hierover ook paragraaf 6.2). In lijn met Quist meen ik dat in het bijzonder rekening gehouden dient te worden met de belangen van degenen die hebben bijgedragen aan de totstandkoming van het stichtingsvermogen, maar ook met de belangen van degenen die op grond van het stichtingsdoel bepaalde verwachtingen hebben, zoals de begunstigden.

---

97. In dat geval kan de rechtbank echter ook de statuten wijzigen teneinde ontbinding te voorkomen (artikel 2:294 lid 3 BW).

98. Quist 2008.

## HOOFDSTUK 4

Als het wijzigingsbevoegde orgaan zelf het vermogen heeft bijeengebracht, lijkt een wijziging minder snel ongeoorloofd dan wanneer het vermogen is gevormd door bijdragen van derden, zeker als deze derden niet met de wijziging (kunnen) instemmen. Een ingrijpende wijziging van het doel van een fondsenwervende instelling zou bijvoorbeeld onredelijk kunnen zijn, aangezien donateurs destijds een donatie hebben gedaan voor een specifiek doel. Andere bij de stichting betrokken belangen kunnen zijn de belangen van degenen ten opzichte van wie de stichting contractuele verplichtingen is aangegaan. Indien aan de stichting een onderneming is verbonden, kunnen ook de belangen van bijvoorbeeld werknemers betrokken zijn (zie ook paragraaf 6.2 en 6.5 hierna).

### *Aard van de wijzigingen*

Voor de vraag of een wijziging geoorloofd is, is van belang hoe ver het nieuwe doel verwijderd is van het oorspronkelijke doel en de oorspronkelijke activiteiten van de stichting.<sup>99</sup> Bovendien dient gekeken te worden naar de aard van de wijzigingen. Ik meen dat in dit verband relevant is om een onderscheid te maken tussen de voornaamste, primaire statutaire doelstellingen en de meer “ondersteunende” doelstellingen. Bijvoorbeeld: een stichting die ten doel heeft een bepaalde ziekte te bestrijden, kan als “ondersteunende doelstelling” hebben: het organiseren van lezingen en wetenschappelijke congressen. Wijziging van dergelijke ondersteunende doelstellingen zal minder snel ongeoorloofd zijn, zeker als de nieuwe ondersteunende doelstellingen de hoofddoelstelling beter dragen.

### *Vernietigingsgronden*

De vrijheid van het bestuur en de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, wordt dus in zoverre beperkt dat niet iedere wijziging geoorloofd is jegens degenen die bij de stichting zijn betrokken (de belanghebbenden). Een besluit tot doelwijziging kan onder omstandigheden door een dergelijke belanghebbende worden aangetast. Een besluit tot doelwijziging kan – ook als wijziging op grond van de statuten is toegestaan – in bepaalde gevallen jegens belanghebbenden in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn. Deze belanghebbenden kunnen met een beroep op van artikel 2:15 lid sub b BW het besluit tot doelwijziging trachten te vernietigen. Of een dergelijk beroep slaagt hangt als gezegd mede af van de vraag hoe ver het nieuwe doel verwijderd is van het oorspronkelijke doel.

Voor een beroep op de vernietigingsgrond van artikel 2:15 BW geldt een korte termijn van een jaar, die ingaat na het einde van de dag waarop, hetzij aan het besluit voldoende bekendheid is gegeven, hetzij de belanghebbende van het besluit kennis heeft genomen of daarvan is verwittigd (artikel 2:15 lid 5 BW).

---

99. Zie Asser/Rensen 2-III\* 2012/361 en Snijder-Kuipers 2010, p. 122.

Een belanghebbende, die de notulen van de vergadering waarin is besloten tot statutenwijziging of de akte van statutenwijziging niet heeft gelezen, zal al snel aanlopen tegen deze vervaltermijn.<sup>100</sup>

*Vastleggen van overwegingen*

Indien het bestuur en/of de raad van toezicht veel vrijheid tot wijziging van het doel hebben gekregen, maar er verschillende belanghebbenden zijn betrokken, kan het dus verstandig zijn om zo veel mogelijk aan te sluiten bij (de strekking van) het oorspronkelijke doel. Indien het bestuur en/of de raad van toezicht een wijziging van het doel gewent achten, bijvoorbeeld omdat het huidige doel sterk verouderd is of andere omstandigheden wijziging noodzakelijk maken, zouden zij er voor kunnen kiezen om hun motivering, dat wil zeggen: de overwegingen die hebben geleid tot het vaststellen van een nieuw afwijkend doel, schriftelijk vast te leggen. Gedacht kan worden aan het vastleggen van deze overwegingen in de statuten zelf (de statuten zijn middels het handelsregister immers voor derden inzichtelijk) of in de overwegingen van de akte voorafgaand aan de tekst van de nieuwe statuten.

*4.4.5 Wijzigingsbevoegdheid en goedkeuringsbevoegdheid*

*Overheidsgoedkeuring*

Wijziging van de stichtingsstatuten is, evenmin als oprichting van de stichting, op grond van het stichtingenrecht onderworpen aan toezicht door de overheid. Op grond van sectorwet- of regelgeving kan wel goedkeuring van een statutenwijziging door een voor de sector verantwoordelijk minister of departement zijn voorgeschreven. In verband met subsidieverlening kan de overheid zich (bijvoorbeeld op gemeentelijk niveau) een goedkeuringsrecht voorbehouden, bijvoorbeeld bij een stedelijk museum. De overheid bedingt dan dat voor wijziging van alle bepalingen of sommige bepalingen, waaronder wijziging van het doel, voorafgaande goedkeuring van de overheid (sinstantie) vereist is. Hiermee kan de overheid voorkomen dat de door haar verstrekte gelden zonder goedkeuring aan een ander doel worden besteed dan het oorspronkelijke doel.

---

100. Door de statuten in te schrijven bij het handelsregister maakt een stichting een statutenwijziging in beginsel voldoende bekend en begint de termijn te lopen, tenzij de belanghebbende eerder van het besluit kennis heeft kunnen nemen. Zie Rechtbank Alkmaar/Hof Amsterdam 31 oktober 2012, RO 2014/52. De Rechtbank Utrecht oordeelde in 1974 dat een bestuursbesluit tot statutenwijziging, hoewel formeel op de juiste wijze tot stand gekomen, aanvechtbaar was wegens strijd met de goede trouw (Rechtbank Utrecht 11 oktober 1974, NJ 1975, 262).

## HOOFDSTUK 4

### *Betrokkenheid van de raad van toezicht bij doelwijziging*

Indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, kan in de statuten voorgeschreven worden dat de raad besluiten tot doelwijziging moet goedkeuren. Ik meen dat een dergelijke goedkeuring van (of instemming met) besluiten tot doelwijziging een standaardbepaling zou moeten zijn in de statuten van *iedere* stichting die een raad van toezicht heeft ingesteld. De raad van toezicht dient mijns inziens bij dergelijke belangrijke besluiten betrokken te worden, onverminderd de betrokkenheid van anderen, zoals overheidsinstanties. Het betreft immers een besluit dat het karakter en het wezen van de stichting raakt: het eventueel aanwezige vermogen is doelgebonden en krijgt door doelwijziging een andere bestemming. Daarmee heeft het besluit mogelijk ingrijpende gevolgen voor de bij de stichting betrokken belanghebbenden.

In plaats van “slechts” goedkeuring door de raad van toezicht voor te schrijven, kunnen de statuten ook de (gehele) bevoegdheid tot doelwijziging toekennen aan de raad van toezicht. De raad van toezicht heeft in dat geval een zelfstandige bevoegdheid om, in plaats van het bestuur, te besluiten tot statutenwijziging. Hierbij rijst echter de vraag of een dergelijke bevoegdheid past bij de toezichthoudende taak en de positie van de raad van toezicht. Voor toekenning van deze bevoegdheid pleit dat de raad van toezicht meer afstand heeft van (de dagelijkse gang van zaken binnen) de stichting. Een onafhankelijke raad van toezicht weegt alle in aanmerking komende belangen af en is wellicht beter dan het bestuur in staat om te beoordelen of een nieuw doel nodig, passend en gerechtvaardigd is. Hiertegen pleit dat het een zware bevoegdheid is, die wellicht verder gaat dan toezicht houden.

Indien de raad van toezicht een dergelijke (zelfstandige) wijzigingsbevoegdheid heeft, dient hij hiervan terughoudend, met inachtneming van het voorstaande, gebruik te maken. Hij kan daarbij de voor de rechter geldende normen als richtsnoer nemen, dat wil zeggen: hij wijst zo mogelijk een doel aan dat aan het bestaande verwant is en houdt, zo mogelijk, rekening met de wil van de oprichter getransponeerd naar de huidige omstandigheden.

Als de overheid een goedkeuringsrecht heeft bedongen en er ook een raad van toezicht is die goedkeuringsbevoegdheid heeft, kan de vraag gesteld worden wat de verhouding tussen beide goedkeuringsbevoegdheden is. Een overheidsinstantie zal vooral kijken naar de besteding van de door haar ter beschikking gestelde gelden; is deze besteding onder het nieuwe doel nog steeds conform de oorspronkelijke subsidievoorwaarden en dient dit het publieke belang? De raad van toezicht zal op grond van zijn taak een bredere groep van belanghebbenden betrekken, aangezien leden van de raad van toezicht zich dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie, zoals de belangen van de oprichter maar bijvoorbeeld ook van crediteuren en werknemers.

*Wettelijke betrokkenheid van de raad van toezicht bij doelwijziging*

Indien een stichting (verplicht of vrijwillig) een raad van toezicht heeft ingesteld, moet de raad van toezicht naar mijn mening uit hoofde van zijn toezichthoudende taak toezien op de wijze waarop het bestuur gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om het doel te wijzigen, waarbij alle betrokken belangen in aanmerking worden genomen. De wetgever zou de betrokkenheid van de raad van toezicht bij doelwijziging, welke betrokkenheid een essentieel onderdeel vormt van de taak van raad van toezicht en in het belang is van de stichting en de daarbij betrokkenen, mijns inziens moeten formaliseren. De wet zou daartoe dienen te bepalen dat de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, goedkeuring moet verlenen aan besluiten tot wijziging van het statutaire doel. Deze goedkeuring sluit niet uit dat de statuten ook goedkeuring van anderen, zoals een (belanghebbenden)orgaan, een overheidsinstantie of een andere derde, voorschrijven.

4.4.6 *Samenvatting en conclusies*

De oprichter van een stichting die statutenwijziging, waaronder doelwijziging, door een stichtingsorgaan mogelijk wil maken, moet deze mogelijkheid uitdrukkelijk in de statuten opnemen. De wetgever heeft dit bewust in de wet zo geregeld. Met dit voorschrift onderscheiden stichtingen zich van andere rechtspersonen, waarvan de leden of aandeelhouders uiteindelijk met unanimitéit altijd het doel kunnen wijzigen, zelfs als wijziging van het doel statutair uitgesloten is.

Een oprichter die er voor kiest om doelwijziging mogelijk te maken biedt meer flexibiliteit: het doel kan worden aangepast indien toekomstige omstandigheden of ontwikkelingen dit nodig maken zonder dat de rechter betrokken hoeft te worden.

Uit de literatuur blijkt dat veel stichtingsstatuten (bijvoorbeeld in algemene bewoordingen) statutenwijziging, waaronder doelwijziging, mogelijk maken. Het lijkt tegenwoordig eerder andersom te zijn: als doelwijziging *niet* wordt toegestaan wordt dit expliciet in de statuten bepaald. Niettemin blijft het naar mijn mening wenselijk om de wettelijke regeling die inhoudt dat wijziging slechts mogelijk is als de statuten dit expliciet toestaan te handhaven. Van belang is dat de oprichter – met behulp van de notaris die de statuten opstelt – stilstaat bij en nadenkt over de vraag of hij doelwijziging wil toestaan. Het vermogen van de stichting is immers gebonden aan het doel van de stichting, zodat doelwijziging er toe kan leiden dat het vermogen een andere bestemming krijgt.

#### HOOFDSTUK 4

Overwogen kan worden om in de statuten te bepalen dat het stichtingsbestuur het doel slechts kan wijzigen na goedkeuring van een ander orgaan, een (overheids)instantie of een derde. Indien de stichting een raad van toezicht instelt, zou deze naar mijn mening altijd een rol moeten hebben bij doelwijziging. Het betreft immers een besluit dat het karakter en het wezen van de stichting raakt: het eventueel aanwezige vermogen is doelgebonden en krijgt door doelwijziging een andere bestemming. Daarmee heeft het besluit mogelijk ingrijpende gevolgen voor de bij de stichtingen betrokken belanghebbenden. De raad van toezicht (die verplicht of vrijwillig is ingesteld) dient naar mijn mening uit hoofde van zijn taak toe te zien op de wijze waarop het bestuur gebruikmaakt van zijn bevoegdheid om het stichtingsdoel te wijzigen. De wetgever zou deze betrokkenheid van de raad van toezicht naar mijn mening dienen te formaliseren en de raad van toezicht op dit gebied “tanden dienen te geven” door te bepalen dat de raad van toezicht goedkeuring moet verlenen aan besluiten van het bestuur tot doelwijziging. Dit laat overigens onverlet dat in de statuten ook goedkeuring van een ander (zoals een overheidsinstantie) kan worden voorgeschreven.

Indien het bestuur en/of de raad van toezicht van de oprichter in de statuten vrijheid hebben gekregen ten aanzien van vaststelling van een nieuw doel, dienen niettemin de belangen van de bij stichting betrokken belanghebbenden (begunstigden, donateurs) in acht genomen te worden. De afweging van de betrokken belangen kan er onder omstandigheden toe leiden dat het bestuur en de raad van toezicht een vergaande doelwijziging ongeoorloofd (moeten) achten.

De vraag of een wijziging geoorloofd is, hangt af van de aard van de wijziging in verband met het oorspronkelijke doel van de stichting (staan deze ver van elkaar af?), de wijze waarop het stichtingsvermogen tot stand is gekomen (is het vermogen gevormd met bijdragen van “derden”?) en de vraag of de stichting verplichtingen is aangegaan dan wel er ten opzichte van de stichting verwachtingen bestaan. Het kan relevant zijn om een onderscheid te maken tussen de voornaamste, primaire statutaire doelstellingen en de meer “ondersteunende” doelstellingen. Het bestuur en de raad van toezicht kunnen in sommige gevallen de voor de rechter geldende normen als richtsnoer gebruiken, dat wil zeggen: het nieuwe doel dient verwant te zijn aan (de strekking van) het oorspronkelijke doel en rekening dient gehouden te worden met de wil van de oprichter getransponeerd naar de huidige omstandigheden.



Indien doelwijziging in de statuten niet mogelijk is gemaakt, kan de rechter verzocht worden om het doel aan te passen indien ongewijzigde handhaving zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild. De mogelijkheid om doelwijziging bij de rechter te verzoeken wordt, mijns inziens ten onrechte, niet geboden aan de raad van toezicht. Indien de rechter overgaat tot doelwijziging, zou dit – bijvoorbeeld via de website van de stichting of een advertentie – bekend gemaakt moeten worden zodat belanghebbenden van de stichting op de hoogte zijn en binnen de door de wet gestelde termijn bezwaar kunnen aantekenen tegen de rechterlijke doelwijziging.

## 4.5 Doelgebonden vermogen

### 4.5.1 Inleiding

Indien de stichting vermogen heeft, is dit vermogen gebonden aan het stichtingsdoel (artikel 2:285 lid 1 BW).<sup>101</sup> Dat wil zeggen: het stichtingsvermogen mag slechts worden besteed in overeenstemming met het stichtingsdoel. Bovendien bepaalt de wet dat het stichtingsdoel niet mag inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen (artikel 2:285 lid 3 BW). Aangezien het vermogen doelgebonden is, kan een wijziging van het statutaire doel, zoals hiervoor opgemerkt, maar kunnen ook andere rechtshandelingen er toe leiden dat de bestemming van het vermogen verandert. Hierna zal worden bezien op welke wijze en met welke bevoegdheden de raad van toezicht zo goed mogelijk kan bewaken dat het vermogen aan het beoogde doel gebonden is en blijft.

Doelgebondenheid van het vermogen is een belangrijk kenmerk van de stichting. De prominente plaats die het doelgebonden vermogen van de stichting in de regeling van de stichting in neemt hangt samen met de wijze waarop het vermogen van de stichting wordt bijeengebracht.<sup>102</sup> Bij corporatieve rechtspersonen wordt vermogen bijeengebracht door de leden (ledencontributies) of aandeelhouders (aandelenstortingen), terwijl die leden of aandeelhouders tevens institutioneel betrokken zijn. Zij zijn verenigd in een orgaan: de algemene vergadering. Stichtingsvermogen is afkomstig van oprichters, maar mogelijk ook van derden (donaties of subsidies), die vermogen ter beschikking stellen ter bereiking van het doel van de stichting, maar zelf niet noodzakelijkerwijs deel

---

101. Volgens artikel 2:285 lid 1 BW beoogt een stichting immers een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken met behulp van *een daartoe bestemd vermogen*.

102. Boschma & Snijder-Kuipers 2011, p. 46.

## HOOFDSTUK 4

uitmaken van een stichtingsorgaan. Aangezien degenen die het stichtingsvermogen bijeenbrengen niet noodzakelijkerwijs institutioneel betrokken zijn, is het des te meer van belang dat de koppeling tussen het vermogen en het stichtingsdoel beschermd en bewaakt wordt. Het stichtingsrecht kent hiertoe slechts een beperkt aantal regels.

Een aantal rechtshandelingen, zoals omzetting van de stichting in een andere rechtsvorm (rechtsvormwijziging) maar ook juridische fusie met een stichting die een ander doel heeft, kunnen direct of op termijn leiden tot wijziging van de bestemming van het stichtingsvermogen. Indien het bestuur van de stichting besluit tot een dergelijke rechtshandeling is sprake van een besluit met (mogelijk) belangrijke gevolgen voor het stichtingsvermogen. In deze paragraaf wordt onderzocht welke wettelijke waarborgen gelden voor dergelijke rechtshandelingen en welke rol de raad van toezicht in dat verband heeft.

### 4.5.2 *Bescherming van het doelgebonden vermogen bij rechtsvormwijziging; WS 1956 en Invoeringswet NBW*

Naast het uitkeringsverbod kende de WS 1956 aanvankelijk slechts weinig regels ter bescherming van het doelgebonden vermogen. De WS 1956 bevatte een regel die moest voorkomen dat na omzetting van een stichting in een ander soort rechtspersoon vermogensbestanddelen van die rechtspersoon (de voormalige stichting) bij ontbinding, vereffening en bestemming van het batig saldo alsnog konden worden uitgekeerd.

#### *WS 1956*

De figuur van omzetting van een stichting in een NV, een vereniging of een coöperatie (ook wel rechtsvormwijziging genoemd) die de WS 1956 bood, was aanvankelijk bedoeld als alternatief om ontbinding van de stichting te voorkomen. Omzetting kon slechts plaatsvinden als een stichting niet meer aan haar eigen materiële kenmerken voldeed, maar wel aan de kenmerken van een andere rechtsvorm.<sup>103</sup> Omzetting was in feite een andere rechtsfiguur met andere rechtsgevolgen dan de huidige door artikel 2:18 BW geboden mogelijkheid van omzetting. Omzetting onder de WS 1956 betekende dat een nieuwe rechtspersoon werd opgericht waarop de vermogensbestanddelen van de stichting overgingen; de stichting hield daarbij op te bestaan.<sup>104</sup>

De WS 1956 bepaalde dat gedurende tien jaar na rechtsvormwijziging een besluit tot ontbinding van de rechtspersoon (de voormalige stichting) slechts geldig genomen kon worden wanneer de bestemming van het batig saldo van de vereffening door de Minister van Justitie was goedgekeurd (artikel 19 lid 7

---

103. Zie ook Snijder-Kuipers 2010, p. 116.

104. Snijder-Kuipers 2010, p. 87-89.

WS 1956). Volgens de MvT bij de WS 1956 was deze maatregel nodig om te voorkomen dat omzetting van een als stichting opgerichte rechtspersoon in een andere rechtspersoon zou worden misbruikt om het vermogen van een stichting toe te eigenen.<sup>105</sup>

*Vaststellingswet Boek 2 BW*

In de Vaststellingswet Boek 2 BW<sup>106</sup> stond de bepaling over “omzetting” aanvankelijk in artikel 2.1.10f BW. Artikel 2.1.10f werd vervolgens vernummerd en de omzettingsregeling kwam in Titel 1 van Boek 2 BW terecht (artikelen 2:19 en 2:20 BW). Deze regeling hield in dat een bestuurder van een rechtspersoon, die meent dat de rechtspersoon kan worden ontbonden wegens het niet voldoen aan de wettelijke materiële kenmerken, de rechtbank kan verzoeken machtiging te verlenen tot omzetting in een ander soort rechtspersoon. Voor die andere soort rechtspersoon gelden materiële kenmerken waaraan wel wordt voldaan. Ook op grond van deze wetsbepaling werd, indien de rechtbank machtiging verleende, een nieuwe rechtspersoon opgericht en ging het vermogen onder algemene titel over op de nieuw opgerichte rechtspersoon. De Ministeriële goedkeuring bij besluiten tot ontbinding van de omgezette rechtspersoon bleef eveneens gehandhaafd.

*Invoeringswet NBW*

Enkele jaren later werd voorgesteld de omzettingsregeling uit Titel 1 van Boek 2 BW te vervangen. De MvT bij de Invoeringswet NBW<sup>107</sup> vermeldt dat de Minister de tot dan toe geldende regeling gewrongen vond: een rechtspersoon die een andere rechtsvorm wenst aan te nemen kan eerst de statuten zo wijzigen dat deze niet meer passen bij de eigen rechtsvorm en vervolgens, wegens het daardoor ontstane gevaar van ontbinding, de rechtbank verzoeken machtiging te verlenen tot omzetting. De Invoeringswet NBW, die in 1992 in werking trad, wijzigde deze regeling en introduceerde de rechtsfiguur van “vrijwillige omzetting”, die tegenwoordig in artikel 2:18 BW staat.<sup>108</sup>

Tot de inwerkingtreding van de Invoeringswet NBW kon een stichting die in een andere rechtsvorm was omgezet – destijds doorgaans een NV – slechts ontbonden worden en kon haar vermogen slechts vereffend worden na goedkeuring van de Minister van Justitie. Er waren echter geen wettelijke bepalingen

105. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 12. Polak merkt hierover op dat er kennelijk vanuit werd gegaan dat een periode van meer dan tien jaar lang genoeg is om te mogen aannemen, dat de omzetting met erbare motieven is ondernomen (Polak 1956, p. 136).

106. Wet van 12 mei 1960 tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1960/205.

107. *Kamerstukken II* 1982-1983, 17 725, nr. 3, p. 63-65.

108. Wet van 15 november 1989 (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 Nieuw BW, zesde gedeelte, bevattende de aanpassing van de Boek 1 en 2 van het BW.), *Stb.* 1989, 541.

## HOOFDSTUK 4

die ten doel hadden het oorspronkelijke stichtingsvermogen tijdens het bestaan van de NV te beschermen (te “beklemmen”) teneinde uitkeringen uit dat vermogen aan aandeelhouders tegen te gaan.

Boschma en Snijder-Kuipers beschrijven hoe de gewijzigde bepaling die werd opgenomen in de Invoeringswet NBW het karakter van het toezicht op stichtingsvermogen veranderde.<sup>109</sup> Het gevolg van de nieuwe bepaling was dat het externe toezicht zowel in tijd als in omvang werd opgerekt. De tien-jaarsperiode voor de vereiste goedkeuring ingeval van ontbinding van de voormalige stichting kwam te vervallen. Het toezicht beperkte zich niet langer tot het overschot na vereffening, maar wel werd een doorlopende vermogensklem geïntroduceerd. Het toezicht werd aan de andere kant beperkter in de zin dat alleen “anders besteden” (dus: het doen van bestedingen die niet in overeenstemming zijn met het doel) aan toezicht werd onderworpen en niet de gehele besteding van het vermogen. Bovendien hield de Minister van Justitie niet langer toezicht op de bestemming van het vermogen, maar werd de rechter de instantie die toestemming moest verlenen aan een besteding die niet overeenkomstig het oorspronkelijke stichtingsdoel was.<sup>110</sup>

### 4.5.3 *Omzetting op grond van het huidige recht; vermogensklem*

Het huidige artikel 2:18 lid 4 BW bepaalt dat voor omzetting van of in een stichting rechterlijke machtiging vereist is. Bij omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm moet bovendien het vermogen beklemd worden op grond van artikel 2:18 lid 6 BW. Dit artikellid luidt als volgt:

Na omzetting van de stichting moet uit de statuten blijken dat het vermogen dat zij bij omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Hetzelfde geldt voor de statuten van een rechtspersoon voor zover dit vermogen en deze vruchten daarop krachtens fusie of splitsing zijn overgegaan.

Ingeval van omzetting in een BV of NV wordt volgens jurisprudentie aan deze wettelijke eis voldaan indien een statutaire reserve gevormd wordt, die bestemd is voor het doel waarvoor de stichting in het leven geroepen was.<sup>111</sup> De omvang van het beklemd vermogen (dat al dan niet wordt omgezet in een

---

109. Boschma & Snijder-Kuipers 2011, p. 51-52.

110. Snijder-Kuipers 2010, p. 116.

111. Rechtbank Arnhem 14 mei 1992, *NJ kort* 1992, 45 (Stichting Werkpool). Zie hierover Snijder-Kuipers 2010, p. 133.

statutaire reserve) moet worden vastgesteld op het moment van omzetting. In dat verband kan een balans opgesteld worden, waarnaar in de akte van omzetting en statutenwijziging wordt verwezen. Voorts kunnen de statuten uitdrukkelijk bepalen dat het aldus vastgestelde vermogen en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan overeenkomstig het doel zoals dat voor de omzetting luidde.

*Vermogen en vruchten daarvan*

Uit de wet is niet op te maken wat precies moet worden verstaan onder “vermogen” en “vruchten daarvan”.<sup>112</sup> P.-G. Vlas stelt in zijn conclusie bij het Optas-arrest<sup>113</sup> uit 2011 dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval de activa en passiva dan wel het saldo daarvan beklemd is. Hij noemt het voorbeeld van een stichting die ten doel heeft een bepaalde collectie waardevolle schilderijen te bewaren en ten toon te stellen. In dat geval ligt voor de hand dat de afzonderlijke vermogensbestanddelen (de schilderijen) het beklemd – dus te beschermen – vermogen vormen. In dat geval wordt een strikte leer gevolgd. In andere gevallen, zoals bij een pensioenfonds, kan worden uitgegaan van het saldo van het eigen vermogen bij omzetting, aldus Vlas, hetgeen ook wel de ruime leer wordt genoemd. De HR volgt Vlas hierin en overweegt dat de strikte leer in het geval van pensioenfonds Optas tot onpraktische gevolgen zou leiden, aangezien voor elke besteding rechterlijke machtiging vereist zou zijn. Het vermogen van de stichting zou in feite afgezonderd moeten worden teneinde na te kunnen gaan wat de vruchten van de beklemd vermogensbestanddelen zijn.

Op grond van de tweede zin van artikel 2:18 lid 6 BW is beklemming eveneens voorgeschreven in het geval vermogen overgaat door een op de omzetting volgende juridische fusie of splitsing.<sup>114</sup> De regeling is niet van toepassing op

112. Snijder-Kuipers (Snijder-Kuipers 2010, p. 133-137, en Snijder-Kuipers 2008) maakt onderscheid in twee leren. De strikte leer gaat uit van het gehele vermogen van de stichting op het moment van omzetting, te weten alle afzonderlijke vermogensbestanddelen, zowel aan de activa- als de passivazijde van de balans. Vruchten van het vermogen zijn in deze leer de inkomsten uit de vermogensbestanddelen ook na de datum van omzetting, bijvoorbeeld rente op een bankrekening en dividenden op aandelen die de stichting hield. De flexibele leer gaat uit van de waarde van het vermogen op het moment van omzetting: het saldo van de activa en passiva. Op deze manier wordt het eigen vermogen van de stichting op de datum van omzetting gefixeerd. Vruchten van het vermogen zijn in de flexibele leer vruchten van het gefixeerde vermogen per de datum van omzetting (en niet daarna). P.-G. Vlas stelt in zijn conclusie bij het Optas-arrest (HR 21 januari 2011, RO 2011/25) dat uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak niet kan worden geconcludeerd of er voor de strikte of de flexibele leer moet worden gekozen.

113. HR 21 januari 2011, RO 2011/25 (Optas).

114. Deze zin is toegevoegd naar aanleiding van een opmerking van Kamerlid Wolffensperger over het lot van het vermogen van een stichting na omzetting in een andere rechtsvorm terwijl de omgezette rechtspersoon vervolgens bij een fusie verdwijnt. *Kamerstukken*, 1987-1988, 17 725, nr. 18.

#### HOOFDSTUK 4

juridische fusie of splitsing van de stichting zelf, maar slechts op de juridische fusie of splitsing van de omgezette rechtspersoon (de voormalige stichting).<sup>115</sup> De vraag kan gesteld worden of het doelgebonden vermogen van een stichting niet in andere gevallen dan omzetting in een andere rechtsvorm een zekere mate van bescherming behoeft.<sup>116</sup>

##### *Rol van de raad van toezicht?*

Vanwege het belang van het doelgebonden vermogen kan gezegd worden dat een van de taken van de raad van toezicht van een stichting of een voormalige stichting zou moeten zijn er op toe te zien dat het vermogen wordt aangewend conform het doel van de stichting. Ik meen dat de raad van toezicht bovendien voldoende mogelijkheden en bevoegdheden zou moeten hebben teneinde een rol te kunnen spelen bij de bescherming van het doelgebonden vermogen.

Indien er een raad van toezicht is ingesteld ligt het mijns inziens voor de hand dat deze – net als bij het besluit tot doelwijziging – bij het besluit tot omzetting van de stichting wordt betrokken, bijvoorbeeld door voorafgaande goedkeuring van het besluit tot omzetting voor te schrijven. De raad van toezicht dient na te gaan of het bestuur de gevolgen van de omzetting en de belangen van degenen die bij de stichting zijn betrokken voldoende heeft afgewogen en kan daarbij toetsen of het vermogen voldoende beschermd wordt.<sup>117</sup>

---

115. In de juridische literatuur is opgemerkt dat omzetting van een stichting in een BV, gevolgd door grensoverschrijdende omzetting van die BV in bijvoorbeeld een Duitse GmbH (of grensoverschrijdende fusie met een Duitse GmbH die het vermogen van de BV verkrijgt), er toe leidt dat het gebonden stichtingsvermogen de Nederlandse rechtssfeer verlaat omdat de Nederlandse vermogensklem niet over de grenzen heen werkt (Boschma & Schutte-Veenstra 2014). Grensoverschrijdende omzetting is vooralsnog niet wettelijk geregeld. In 2012 heeft de Commissie Vennootschapsrecht geadviseerd over een wetswijziging en daartoe een concept wetsvoorstel opgesteld. In dit wetsvoorstel wordt grensoverschrijdende omzetting van een NV of BV met een gebonden stichtingsvermogen vanwege het verdwijnen van de vermogensklem uitgesloten. Door Boschma (Boschma 2013) is een minder radicale regeling voorgesteld, inhoudende dat BV's en NV's met een "geoomerkt" stichtingsvermogen (het voormalige stichtingsvermogen dat nu beklemd is) zich in beginsel wel grensoverschrijdend kunnen omzetten, maar dat een veiligheidsklep wordt ingebouwd. Deze veiligheidsklep houdt in dat voor de grensoverschrijdende omzetting (net als bij binnenlandse omzetting op grond van artikel 2:18 lid 4 BW) een rechterlijke machtiging vereist is. De rechter kan dan per geval toetsen of er een dwingende reden van algemeen belang speelt die zich tegen de grensoverschrijdende omzetting verzet, aldus Boschma.

116. Zie ook Dorresteijn 2011, p. 109-120.

117. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 10 november 2011, *RO* 2012/9 (Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland) waarin de ondernemingsraad in een procedure op grond van artikel 26 WOR als belangrijk bezwaar tegen het voorgenomen besluit tot omzetting van de stichting in een BV aanvoerde dat het beklemd vermogen niet op de juiste wijze was berekend.

Voorafgaande goedkeuring zou statutair geregeld kunnen worden maar aangezien dit voor alle stichtingen relevant is, zou een dergelijke betrokkenheid van de raad van toezicht mijns inziens in de wet geregeld dienen te worden.

*4.5.4 Bescherming van het doelgebonden vermogen bij statutenwijziging, juridische fusie en splitsing van de stichting*

De achtergrond van de hiervoor omschreven beklemmingsregeling en rechterlijke machtiging bij omzetting is dus het beschermen van stichtingsvermogen dat door oprichters en/of door derden bijeen is gebracht. In de literatuur wordt mijns inziens terecht gesignaleerd dat de regels voor omzetting strenger zijn dan de regels voor bijvoorbeeld doelwijziging van de stichting of fusie van de stichting met een stichting die een ander doel heeft, terwijl ook deze rechtshandelingen er toe leiden of – op termijn – kunnen leiden dat de bestemming van het stichtingsvermogen wijzigt.<sup>118</sup>

*Wijziging van het statutaire doel*

Voor een wijziging van het statutaire doel van de stichting gelden geen beklemmingsregels, terwijl op die manier eveneens de bestemming van het vermogen kan wijzigen. Als argument kan worden aangevoerd dat, ook als het stichtingsdoel gewijzigd is, het vermogen in zekere zin beschermd wordt door het uitkeringsverbod dat, anders dan bij omzetting in een andere rechtsvorm, voor de stichting blijft gelden. Als gevolg van een doelwijziging is het echter, ook als het wettelijke uitkeringsverbod in relatie tot het nieuwe doel in acht wordt genomen, wel degelijk mogelijk dat het vermogen anders wordt besteed dan voorheen en dat het vermogen toekomt aan anderen dan degenen die onder het oorspronkelijke doel begunstigden waren (zie ook paragraaf 4.4.5 hiervoor).

Hiervoor in paragraaf 4.4.3 werd omschreven dat rechterlijke tussenkomst bij doelwijziging slechts vereist is als de statuten wijziging van het doel niet mogelijk maken. De oprichters kunnen er voor kiezen om wijziging van het doel en daarmee het doelgebonden vermogen statutair wel mogelijk te maken. Hiervoor merkte ik op dat, als een stichtingsorgaan het doel volgens de statuten mag wijzigen, deze mogelijkheid onverlet laat dat dit wijzigingsbevoegde orgaan bij het besluit tot doelwijziging rekening moet houden met de bij de stichting betrokken belangen, zoals de belangen van derden die hebben bijgedragen aan het stichtingsvermogen, zoals bijvoorbeeld donateurs.

---

118. Versteegh 2004, Quist 2008 en Schmieman 2008.

## HOOFDSTUK 4

### *Juridische fusie*

Ook bij een juridische fusie is het mogelijk dat stichtingsvermogen onder algemene titel overgaat op een andere stichting die een ander doel heeft. Het vermogen van de verdwijnende stichting kan na de fusie worden aangewend voor het doel van de verkrijgende stichting waarmee het een andere bestemming krijgt.<sup>119</sup> Het doelgebonden vermogen wordt bij fusie beschermd door artikel 2:317 lid 5 BW: evenals bij statutenwijziging is goedkeuring van de rechtbank vereist indien niet alle bepalingen in de statuten, waaronder het doel, gewijzigd kunnen worden. De rechtbank wijst het verzoek tot goedkeuring af indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de fusie strijdig is met het belang van de stichting. Indien de statuten verbieden het doel te wijzigen, moet de rechter zich uitlaten over de vraag of de fusie strijdig is met het belang van de stichting. Door sommige auteurs wordt, mijns inziens terecht, aangenomen dat de rechter bij de beoordeling of een fusie strijdig is met het belang van de stichting de norm van artikel 2:294 leden 1 en 2 BW moet toepassen. Dat wil zeggen: goedkeuring kan slechts worden verleend indien wijziging van het doel noodzakelijk is en de rechter wijst daarbij een doel aan dat aan het bestaande doel verwant is.<sup>120</sup>

### *Juridische splitsing*

Voor juridische splitsing geldt een vergelijkbare bepaling (artikel 2:334m lid 5 BW) op grond waarvan goedkeuring van de rechtbank vereist indien niet alle bepalingen (waaronder het doel) in de statuten gewijzigd kunnen worden. Ook in dit geval wijst de rechtbank het verzoek tot goedkeuring af indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de splitsing strijdig is met het belang van de stichting. Ook bij splitsing is derhalve van belang of de statuten doelwijziging toestaan.

### *Belanghebbenden*

Uit de rechtspraak volgt dat het begrip belanghebbende in de zin van artikel 2:317 lid 5 BW niet ruim wordt opgevat.<sup>121</sup> Een persoon die behoort tot de kring van de bij de stichting betrokkenen, zoals een oprichter of iemand die ten tijde van de totstandkoming van het fusiebesluit deel uitmaakt van een van

---

119. Zie ook Boschma & Snijder-Kuipers 2011, p. 57.

120. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 13.8, p. 361. Van der Ploeg (Van der Ploeg 2011, p. 92), gaat nog een stapje verder en meent dat de rechter de fusie of splitsing slechts kan goedkeuren wanneer het afzonderlijk bestaan van de stichting leidt tot rechtsgevolgen die door de oprichter redelijkerwijs niet gewild kunnen zijn. Het bestuur van de stichting zou bij het verzoek aan de rechter om de fusie goed te keuren mijns inziens moeten aangeven waarom ongewijzigde handhaving van de statuten niet mogelijk is. Strijd met het belang van de verdwijnende stichting in de zin van artikel 2:317 lid 5 BW is mogelijk aan de orde indien het doel van de verkrijgende stichting dusdanig anders is dat het vermogen van de verdwijnende stichting (of de vruchten daarvan) anders (kunnen) worden besteed dan voordien.

121. HR 25 oktober 1991, NJ 1992/149 met noot Maeijer (Leonhard Woltjer Stichting).



de organen van de stichting, moet in beginsel als belanghebbende worden aangemerkt. Een niet tot deze kring behorende persoon kan slechts dan als belanghebbende in genoemde zin hoger beroep tegen een beschikking van de rechtbank tot goedkeuring van de fusie instellen (artikel 429n lid 2 Rv) wanneer de goedkeuring van het besluit tot fusie of splitsing zou leiden tot een *specifiek en concreet nadeel* voor hem in zijn betrekkingen tot de stichting.

Evenmin als bij statutenwijziging door de rechter, is bij fusie en splitsing waarbij de rechter is betrokken (omdat niet alle bepalingen uit de statuten gewijzigd kunnen worden) voorgeschreven dat belanghebbenden op de hoogte worden gesteld.<sup>122</sup> Het fusievoorstel (of splitsingsvoorstel) wordt weliswaar openbaar gemaakt, maar slechts bepaalde belanghebbenden kunnen daartegen verzet aantekenen in de zin van artikel 2:316 lid 2 BW en 2:334l BW, te weten schuldeisers, en “wederpartijen bij een rechtsverhouding van een splitsende stichting”, waarbij de gronden voor bezwaar in de wet genoemd zijn. Voor het bestuur en de raad van toezicht is het van belang zich dit te realiseren en eventueel de overige betrokkenen (waaronder de begunstigden die geen contractuele aanspraak hebben) van het voornemen tot fusie of splitsing op de hoogte te stellen en hun belangen mee te laten wegen.

#### *Rol van de raad van toezicht*

Ik meen dat indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, de raad een formele rol zou moeten spelen in verband met de (voorgenomen) fusie of splitsing van de stichting. In paragraaf 5.4.4 wordt uitgebreider ingegaan op situaties waarin sprake zou moeten zijn van (intensievere) bemoeienis van de raad van toezicht met het bestuursbeleid. Een voorbeeld van een dergelijke situatie is een voorgenomen fusie van de stichting met een of meer andere stichtingen.<sup>123</sup> Bij een fusie of splitsing is betrokkenheid van de raad van toezicht temeer van belang omdat er belanghebbenden van de stichting kunnen zijn, die geen bezwaar kunnen maken of beroep kunnen instellen tegen de voorgenomen fusie of splitsing omdat zij geen oprichter zijn, niet deel uitmaken van de stichtingsorganen en geen concreet nadeel kunnen aantonen. Mijns inziens zou voorafgaande goedkeuring van de fusie of splitsing door de raad van toezicht voorgeschreven moeten worden. De raad dient in dit verband na te gaan welke consequenties de fusie of splitsing heeft voor het doelgebonden vermogen, welke belangen betrokken zijn en of de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen, met name de begunstigden, niet onevenredig worden geschaad.

122. Van der Ploeg 2011, p. 92.

123. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 en *RO* 2016/8 (Meavita), in het bijzonder r.o. 6.45.

*Goedkeuring van het fusie- of splitsingsvoorstel*

Het is mijns inziens opmerkelijk dat de wet aan de raad van toezicht van de stichting, indien deze is ingesteld, geen enkele wettelijke rol geeft in verband met het voorstel tot fusie of splitsing. Anders dan bij NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen met een raad van commissarissen schrijft de wet voor stichtingen met een raad van toezicht niet voor dat deze het voorstel tot fusie of splitsing moet goedkeuren.<sup>124</sup> De wet bepaalt zelfs expliciet in artikel 2:312 BW dat de goedkeuring door de raad van commissarissen *niet* geldt voor een fusie tussen stichtingen.

Als gevolg van de Wet tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de regeling van splitsing van rechtspersonen die in 1997 in werking trad, werd de vereiste goedkeuring wel uitgebreid naar coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De MvT vermeldt dat bij NV's en BV's goedkeuring is voorgeschreven omdat een fusie ingrijpende gevolgen kan hebben voor de fuserende vennootschappen. De MvT vervolgt:

“Bij de invoering van de fusieregeling voor andere rechtspersonen is deze regel niet ook op die rechtspersonen van toepassing verklaard, gezien het andersoortige karakter dat het toezicht in die rechtspersonen pleegt te hebben. Inmiddels is echter voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen een regeling voor raden van commissarissen ingesteld, die in belangrijke mate overeenstemt met de regeling voor nv's en bv's. Het ligt daarom in de rede dat ook ingeval een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij fuseert, het fusievoorstel de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft en door de commissarissen moet worden ondertekend.”<sup>125</sup>

De zinsnede dat toezicht bij andere rechtspersonen dan NV's en BV's een ander karakter heeft, is mijns inziens opmerkelijk. Bedoelt de Minister hiermee dat deze rechtspersonen – behalve de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij – niet noodzakelijkerwijs een onderneming hebben? In hoeverre is het karakter van het toezicht op stichtingen en verenigingen dan anders? In ieder geval heeft een fusie tussen stichtingen, zoals hiervoor omschreven, wel degelijk potentieel ingrijpende gevolgen voor belanghebbenden, zeker als het doelvermogen een andere bestemming krijgt. Doelwijziging zal vaak aan de orde zijn, omdat twee stichtingen die fuseren zelden precies hetzelfde doel zullen hebben.

---

124. De MvT bij de Wet tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de regeling van splitsing van rechtspersonen (*Kamerstukken II* 1995-1996, 24 702, nr. 3 p. 9) vermeldt dat als de splitsende rechtspersoon een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij of nv of bv is en deze een raad van commissarissen heeft, het splitsingsvoorstel door die raad moet worden goedgekeurd en mede ondertekend (artikel 334f lid 4; vgl. artikel 312 lid 4 nieuw; zie artikel II onder I).

125. *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 702, nr. 3, p. 25.

Ik pleit dan ook voor uitbreiding van de regeling van artikel 2:312 lid 4 BW tot alle rechtspersonen, inclusief stichtingen.

*Wettelijke vermogensklem uitbreiden?*

Hoewel Dorresteyn terecht opmerkt dat de wetgever met de regeling voor omzetting van een stichting slechts één van de gevallen regelt waarin anderen dan de oorspronkelijk belanghebbenden aanspraken (kunnen) krijgen op het doelvermogen de stichting, ben ik het niet eens met zijn suggestie dat de vermogensklem van artikel 2:18 lid 6 BW op grond van de wettelijke regeling ook zou moeten gelden bij *elke* juridische fusie en splitsing van een stichting.<sup>126</sup> Aan de oprichter, maar ook aan de rechter indien deze betrokken is, zou mijns inziens meer vrijheid gelaten moeten worden.

Voorwaarde is wel dat belanghebbenden behoorlijk op de hoogte zijn gesteld van het voornemen tot fusie of splitsing, zodat zij daartegen hun bezwaren kenbaar hebben kunnen maken en de raad van toezicht – indien deze is ingesteld – middels goedkeuringsbevoegdheid betrokken is.

Indien de oprichter het niet mogelijk heeft gemaakt om het statutaire doel te wijzigen vindt als gezegd rechterlijke toetsing bij juridische fusie of splitsing plaats. Het staat de rechter dan vrij om – afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals het niet aanwezig zijn van interne waarborgen of intern toezicht – goedkeuring te verlenen onder de voorwaarde dat een statutaire vermogensklem wordt opgenomen.

4.5.5 *Herstructurerings, doorzakken en inbrengen van vermogen in dochtervennootschappen of dochterstichtingen*

Ook “doorzakoperaties” en daarop volgende rechtshandelingen kunnen, evenals omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm, tot gevolg hebben dat het doelgebonden vermogen (of de vruchten daarvan) ten goede komen aan anderen dan de oorspronkelijk beoogde begunstigden. Illustratief in dit verband is de door Dorresteyn uitgebreid beschreven Optas-herstructurering.<sup>127</sup>

*Dochtervennootschap*

Met een “doorzakoperatie” wordt bedoeld de situatie waarin een stichting haar onderneming of een deel van haar vermogen (zoals bijvoorbeeld haar onroerend goed) overdraagt aan een door haar opgerichte rechtspersoon. Indien de opgerichte rechtspersoon een vennootschap (BV of NV) is en de stichting de aandelen in deze vennootschap verkrijgt tegen inbreng van haar onderneming of

---

126. Dorresteyn 2011, p. 117 en 120.

127. Dorresteyn 2011, p. 110, e.v.

## HOOFDSTUK 4

van bepaalde vermogensbestanddelen vindt, zoals Dorresteyn ook opmerkt, in feite een substitutie van vermogen plaats: in plaats van de onderneming of het oorspronkelijke vermogen behoren nu de aandelen in de dochtervennootschap tot het vermogen van de stichting.

Een stichting kan goede redenen hebben om een deel van haar onderneming of stichtingsvermogen in te brengen in een aparte dochtervennootschap, zoals bijvoorbeeld spreiding van risico's. Zolang de stichting enig aandeelhouder is, bestaat bovendien geen dreiging dat anderen dan de oorspronkelijk belanghebbenden een uitkering ontvangen ten koste van het doelgebonden vermogen. Bij dergelijke operaties zal het stichtingsbestuur steeds moeten nagaan of de operatie in het belang van de stichting en de daarbij betrokken belanghebbenden is.<sup>128</sup>

Volgt op het doorzakken van de onderneming verkoop van de aandelen, dan is opnieuw sprake van substitutie van stichtingsvermogen. Voor de aandelen komt een koopprijs in de plaats en daarmee wordt het stichtingsvermogen gefixeerd op het bedrag van de koopprijs. Ook bij de verkoop van aandelen dient het bestuur het belang van de stichting in acht te nemen: is het stichtingsbelang gediend met de verkoop en is de vergoeding voor de aandelen redelijk en in verhouding? Bovendien dient het bestuur na te gaan of de rechtshandeling, de verkoop van de aandelen en daarmee de onderneming of vermogensbestanddelen die voorheen tot het stichtingsvermogen behoorden, in overeenstemming is met het statutaire doel en eventuele andere statutaire bepalingen van de stichting. Ook hier kan gedacht worden aan de door Vlas genoemde voorbeelden: bij een museum, dat een deel van de kunstcollectie in een dochtervennootschap heeft ondergebracht, zal overdracht van aandelen in die dochtervennootschap al snel in strijd met het stichtingsdoel zijn.

### *Dochterstichting*

In plaats van aan een dochtervennootschap kan het stichtingsvermogen (of de onderneming van de stichting) ook overgedragen worden aan een andere stichting. Dorresteyn merkt terecht op dat een overdracht van stichtingsvermogen aan een andere stichting extra kritisch bezien moet worden aangezien, anders dan bij inbreng van het stichtingsvermogen in een vennootschap, door het ontbreken van een aandelenverhouding niet noodzakelijkerwijs zeggenschapsrechten en dus moeder-dochterverhoudingen ontstaan (wat betreft het

---

128. Dorresteyn merkt terecht op dat het bestuur steeds zorgvuldig dient te zijn op straffe van doeloverschrijding en/of aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur (Dorresteyn 2011, p. 115).

begrip dochterstichting verwijs ik naar paragraaf 6.4.4. hierna). Van belang kan zijn dat de stichting die vermogen overdraagt aan een andere stichting controle over de andere stichting behoudt, bijvoorbeeld door een personele unie of anderszins.

*Weg van de splitsing?*

Van der Ploeg<sup>129</sup> meent dat, indien men bepaalde activiteiten van de stichting wil voortzetten in een vennootschap of in een andere stichting, beter de weg van de splitsing kan worden bewandeld. Indien niet alle bepalingen uit de statuten van de afsplitsende stichting kunnen worden gewijzigd is immers voor de splitsing toestemming van de rechter voorgeschreven (zie hiervoor). Ik meen dat dit in sommige gevallen erg omslachtig kan zijn, maar dat het in bepaalde omstandigheden wellicht veiliger is om de procedure voor afsplitsing (met bijbehorende toestemming van de rechter) te volgen. De wet dwingt hier echter niet toe.

*Wettelijke vermogensklem?*

Hoewel doorzakoperaties en daarop volgende acties evenals omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm tot gevolg kunnen hebben dat doelgebonden vermogen (of de vruchten daarvan) ten goede komen aan anderen dan de oorspronkelijk beoogde begunstigen, meen ik dat ook hier geldt dat dit niet opgelost zou moeten worden door een wettelijke vermogensklem en het voorschrijven van een rechterlijke toetsing zoals bij omzetting.<sup>130</sup> Ten eerste zal het vaak lastig zijn om vast te stellen wanneer zeggenschap wordt overgedragen en op welk moment rechterlijke goedkeuring vereist is. Ik meen dat het aan het bestuur en de raad van toezicht – indien deze is ingesteld – overgelaten moet worden te beoordelen of substitutie van het stichtingsvermogen geoorloofd is in het licht van het stichtingsdoel en de belangen van de bij de stichting betrokken belanghebbenden.

Evenals bij statutenwijziging (indien de statuten daartoe de mogelijkheid bieden) zou gezegd kunnen worden dat de oprichter mogelijk bewust flexibiliteit en vrijheid heeft geboden. Dat veronderstelt wel dat betrokkenen bij het “optuigen” van de bevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht goed nadenken over verschillende scenario’s en het bewaken van belangen van begunstigen en andere financieel betrokkenen.

129. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 13.3.2, p. 347.

130. Dorresteyn 2011, p. 117. Begrijp ik het goed dan meent Dorresteyn dat sprake is van een lacune in de wet en dat de vermogensklem van artikel 2:18 lid 6 BW toegepast moet worden bij overdracht van zeggenschap over het stichtingsvermogen of een substantieel deel daarvan, tenzij toestemming van de rechter is verkregen om haar achterwege te laten.

## HOOFDSTUK 4

### *Rol van de raad van toezicht*

Ik meen dat als de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, deze een rol zou moeten hebben bij (besluiten tot) rechtshandelingen die er toe leiden of kunnen leiden dat het stichtingsvermogen gesubstitueerd wordt of een andere bestemming krijgt.

De raad van toezicht zou bevoegdheden dienen hebben teneinde (de consequenties van) een herstructurering of doorzakoperatie te kunnen toetsen en, zo nodig, blokkeren als dit niet in het belang van de stichting en de daarbij betrokkenen is. Zo dient de raad van toezicht bijvoorbeeld na te gaan of verkoop van aandelen in een dochtervennootschap van de stichting in overeenstemming met het stichtingsdoel is. Teneinde betrokkenheid van de raad van toezicht te bereiken zou in de stichtingsstatuten of in een reglement een “op maat gemaakt” lijstje opgenomen kunnen worden waarin algemeen of meer concreet besluiten genoemd worden die goedkeuring van de raad van toezicht behoeven, zoals het besluit tot het oprichten van een dochtervennootschap en het overdragen van substantiële vermogensbestanddelen of (een deel van) de onderneming aan deze dochtervennootschap.

Beargumenteed zou kunnen worden dat in de wet een algemene bepaling wordt opgenomen op grond waarvan de raad van toezicht betrokken wordt bij besluiten waarmee de bestemming of het karakter van het doelgebonden vermogen wijzigt. Dergelijke besluiten zijn van materiële betekenis voor de stichting, net als bijvoorbeeld besluiten tot reorganisatie. Voor NV's bevat de wet een algemene bepaling over besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de daarmee verbonden onderneming, die aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen (artikel 2:107a BW). Voor structuurvennootschappen bevat de wet een bepaling over belangrijke besluiten die aan de goedkeuring van de raad van commissarissen zijn onderworpen (artikel 2:164/274 BW). De bepaling bij stichtingen zou kunnen inhouden dat aan de goedkeuring van de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, zijn onderworpen bestuursbesluiten die leiden tot een materiële wijziging van de identiteit of het karakter van de stichting of haar vermogen.

Fusie, splitsing en ontbinding zijn echter in aparte titels geregeld en aan doelwijziging van de stichting is in de stichtingentitel een aparte wettelijke bepaling gewijd, zodat het naar mijn mening duidelijker is om bij de desbetreffende artikelen goedkeuring door de raad van toezicht te regelen. In “op maat gemaakte” statuten kunnen bepaalde andere besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de stichting en het stichtingsvermogen worden onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. In

de hierna volgende hoofdstukken zal worden ingegaan op betrokkenheid van de raad van toezicht bij andere bestuursbesluiten die van materiële betekenis zijn voor de stichting, zoals besluiten tot interne reorganisatie. Overigens geldt ook zonder dat goedkeuring van de raad van toezicht wettelijk of statutair is voorgeschreven dat van het bestuur in bepaalde omstandigheden en bij bepaalde soorten ingrijpende besluiten verwacht wordt dat het goedkeuring van de raad van toezicht vraagt. Als bestuur en raad van toezicht ten opzichte van elkaar goed functioneren, dan neemt het bestuur geen ingrijpende besluiten zonder die tevoren met de raad te hebben afgestemd (zie ook paragraaf 5.5.2).

#### 4.5.6 *Bescherming van het doelgebonden vermogen bij ontbinding en vereffening*

Stichtingsorganen kunnen besluiten tot ontbinding van de stichting. Daarnaast biedt de wet de mogelijkheid van ontbinding door de rechtbank. Ontbinding door de rechtbank is onder meer mogelijk indien het vermogen van de stichting onvoldoende is voor de verwezenlijking van het doel, indien het doel van de stichting is bereikt of indien het niet meer kan worden bereikt en doelwijziging niet in aanmerking komt (artikel 2:301 BW). Een verzoek tot ontbinding kan worden ingediend door een belanghebbende of door het openbaar ministerie.<sup>131</sup> De rechtbank kan ook ambtshalve de stichting ontbinden tegelijk met de afwijzing van een verzoek tot statutenwijziging (waaronder doelwijziging) (artikel 2:301 lid 2 BW).<sup>132</sup> Indien er vermogen aanwezig is, wijst de rechtbank vereffenaars aan.

De statuten bepalen welk orgaan kan besluiten tot (vrijwillige) ontbinding van de stichting. De statuten dienen bovendien volgens artikel 2:286 lid 4 sub e BW de bestemming van het batig saldo na vereffening van de stichting of de wijze waarop de bestemming zal worden vastgesteld, te bevatten. In de WS 1956 stond een dergelijke bepaling nog niet, maar in de praktijk werd in de statuten reeds toen een regeling opgenomen teneinde te voorkomen dat het batig saldo, bij gebreke aan gerechtigden, aan de Staat verviel. De regel dat het batig saldo

---

131. Zie voor voorbeelden van verzoeken tot ontbinding van een stichting door het Openbaar Ministerie op grond van artikel 2:301 lid 1 BW: Rensen 2017.

132. HR 12 mei 2000, *JOR* 2000/145 (Geestelijk Leider), met noot Blanco Fernández. De Hoge Raad overwoog echter dat niet was gebleken dat de oprichters de statutaire positie van de Geestelijk Leider niet zouden hebben gewild.

## HOOFDSTUK 4

vervalt aan de Staat indien niemand recht heeft op het overschot geldt nog steeds op grond van artikel 2:23b lid 1 BW, dat voor alle rechtspersonen geldt. De Staat is gehouden het overschot zo veel mogelijk overeenkomstig het doel van de stichting te besteden.<sup>133</sup>

### *Bestemming van het batig saldo*

De statuten kunnen direct aanwijzen wie gerechtigd zijn tot het liquidatiesaldo of indirect de bestemming regelen door een orgaan aan te wijzen dat mag bepalen hoe het batig saldo besteed wordt.<sup>134</sup> Het ligt voor de hand te bepalen dat het orgaan dat volgens de statuten tot ontbinding kan besluiten eveneens bevoegd is om het eindsaldo te bestemmen, maar noodzakelijk is dit niet.<sup>135</sup> Op grond van artikel 2:23b leden 2 tot en met 4 BW stellen de vereffenaars een rekening en verantwoording en een plan van verdeling op. Deze worden beschikbaar gesteld via de stichting zelf en via het handelsregister, welke ter inzage legging vervolgens wordt aangekondigd. Van der Ploeg merkt op dat belanghebbenden deze aankondiging vaak niet zien.<sup>136</sup>

Vaak bevatten de statuten een opdracht of aanwijzing aan de vereffenaars, bijvoorbeeld dat het saldo moet worden overgedragen aan een rechtspersoon met hetzelfde of een aanverwante doelstelling. Indien een dergelijke opdracht of aanwijzing niet in de statuten opgenomen is, zou het bestuur bij besluiten tot verdeling en uitdeling niettemin alle bij de stichting betrokken belangen dienen af te wegen, waaronder de belangen en de gerechtvaardigde verwachtingen van derden. Daarbij speelt het doel van de stichting die wordt ontbonden mijns inziens ook een belangrijke rol.

### *Rol van de raad van toezicht*

Als het stichtingsbestuur het enige orgaan is, zal het bestuur op grond van de statuten het orgaan zijn dat kan besluiten tot ontbinding. Indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, zou de raad van toezicht in de statuten als

---

133. Dit staat nu in de wet maar volgde reeds uit de parlementaire geschiedenis bij de WS 1956: *Handelingen II* 1955-1956, 9<sup>de</sup> vergadering 26 oktober 1955, p. 2117.

134. Nethe 2013, p. 210-211.

135. Uit de parlementaire geschiedenis bij de WS 1956 volgt dat als de statuten *niets* bepalen slechts de Staat en niet de vereffenaars kunnen beslissen over bestemming van het batig saldo; een dergelijke beleidsbeslissing behoort niet tot hun taak, aldus Minister Donker (*Kamerstukken II* 1954-1955, 3463, nr. 4, p. 10).

136. Zie ook Van der Ploeg 2011, p. 95. Van der Ploeg: “de kans dat een batig saldo bij ontbonden stichtingen in strijd met de statuten, eventueel in strijd met het uitkeringsverbod, wordt bestemd is niet klein. De overheid geeft op deze wijze weinig garantie dat de bedoelingen van de oprichters en schenkers, met name bij goede doelstichtingen, worden gerespecteerd.”



## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

bevoegd orgaan aangewezen kunnen worden. De bevoegdheid te besluiten tot ontbinding is echter een zware bevoegdheid en de vraag kan worden gesteld of de zelfstandige bevoegdheid om te kunnen besluiten tot ontbinding en, in aanvulling daarop, tot vereffening van het stichtingsvermogen en bestemming van het batig saldo, passen bij de toezichthoudende taak.

Indien er een raad van toezicht is ingesteld ligt het mijns inziens voor de hand om de bevoegdheid tot ontbinding aan het bestuur toe te bedelen, maar de raad middels een voorafgaande goedkeuringsbevoegdheid bij het ontbindingsbesluit en het plan van verdeling te betrekken. Aangezien betrokkenheid van de raad van toezicht bij dergelijke belangrijke besluiten voor alle stichtingen relevant is, zou de wet dienen te bepalen dat, indien er een raad van toezicht is ingesteld, deze het besluit tot ontbinding en vaststelling van het plan van verdeling moet goedkeuren. De raad van toezicht zal dan dienen te toetsen of het bestuur bij het besluit tot ontbinding en de verdeling van het batig saldo alle betrokken belangen zorgvuldig heeft afgewogen.

### *4.5.7 Samenvatting en conclusies*

Het belang van het doel en het doelgebonden vermogen van de stichting wordt onderstreept door de regeling van de vermogensklem bij omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm. Uit de rechtspraak blijkt dat niet altijd duidelijk is wat de vermogensklem inhoudt. Van de omstandigheden van het geval hangt af of alle activa en passiva beklemd zijn of dat alleen het vermogenssaldo beklemd is.

Voor zover het bestuur na omzetting van de stichting het vermogen anders wenst aan te wenden dan voordien was voorgeschreven, dient toestemming van de rechtbank gevraagd te worden. Aanvankelijk hield de Minister van Justitie zelf toezicht teneinde te voorkomen dat het vermogen van een voormalige stichting bij ontbinding anders dan conform het stichtingsdoel zou worden uitgekeerd. Sinds 1992 is het toezicht door de Minister vervallen, maar dient de rechter toestemming te verlenen indien het vermogen anders wordt besteed dan overeenkomstig het stichtingsdoel zoals dat luidt ten tijde van de omzetting.

Een belangrijke taak van de (verplichte of vrijwillige) raad van toezicht van iedere stichting is toe te zien dat het stichtingsvermogen wordt aangewend conform het doel van de stichting. Ik meen dat de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, voldoende bevoegdheden dient te hebben teneinde een rol te kunnen spelen bij de bescherming van het doelgebonden vermogen.

#### HOOFDSTUK 4

Het is opmerkelijk dat de wet niet voorschrijft dat de raad van toezicht van een stichting (en overigens ook een vereniging), zoals de raad van commissarissen van een NV, BV, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, wordt betrokken bij een juridische fusie of splitsing. De wet zou mijns inziens in artikel 2:312 lid 4 BW moeten voorschrijven dat de raad van toezicht van een stichting, indien deze is ingesteld, het voorstel tot fusie of splitsing moet meeondertekenen en het besluit tot fusie of splitsing moet goedkeuren. Een fusie tussen stichtingen kan immers evenals een fusie tussen andere rechtspersonen ingrijpende gevolgen hebben voor de stichting en degenen die bij de stichting zijn betrokken. Indien het doel van de verkrijgende stichting niet hetzelfde is als het doel van de verdwijnende stichting, heeft de fusie consequenties voor belanghebbenden bij de stichting, met name de begunstigen van het stichtingsvermogen.

Bovendien zou de raad van toezicht van een stichting, indien deze is ingesteld, mijns inziens een verplichte rol moeten hebben bij besluiten tot ontbinding en liquidatie. Dergelijke besluiten kunnen er eveneens toe leiden dat de bestemming van het stichtingsvermogen wijzigt. Aangezien betrokkenheid bij dergelijke besluiten – evenals bij doelwijziging – voor alle soorten stichtingen relevant is, zou de wet in een algemene bepaling hierin dienen te voorzien door voorafgaande goedkeuring door de raad van toezicht van het ontbindingsbesluit en het besluit tot bestemming van het liquidatieoverschot voor te schrijven. Zo lang de wet dat niet doet, ligt het voor de hand dit in de statuten te regelen.

Ook oprichting van een nieuwe rechtspersoon en inbreng van het stichtingsvermogen in deze rechtspersoon (bijvoorbeeld volstorting van aandelen middels inbreng van de onderneming van de stichting) gevolgd door verkoop van door de stichting gehouden aandelen, kunnen leiden tot wijziging van de bestemming van het doelvermogen.

In de wet zou ook een algemene bepaling opgenomen kunnen worden, die inhoudt dat aan de goedkeuring van de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, zijn onderworpen besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de stichting of haar vermogen. Fusie, splitsing en ontbinding zijn echter in aparte titels in Boek 2 BW geregeld en aan doelwijziging van de stichting is in de stichtingentitel een aparte wettelijke bepaling gewijd, zodat het naar mijn mening duidelijker is om bij de desbetreffende artikelen goedkeuring door de raad van toezicht te regelen.

In “op maat gemaakte” statuten en/of in sectorregels of governancecodes kunnen voor bepaalde soorten stichtingen besluiten die kunnen leiden tot een wijziging (van het karakter) van het stichtingsvermogen worden onderworpen aan goedkeuring door de raad van toezicht.

## 4.6 Uitkeringsverbod

### 4.6.1 *Inleiding*

De wet bepaalt dat het stichtingsdoel niet mag inhouden: het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een “ideële of sociale strekking” hebben (artikel 2:285 lid 3 BW). Deze negatieve omschrijving van het doel wordt ook wel het uitkeringsverbod genoemd. Voor de vereniging geldt een vergelijkbaar verbod tot het verdelen van winst onder de leden (artikel 2:26 lid 3 BW), welk verbod echter niet geldt voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (artikel 2:53a BW). De stichting onderscheidt zich met het uitkeringsverbod dus zowel van NV's en BV's als van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.

Het is een stichting niet verboden om commerciële activiteiten te verrichten en om winst te maken. De gegenereerde winst moet echter aangewend worden ten behoeve van het stichtingsdoel en mag niet uitgekeerd worden aan oprichters of aan degenen die deel uitmaken van de stichtingsorganen. Aan anderen dan oprichters en “orgaanbemencers” mogen slechts uitkeringen worden gedaan die in overeenstemming zijn met het stichtingsdoel.

Dit hoofdstuk gaat in op de achtergrond en reikwijdte van het uitkeringsverbod en op de rol van de raad van toezicht in verband met (het voorkomen van het overtreden van) het uitkeringsverbod.

### 4.6.2 *Uitkeringsverbod in de WS 1956*

Voor de inwerkingtreding van de WS 1956 kwamen stichtingen voor die ten doel hadden winst te behalen die ten goede kwam aan oprichters, bestuurders of anderen die “zeggenschap op de stichting uitoefenden”. Van der Grinten meende echter dat stichtingen die niets anders beogen dan inkomsten te verschaffen aan oprichters, bestuurders of anderen, die de stichting gebruiken ter behartiging van hun stoffelijke belangen, verwerpelijk zijn.<sup>137</sup> De wet kent andere rechtsvormen, zoals de NV, die geschikt zijn voor samenwerking ter verkrijging van inkomsten, aldus Van der Grinten. De stichting zou volgens hem immers misbruikt worden indien iedere ondernemer zijn onderneming in

---

137. Van der Grinten 1943, p. 264. Daaraan voegde hij toe: “In de systematiek van ons recht past het niet, de stichting toe te laten, waar de verschillende vennootschappen haar taak vinden. Een zeker materieel onderscheid tussen de verschillende vormen van rechtspersonen is ongetwijfeld aanbevelenswaardig. Wij merkten alleen op, dat de behoeften van het maatschappelijk verkeer niet opgeofferd moeten worden aan de systematiek en dat aan een rechtspersoon een zekere vrijheid mag worden gelaten op een gebied, dat niet voor andere rechtspersonen gereserveerd is.”

## HOOFDSTUK 4

een stichting kan inbrengen, waarmee hij persoonlijke aansprakelijkheid uitsluit maar wel de winsten uit die onderneming naar zichzelf kan laten vloeien.

### *Op winst gericht doel*

Het uitkeringsverbod stond aanvankelijk niet in artikel 1 van het ontwerp van de WS 1956. Artikel 1 het wetsontwerp luidde eerst: “Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een *niet op winst gericht doel* te verwezenlijken.”<sup>138</sup>

Tijdens de openbare behandeling van het wetsontwerp merkte Tweede Kamerlid Ten Hagen op dat de achtergrond van deze bepaling was om de stichting af te grenzen van de naamloze vennootschap (de BV bestond toen nog niet).<sup>139</sup> Het wezenskenmerk van de NV is volgens hem echter niet zozeer het op winst gerichte doel, maar het feit dat een NV door middel van te maken winst inkomen verschaft aan aandeelhouders en eventueel aan anderen, die deze naamloze vennootschapsvorm daarvoor gebruiken. In de definitie van de NV wordt het winstdoel ook niet gesteld. Winst maken is nooit een doel op zich zelf maar een middel voor een verder liggend doel, aldus Ten Hagen. Dit geldt ook voor stichtingen. Om die reden concludeerde hij dat niet het maken van winst uitgesloten moet worden, maar slechts het zichzelf verschaffen van inkomen uit de activiteiten van de stichting.

### *Duplicering van persoonlijkheid*

Een stichting mag dus wel winst maken die aan de “rechthebbenden” ten goede komt, maar daarbij moet duidelijk gemaakt worden wie de rechthebbenden wel en niet mogen zijn, aldus Ten Hagen. De rechthebbenden mogen niet de “machthebbers in de stichting zelf” zijn. Een stichting die beoogt de machthebbers zelf financieel voordeel te verschaffen creëert een “verdubbeling van de persoonlijkheid”, die juist voorkomen moet worden, aldus Ten Hagen. Hiermee herhaalde hij een opmerking die Bregstein eerder maakte: “De stichting mag niet dienen ter duplicering van de persoonlijkheid van de stichter of de beheerders der stichting.”<sup>140</sup> Om die reden werd een andere formulering van artikel 1 voorgesteld: “een rechtspersoon, welke niet tot doel heeft geldelijke, of daarmee gelijk te stellen, uitkeringen te doen aan machthebbers, of aan anderen, tenzij, wat deze laatsten betreft, een ideële doelstelling aanwezig is.”

Minister Donker beaamde dat een stichting winst moet kunnen maken om die winst te bestemmen voor de ideële doeleinden die de stichting nastreeft en dat een verduidelijking van artikel 1 nodig was.<sup>141</sup> Hij meende echter dat het begrip

138. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 2, p. 1. Zie wat betreft de parlementaire geschiedenis over het uitkeringsverbod ook Van Veen 2013.

139. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2090-2093.

140. Bregstein 1955.

141. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2113-2114.

“machthebbers” weer tot andere onduidelijkheden aanleiding kan geven aangezien dit begrip in de wetgeving niet voorkomt. Om die reden werd de tekst opgenomen die nu nog in de wettelijke omschrijving van de stichting staat: “Het doel van de stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen *aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen* noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatste betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.”<sup>142</sup>

Wat er precies onder het uitkeringsverbod valt is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen, aldus Minister Donker. Minister Donker gaf nog wel aan dat er in beginsel geen beletsel is voor het toekennen van een redelijk bestuurdersloon. Zo kon hij zich voorstellen dat het mogelijk is een bestuurder van een stichting “van grote omvang en met een groot belang een full-time vergoeding te geven”.

“Wanneer men echter een andere figuur heeft waarbij de inkomsten van de stichting geheel naar één bepaalde man gaan, ook al besteedt deze zijn gehele dag aan de stichting, zal men, naar ik geloof, moeten zeggen, dat het doel van de stichting inderdaad is gericht op het doen van uitkeringen aan die bestuurder.”<sup>143</sup>

Onder meer uit dit citaat kan worden afgeleid dat het uitkeringsverbod niet alleen moet worden gerelateerd aan het *statutaire* doel maar ook aan het feitelijke doel van de stichting, zoals dat blijkt uit de feitelijke werkzaamheden van die stichting.<sup>144</sup>

#### 4.6.3 *Uitkeringen aan twee groepen*

Wat betreft verboden uitkeringen kan een onderscheid gemaakt worden tussen twee groepen: (1) uitkeringen aan de oprichters en aan hen die deel uitmaken van de stichtingsorganen; en (2) uitkeringen aan derden.<sup>145</sup> Wat betreft de

142. *Kamerstukken II* 1955-1956, 3463, nr. 7.

143. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2132.

144. Aldus ook Schwarz 2011, p. 38. Ook Polak 1956, p. 73 en Asser/Rensen 2-III\* 2012/324 menen dat onder het doel in artikel 2:285 lid 3 BW ook moet worden verstaan het feitelijke of werkelijke doel. Uniken Venema (Uniken Venema 1988, p. 348) lijkt hier anders over te denken. Uniken Venema meent dat het uitkeringsverbod slechts betrekking heeft op uitkeringen, die – rechtstreeks – voortvloeien uit de statutaire doelomschrijving van de stichting. Er is dan immers sprake van uitkeringen, die door de stichting – zònder daartoe ten opzichte van de ontvangers krachtens enige overeenkomst verplicht te zijn – worden gedaan ten laste van het vermogen van de stichting. Mijns inziens kunnen ook onverplichte uitkeringen die niet rechtstreeks voortvloeien uit het statutaire doel maar wel uit het feitelijke doel oftewel de feitelijke werkzaamheden van de stichting onder het uitkeringsverbod vallen.

145. Onder meer Asser/Rensen 2-III\* 2012/323 maakt dit onderscheid.

## HOOFDSTUK 4

tweede groep zijn uitkeringen slechts toegestaan indien zij een “ideële of sociale strekking” hebben. Hiervoor in par. 4.3.2 werd opgemerkt dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat de begrippen “ideële of sociale strekking” niet te eng moeten worden geïnterpreteerd. Ook private doelstellingen, zoals het voorzien in het levensonderhoud van familieleden, vallen onder het begrip.

Algemeen wordt aangenomen dat de eerste groep (oprichters en “orgaanbemers”) wel een uitkering kan ontvangen in een andere hoedanigheid. Duynstee meent dat een oprichter gelijk moet worden gesteld met een derde als de uitkering wordt gedaan in het kader van een *algemene regeling* waarin wordt voorzien in uitkeringen waarvan de grootte in beginsel vast staat. De oprichter ontvangt dan immers een uitkering als iemand die deel uitmaakt van de groep waarop die algemene regeling betrekking heeft. Van een mogelijkheid dat de oprichter zich zelf speciaal bevoordeelt middels de stichting is dan geen sprake.<sup>146</sup>

Ook Dijk/Van der Ploeg is van mening dat, voor zover personen vallen onder de algemene regels die de stichting heeft gesteld om tot uitkering over te gaan, zij gelijkelijk worden behandeld met anderen die daarvoor in aanmerking kunnen komen:

“Zou bijvoorbeeld een stichting zich ten doel stellen om de kosten van psychotherapie voor oorlogsslachtoffers te vergoeden en een van de oprichters zou als oorlogsslachtoffer een zodanig therapie nodig hebben, dan zou de door de wet gegeven beperking niet op dit geval van toepassing moeten zijn. Als enige uitzondering hierop dient te worden gesteld de situatie dat oprichters en zij die deel uitmaken van de organen de enigen zijn die onder de doelcategorie vallen.”<sup>147</sup>

In het laatste geval zou immers weer gezegd kunnen worden dat sprake is van “duplicering” van de persoon van de oprichter of van degenen die deel uitmaken van de stichtingsorganen.

### 4.6.4 *Reikwijdte; orgaanbegrip in de zin van artikel 2:285 lid 3 BW*

Hoewel de uiteindelijke wettekst duidelijker is dan de oorspronkelijk voorgestelde wettekst, geeft Polak mijns inziens terecht aan dat het begrip orgaan in de wettekst evenmin als het begrip machthebber vastomlijnd is:

---

146. Duynstee 1978, p. 62.

147. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.2.2.a, p. 20.

“Met Van der Grinten (N.V. 1956, p. 182) ben ik van oordeel, dat in de zin van het onderhavige artikellid als organen moeten worden aangemerkt de personen of colleges, die statutair zelfstandige bevoegdheden in de stichting hebben, zodat behalve het bestuur ook een toezichhoudend college hieronder valt.”<sup>148</sup>

De wetgever geeft geen definitie van het begrip orgaan. Wel komt de term op een aantal plaatsen in Boek 2 BW voor, zoals in artikel 2:14 en 15 BW. Sommige auteurs merken op dat de term niet altijd in dezelfde zin wordt gebruikt, zodat bij de bepaling van de betekenis van het begrip orgaan steeds gekeken moet worden in welk verband het begrip voorkomt (zie ook paragraaf 5.2.2 hierna). De raad van toezicht zal onder het orgaanbegrip van artikel 2:14 en 15 BW en mogelijk ook onder het orgaanbegrip van artikel 2:285 lid 3 BW vallen, aangezien de raad eigen statutaire en wettelijke (beslissings-)bevoegdheden heeft.

#### *Beslissende zeggenschap*

Blijkens de hiervoor genoemde wetsgeschiedenis werd aanvankelijk de term “machthebbers” gebruikt. Aangezien dit begrip niet in de wet voorkomt, maar het begrip orgaan wel, werd het begrip orgaan voorgesteld.<sup>149</sup> Volgens Pitlo/Raaijmakers<sup>150</sup> beoogt artikel 2:285 lid 3 BW te verhinderen dat stichtingsvermogen of de opbrengsten daarvan als uitkeringen toekomen aan oprichters of “aan degenen die beslissen over het beheer en bestuur van het stichtingsvermogen”. Rensen verstaat het begrip orgaan in de zin van artikel 2:285 lid 3 BW aldus dat het *beslissende zeggenschap* kan uitoefenen binnen de stichting.<sup>151</sup>

Gelet op de achtergrond en de wetsgeschiedenis van het uitkeringsverbod, te weten: het voorkomen van duplicering van de oprichter en van degenen die de macht kunnen uitoefenen, ben ik het eens met de interpretatie van het orgaanbegrip van de hiervoor genoemde auteurs dat sprake moet zijn van doorslaggevende (beslissende of doorslaggevende) zeggenschap. Daarbij dient opgemerkt te worden dat het, zoals hierna bij de beschrijving van het ledenverbod zal blijken, niet altijd eenvoudig om vast te stellen wanneer sprake is van beslissende zeggenschap.

---

148. Polak 1956, p. 74.

149. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2113.

150. Pitlo/Raaijmakers, 2017, par. 10.3.2.

151. Asser/Rensen 2-III\* 2012/323.

## HOOFDSTUK 4

De wetgever wilde met het uitkeringsverbod de stichting afbakenen van een bepaald soort corporatieve rechtspersonen: “commerciële” corporatieve rechtspersonen, dat wil zeggen: NV’s, BV’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.<sup>152</sup>

### *Samenhang tussen materiële kenmerken*

De inhoud van het ledenverbod (zoals in paragraaf 4.7 zal worden omschreven) kan – evenals het uitkeringsverbod – worden uitgelegd aan de hand van de vraag of sprake is van zeggenschapsrechten. Zowel het uitkeringsverbod als het ledenverbod zijn materiële kenmerken waarmee de wetgever beoogt de stichting te onderscheiden van corporatieve rechtspersonen. Mijns inziens kan gezegd worden dat de materiële kenmerken een zekere onderlinge samenhang vertonen. In deze lijn past ook de opmerking die te lezen is in Pitlo/Raaijmakers dat het doen (of eigenlijk ontvangen) van uitkeringen uit de gemaakte winst, wat betreft een stichting met een onderneming, een element van lidmaatschap is dat de stichting niet in die vorm kent.<sup>153</sup> Ik meen dat zowel het ledenverbod als het uitkeringsverbod beter worden begrepen als zij met elkaar in verband worden gezien, maar ook in verband met het derde materiële kenmerk: het hebben van een doelgebonden vermogen.

### *4.6.5 Begrip uitkering; rol van de raad van toezicht*

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat onder uitkeringen niet alleen geldelijke uitkeringen, maar ook uitkeringen in natura verstaan moeten te worden.<sup>154</sup> Veel auteurs hanteren als definitie voor “uitkering”: een prestatie waartegenover geen of geen gelijkwaardige tegenprestatie staat.<sup>155</sup> Algemeen wordt aangenomen dat het uitkeringsverbod een stichting niet belet om met personen overeenkomsten te sluiten en aan dezen *krachtens die overeenkomst* gelden te doen toekomen. Tegenprestaties op grond van overeenkomsten onder bezwarende titel worden algemeen niet als een uitkering beschouwd, mits de prestatie niet bovenmatig is.

Voor uitkeringen krachtens met deelnemers in een pensioenfonds gesloten overeenkomsten (die samen een vergadering van deelnemers kunnen vormen) zegt de wet uitdrukkelijk dat deze niet strijden met het wettelijke uitkeringsverbod (artikel 2:304 lid 2 BW). Sommige auteurs menen – mijns inziens terecht – dat deze wettelijke bepaling eigenlijk overbodig is en zelfs verwarrend

---

152. Van Veen (Van Veen 2013, p. 128) formuleert het anders maar in essentie komt zijn interpretatie naar mijn mening op hetzelfde neer.

153. Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.3.2.

154. *Handelingen II* 1955-1956, (10de vergadering, 27 oktober 1955), p. 2131.

155. Van Veen 2013, p. 130, Schwarz 2011, p. 37, Asser/Rensen 2-III\* 2012/323 en Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.3.2.



kan zijn: waarom worden uitkeringen op grond van deze overeenkomsten uitdrukkelijk genoemd en andere uitkeringen niet?<sup>156</sup> Een stichting administratiekantoor betaalt op grond van administratievoorwaarden het dividend dat zij ontvangt op de door haar gehouden aandelen aan certificaathouders, maar dergelijke uitkeringen worden in de wet ook niet geregeld. Niettemin kan worden aangenomen dat dergelijke uitkeringen aan certificaathouders in het algemeen niet onder het uitkeringsverbod vallen aangezien sprake is van een gelijkwaardige tegenprestatie: de aandelen in de BV of NV zijn overgedragen aan het administratiekantoor in ruil voor certificaten die aanspraak geven op de economische rechten uit die aandelen.

#### *Incidentele uitkeringen*

Sommige auteurs menen, mijns inziens terecht, dat het in de rede ligt dat een incidentele uitkering niet leidt tot overtreding van het uitkeringsverbod.<sup>157</sup> Volgens Polak betekent een incidentele uitkering uit een commerciële activiteit van de stichting nog niet dat het doel van de stichting inhoudt het doen van dergelijke uitkeringen uit de winst die is verkregen met commerciële activiteiten.<sup>158</sup> Van Veen vindt een argument in het feit dat de stichting door het doen van een incidentele uitkering nog niet op een vennootschap lijkt terwijl, zoals gezegd, een belangrijke reden voor invoering van het uitkeringsverbod was dat de stichting zich daarmee onderscheidt van de vennootschap. Hij merkt op dat daarmee niet is gezegd dat een uitkering die niet wordt getroffen door het uitkeringsverbod steeds geoorloofd is. Een incidentele uitkering kan immers in strijd zijn met het doel en/of het belang van de stichting.<sup>159</sup>

#### *4.6.6 Rol van de raad van toezicht; vergoedingen aan bestuurders en aan derden*

Indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, is onderdeel van zijn taak er op toe te zien dat het bestuur geen verboden uitkeringen doet. De raad ziet er ook op toe dat in het statutaire en/of feitelijke doel van de stichting niet het doen van verboden uitkeringen opgenomen of besloten ligt.

Als een stichting een raad van toezicht heeft, zou de raad van toezicht het orgaan moeten zijn dat bestuurdersbeloningen vaststelt. Bestuurders zelf hebben immers een tegenstrijdig belang.<sup>160</sup>

156. Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.3.2 en Uniken Venema 1988, p. 348.

157. Van Veen 2013, p. 130-131.

158. Polak 1956 p. 76.

159. Van Veen 2013, p. 130-131.

160. Bij de totstandkoming van de WS 1956 werd in dit verband niet gesproken over tegenstrijdig belang maar over het voorkomen van duplicering. Van der Grinten schrijft

*Redelijke vergoeding*

Een redelijke honorering van de werkzaamheden van een bestuurder wordt niet getroffen door het uitkeringsverbod, aangezien tegenover de uitkering een tegenprestatie staat.<sup>161</sup> Zie ook het hiervoor in paragraaf 4.6.2 aangehaalde citaat van Minister Donker. In de praktijk zal het niet altijd eenvoudig zijn om vast te stellen wat een redelijk bestuurdersloon of een redelijke onkostenvergoeding is. Rechtbank Zwolle oordeelde in 2007 dat honorering van werkzaamheden en vergoedingen van onkosten redelijk moeten zijn in verhouding tot de verrichte werkzaamheden en de werkelijk gemaakte onkosten.<sup>162</sup>

*Winstafhankelijke vergoedingen*

Over de vraag of winstafhankelijke vergoedingen zijn toegestaan bestaat discussie in de literatuur. Daarbij kan een onderscheid gemaakt worden tussen: (1) vergoedingen aan derden; en (2) vergoedingen aan bestuurders.

Van der Ploeg meent dat het belonen met een winstaandeel zonder meer niet toegestaan is, niet voor derden en evenmin voor bestuurders.<sup>163</sup> Volgens Dijk/Van der Ploeg staan contractuele arrangementen die aanspraak geven op een aandeel in het positief resultaat van de stichting op gespannen voet met het uitkeringsverbod.<sup>164</sup> Anderen nemen wat betreft de eerste categorie, vergoedingen aan derden, aan dat redelijke vergoedingen (rente) voor het ter beschikking stellen van vreemd vermogen (leningen) in beginsel niet onder het uitkeringsverbod vallen. Volgens Pitlo/Raaijmakers is “een winstaandeel als tegenprestatie voor ter beschikking gesteld risicodragend vermogen ter financiering van een onderneming” niet aan te merken als een verboden uitkering.<sup>165</sup> Schwarz acht winstdelingsafspraken onder bepaalde omstandigheden toelaatbaar, overigens ook als de oprichter of bestuurder van de stichting de kapitaalverschaffer is.<sup>166</sup>

---

(Van der Grinten 1943, p. 260): “Indien een psycholoog een bureau voor psychotechniek opricht om zichzelf een goedbetaalde directeursbaan te verschaffen, riekt dit zeer commercieel. Gaat echter het initiatief ten deze uit van een niet belanghebbend comité, dan valt de niet-commerciele opzet van de stichting niet te ontkennen.”

161. Evenmin wordt overigens een passende bezoldiging van leden van de raad van toezicht zelf getroffen door het uitkeringsverbod. Zie ook Concept MvT btrp, p. 30.

162. Rechtbank Zwolle 1 augustus 2007, *JOR* 2007/296: “Indien de beloningen die de drie (oud-)bestuurders zichzelf aldus hebben toegekend excessief mochten blijken te zijn in verhouding tot de daadwerkelijk verrichte werkzaamheden en gemaakte onkosten, moet worden geconcludeerd dat het beroep op nietigheid van de managementovereenkomst door eiser terecht is gedaan.”

163. Van der Ploeg 2007.

164. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.2, p. 20-21.

165. Pitlo/Raaijmakers 2017, par. 10.3.2.

166. Schwarz 2011, p. 39: “Afhankelijk van de omstandigheden kan aantrekken van eigen vermogen, bijvoorbeeld voor een periode van dertig jaar in combinatie met een winstdelingsregeling, commercieel aantrekkelijker blijken dan een (niet achtergestelde) lening tegen vaste rente. In die omstandigheden zie ik geen beletsel om een winstdelingsafpraak als toelaatbaar te zien, ook niet als de oprichter of bestuurder van de stichting zelf kapitaalverschaffer is.

Als een stichting een constructie met (achtergestelde) winstdelende leningen of winstcertificaten kent, wordt de rechtsvorm van de NV of BV naar mijn mening benaderd, zeker als de vermogensverstrekkers (houders van winstdelende leningen) bovendien een stichtingsorgaan vormen dat invloed heeft op het bestuur en/of belangrijke zeggenschapsrechten heeft (zie wat betreft de vraag wat zeggenschapsrechten zijn ook de paragraaf over het ledenverbod hierna). In dat geval kunnen betalingen uit de winst van de stichting onder omstandigheden als verboden uitkering worden gezien.<sup>167</sup>

#### *Bestuurdersbonussen*

Wat betreft de tweede categorie ben ik met Van Veen eens dat niet alle resultaatgerelateerde beloningen van bestuurders (bonussen) op voorhand uitgesloten zijn. Van Veen tekent daarbij aan dat een beloning die winstafhankelijk is, waarschijnlijk onder het uitkeringsverbod valt,<sup>168</sup> bijvoorbeeld wanneer de bestuurdersbeloning zodanig is gestructureerd dat naast de vaste vergoeding feitelijk steeds (een deel van) het exploitatieoverschot aan hem wordt uitgekeerd. In dat geval kan immers sprake zijn van “duplicering” van de bestuurder en dat is precies wat de wetgever trachtte te voorkomen. Met het uitkeringsverbod beoogde de wetgever immers stichtingen van “commerciële rechtspersonen” (NV’s, BV’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) te onderscheiden. Een oprichter/bestuurder dient in een dergelijk geval te kiezen voor een “commerciële rechtspersoon”, zoals een BV. Hier kan tegen in gebracht worden dat van “duplicering” minder snel sprake is als er een raad van toezicht is ingesteld, aangezien het initiatief tot beloning in dat geval zal uitgaan van de raad van toezicht (vanwege het tegenstrijdig belang van bestuurders).<sup>169</sup>

#### *4.6.7 Gevolgen van strijd met het uitkeringsverbod*

Indien de statutaire doelstelling van de stichting in strijd met het uitkeringsverbod is, kan een belanghebbende of kan het openbaar ministerie bij de rechtbank een verzoek indienen tot ontbinding van de stichting (artikel 2:21 lid 1 BW, zie hiervoor in paragraaf 4.2.5). Indien het statutaire doel strikt genomen wel voldoet aan de wet maar het feitelijke doel, de feitelijke werkzaamheden, van de stichting in strijd zijn met het uitkeringsverbod, kan een

---

Neemt niet weg dat een en ander gevoelig ligt want in die omstandigheden rendeert het kapitaal van de bestuurder in de stichting winstafhankelijk terwijl hij als bestuurder de stichting beheerst. Ik veronderstel dat juist om deze reden wel wordt geoordeeld dat deze situaties niet aanvaardbaar zouden zijn, een visie die ik niet deel.”

167. Zie bijvoorbeeld de constructie met winstcertificaten van Stichting RBOC “Fort Markenbinnen”, Hof Amsterdam 22 juli 2014, RO 2014/52, waar overigens de vraag of sprake was van overtreding van het uitkeringsverbod in de procedure niet aan de orde kwam. De daar gebruikte constructie lijkt, naar mijn mening, mede gelet op het stichtingsdoel, in strijd met het uitkeringsverbod te zijn.

168. Van Veen 2013, p. 132.

169. In vergelijkbare zin Van der Grinten 1943, p. 260.

## HOOFDSTUK 4

zelfde verzoek gedaan worden op grond van lid 3 van artikel 2:21 BW. In dit laatste geval kan de rechtbank tot ontbinding overgaan; in het eerste geval van lid 1 moet de rechtbank tot ontbinding overgaan, maar wordt aan de stichting een termijn vergund waarbinnen de statuten aangepast kunnen worden.

Indien het bestuur besluit tot het doen van een verboden uitkering, is sprake van nietigheid van het besluit wegens strijd met een dwingende wetsbepaling (artikel 3:40 lid 2 BW).<sup>170</sup> Het doen van een dergelijke uitkering is dan een onverschuldigde betaling en kan om die reden worden teruggevorderd. Bovendien kan een dergelijk besluit een grond zijn voor interne aansprakelijkheid van bestuurders op grond van artikel 2:9 BW of een grond voor ontslag van de stichtingsbestuurders op grond van artikel 2:298 BW (wegens strijd met wet of statuten).

### 4.6.8 *Samenvatting en conclusies*

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever met het uitkeringsverbod de stichting wilde onderscheiden van “commerciële rechtspersonen” (NV’s, BV’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) en wilde voorkomen dat de oprichter en degenen die de macht in de stichting kunnen uitoefenen, zichzelf “verdubbelen”. Op grond van de wet mag het doel van de stichting niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen. Deze personen kunnen echter wel een uitkering ontvangen in een andere hoedanigheid.

Onderdeel van de taak van de raad van toezicht is er op toe te zien dat vermogen wordt besteed en uitgekeerd overeenkomstig het stichtingsdoel en dat het uitkeringsverbod niet wordt overtreden. De raad van toezicht stelt bestuurdersbeloningen vast vanwege het feit dat bestuurders zelf een tegenstrijdig belang hebben bij dergelijke besluiten. Uit de literatuur en jurisprudentie volgt dat redelijke, niet bovenmatige honorering en beloning van bestuurders (en overigens ook van leden van de raad van toezicht zelf), niet worden getroffen door het uitkeringsverbod.

Over de vraag of winstafhankelijke vergoedingen en uitkering van bonussen aan bestuurders mogelijk zijn, zijn de meningen verdeeld. Naar mijn mening is strijd met het uitkeringsverbod vooral aan de orde wanneer sprake is van een beloning die inhoudt dat steeds (een deel van) het exploitatieoverschot aan bestuurders wordt uitgekeerd. Indien de stichting echter een raad van toezicht heeft ingesteld, vindt vaststelling van beloningen en beloningsstructuur plaats door dat orgaan en niet door het bestuur zelf. In dat geval gaat het argument dat sprake is van “duplicering” door het bestuur niet op.

---

170. Asser/Rensen 2 III\* 2012/324.

De materiële kenmerken van de stichting vertonen een zekere onderlinge samenhang. Het uitkeringsverbod en de achtergrond daarvan kunnen beter worden begrepen als zij in verband met de andere materiële kenmerken (het doelgebonden vermogen en het ledenverbod) wordt gezien. Zo valt onder het begrip “orgaan” in de omschrijving van het uitkeringsverbod niet alleen de raad van toezicht, maar ook personen of een vergadering van personen die (beslissende) zeggenschapsrechten binnen de stichting hebben. Wanneer sprake is van (beslissende) zeggenschap binnen de stichting, is een vraag die ook hierna bij het ledenverbod aan de orde komt.

## 4.7 Ledenverbod

### 4.7.1 *Inleiding*

Een stichting is een rechtspersoon die geen leden kent, aldus artikel 2:285 lid 1 BW. De pendant van het ledenverbod is terug te vinden in de wettelijke omschrijving van de vereniging: de vereniging is een rechtspersoon met leden (artikel 2:26 lid 1 BW). Stichtingen mogen vanwege het ledenverbod geen orgaan hebben dat gelijk te stellen is met de algemene vergadering van een corporatieve rechtspersoon. Bij veel stichtingen is het echter, ook volgens de wetgever, wenselijk een (belanghebbenden)orgaan in te stellen dat voldoende tegenwicht kan bieden aan het bestuur. In deze paragraaf komt aan de orde de vraag welke (combinaties van) bevoegdheden van een stichtingsorgaan kunnen leiden tot overtreding van het ledenverbod. Wat is de rol van de raad van toezicht daarbij en kan de raad van toezicht zelf het ledenverbod overtreden?

### 4.7.2 *Stichting B.W.T.-arrest*

Vlak voor het verschijnen van het ontwerp van de WS 1956 en de parlementaire behandeling daarvan wees het Hof Amsterdam in 1953 een arrest inzake Stichting Bond Werkgevers Taxibedrijven, ook wel Stichting B.W.T. genoemd.<sup>171</sup> Stichting B.W.T. had “deelhebbers” en het Hof moest oordelen over de vraag of een stichting dergelijke deelhebbers (oftewel leden) mocht hebben. Volgens het Hof gaat een organisatie in twee gevallen de aan de stichting gestelde grenzen, die toen nog niet wettelijk waren vastgelegd, te buiten:

1. wanneer zij naar den aard harer organisatie is een vereniging of associatie;
2. wanneer zij ten doel heeft het behalen van winst ten bate van juist diegenen, die in de stichting de macht uitoefenen”.

---

171. Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953, 317.

## HOOFDSTUK 4

Het Hof oordeelde dat de organisatie van Stichting B.W.T. typisch de organisatie van een vereniging is, aangezien de algemene vergadering bij enkelvoudige of gekwalificeerde meerderheid beslist over: toetreding van nieuwe deelhebbers, verkiezing van bestuursleden, de jaarlijkse vaststelling van de balans, winst- en verliesrekening en verdeling van winst en verlies, wijzigingen in de bepalingen van de oprichtingsakte en opheffing van de organisatie, terwijl het batig saldo wordt verdeeld onder de deelhebbers.<sup>172</sup>

Stichting B.W.T. was volgens het Hof een organisatie die zich ten doel stelt het behalen van winst ten bate van deelhebbers, die tevens in de algemene vergadering van deelhebbers de hoogste macht in de organisatie uitoefenen. Het Hof concludeerde dan ook dat Stichting B.W.T. niet een stichting maar een vereniging is waaraan, vanwege het ontbreken van de destijds benodigde Koninklijke goedkeuring, geen rechtspersoonlijkheid toekwam.

### 4.7.3 *Parlementaire geschiedenis WS 1956*

In de WS 1956 werd – in aansluiting op het arrest inzake Stichting B.W.T. – in artikel 1 opgenomen dat de stichting “geen leden kent”. Dezelfde bewoordingen staan in het huidige artikel 2:285 lid 1 BW.

#### *Achtergrond*

Hiervoor kwam de achtergrond van diverse materiële kenmerken al aan de orde. Uit het verslag van het overleg tussen de vaste Commissie voor Justitie en de Minister van Justitie blijkt dat de meerderheid van de Commissie aanvankelijk niet kon inzien waarom de wetgever burgers het recht zou dienen te ontnemen een stichting met leden in het leven te roepen indien daartoe blijkens de praktijk behoefte gevoeld werd.<sup>173</sup> Minister Donker merkte op dat indien uit artikel 1 zowel de vermogensseis geschrapt zou worden (hetgeen uiteindelijk gebeurde) als de eis van het niet hebben van leden geschrapt zou worden, elk onderscheid tussen de stichting en de vereniging zou komen te vervallen. De Kamer stemde eerder in met handhaving van het preventief toezicht bij de vereniging en om die reden ging het naar de mening van de Minister niet aan om bij de regeling van de stichting een ontsnappingsmogelijkheid op onbepaalde schaal te scheppen waarmee men de regeling van de vereniging illusoir maakt. Het ledenverbod werd opgenomen om misbruik van de stichtingsvorm te voorkomen.

---

172. Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953, 317, p. 467. Zie ook Polak 1956, p. 46.

173. *Kamerstukken II* 3463, nr. 4, p. 7.

*Benaming “leden”*

De benaming “leden” is niet van doorslaggevende betekenis voor de vraag of het ledenverbod wordt overtreden. De rechter dient materieel te toetsen; ook degenen die in de statuten worden aangeduid als “deelhebbers”, “aangeslotenen” of “contribuanten” kunnen onder het begrip leden vallen.<sup>174</sup> Overigens volgt uit de wetsgeschiedenis dat het bestuur zelf het ledenverbod niet kan overtreden.<sup>175</sup>

Van belang is welke bevoegdheden het orgaan, dat wordt gevormd door deelnemers, aangeslotenen, etc. heeft.<sup>176</sup> Het gaat om de juridische constructie, waarbij beslissend is welke bevoegdheden de statuten aan het orgaan toekennen en niet welke bevoegdheden het orgaan daadwerkelijk uitoefent. In de MvT is hierover te lezen:

“Personen, die bij een stichting zijn aangesloten, doch geen zeggenschap hebben, kunnen niet als leden worden beschouwd. Er bestaat dus geen bezwaar, dat een stichting aangeslotenen in evenbedoelde zin heeft.”<sup>177</sup>

*Bevoegdheid om bestuurders te benoemen*

Hiervoor kwam aan de orde dat bij corporatieve rechtspersonen de leden of aandeelhouders het doel en de organisatie van de rechtspersoon kunnen bepalen. Bij een stichting worden doel en organisatie in aanvang bepaald door de oprichter die vaak geen deel uitmaakt van een stichtingsorgaan. Wordt het ledenverbod dan al overtreden indien een stichtingsorgaan, net zoals de algemene vergadering, de organisatie van de stichting kan bepalen, dat wil zeggen: bestuurders kan benoemen?

De wet bepaalt uitdrukkelijk dat de enkele bevoegdheid van een stichtingsorgaan om bestuurders te benoemen nog niet leidt tot overtreding van het ledenverbod (zie ook artikel 1 lid 2 WS 1956 en artikel 2:285 lid 2 BW). Naar aanleiding van een vraag van Kamerlid Ten Hagen<sup>178</sup> antwoordde Minister

---

174. Dit blijkt ook uit de hiervoor genoemde uitspraak Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953, 317 (Stichting B.W.T.).

175. *Kamerstukken I* 1955-1956, 3463, nr. 100b, par. 4, p. 6. Minister Van Oven merkte hierbij echter op dat de praktijk stichtingen kent met een zogenaamd dagelijks bestuur en daarnaast een zogenaamd algemeen bestuur, dat in wezen niets anders is dan de ledenvergadering. Ik ga er echter van uit dat hij doelde op een bestuursmodel waarin de algemene bestuurders geen bestuurders in de zin van de wet zijn.

176. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2129.

177. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 8.

178. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2093.

#### HOOFDSTUK 4

Donker dat het immers niet zo zou moeten zijn dat het bestuur van een stichting slechts door middel van coöptatie benoemd kan worden.<sup>179</sup> Minister Donker zei daarover:

“Ik zou in artikel 1 willen bepalen: Indien de statuten één of meer personen de bevoegdheid geven in de vervulling van ledige plaatsen – dat wil dus zeggen vacatures – in organen van de stichting te voorzien, wordt zij niet uit dien hoofde aangemerkt leden te kennen. Dat komt derhalve hierop neer dat de benoemingsbevoegdheid op zich zelf nog niet tot lid stempelt. Wil de rechter tot deze laatste kwalificatie komen, dan zal er iets bij moeten komen of, liever gezegd, er zullen verschillende dingen bij moeten komen. De rechter zal moeten nagaan of de positie van deze geïnteresseerden of hoe men hen ook noemen wil – want de naam doet uiteraard niet ter zake, zoals de geachte afgevaardigde de heer Ten Hagen terecht heeft gezegd –, zodanig geregeld is, dat hun positie overeenkomt met die van leden van een vereniging.”<sup>180</sup>

Indien een stichtingsorgaan naast de bevoegdheid tot benoeming, de bevoegdheid tot schorsing en ontslag van bestuurders heeft, dan is men volgens Minister Donker “al dicht bij de figuur van leden met volledige bevoegdheid, hoewel men die dan misschien nog niet helemaal benaderd heeft”.<sup>181</sup> Het is aan de rechter om te bepalen of in een concreet geval sprake is van overtreding van het

---

179. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2129.

180. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2114.

181. *Handelingen II* 1955-1956, p. 2131. Uit het schriftelijk verslag van het mondeling overleg tussen Minister Donker en de Vaste Commissie voor Justitie (*Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 4, p. 6-7) blijkt dat de Minister aanvankelijk onder leden verstond “zij, van wie het bestuur in algemene zin afhankelijk is, met name doordat zij het recht van benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders hebben.” Daarna volgende een enigszins verwarrende discussie. Onder meer werd aan de Minister gevraagd of donateurs als leden worden aangemerkt als zij bij meerderheidsbesluit één of meer bestuurders kunnen ontslaan of dat van zeggenschap pas sprake is indien een groep van aangeslotenen bevoegd is het bestuur bindende aanwijzingen te geven. Minister Donker antwoordde dat “contribuanten” die de bevoegdheid hebben tot benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders “in wezen leden zijn”. Een aantal leden van de Vaste Commissie wees op het feit dat leden bijvoorbeeld door middel van een kascommissie de “financiële gestie” van het bestuur kunnen controleren, hetgeen juist toegejuicht zou moeten worden. Andere leden noemden de mogelijkheid dat een stichtingsbestuur op grond van de statuten onder toezicht wordt gesteld van commissarissen die door donateurs worden benoemd. De Minister antwoordde dat toezicht zonder sanctie (de bevoegdheid bestuurders te ontslaan en nieuwe te benoemen) weinig zin had, maar dat het aan de rechtspraak wordt overgelaten in concrete gevallen de grens te trekken.



ledenverbod, aldus Minister Donker.<sup>182</sup> De rechter dient daarbij te kijken naar het “totaalpakket aan bevoegdheden” dat het stichtingsorgaan heeft.

*Hoogste gezag*

Minister Van Oven, de opvolger van Minister Donker, deed bij de behandeling van de WS 1956 in de Eerste Kamer pogingen om het ledenverbod verder te verduidelijken. Hij herhaalde dat uiteindelijk de rechter beslist of de toegekende bevoegdheden zodanig zijn dat er personen zijn die de positie hebben van leden van een vereniging. Dit zal naar zijn mening het geval zijn als er personen anders dan bestuurders zijn die “krachtens de statuten zodanige zeggenschap hebben, dat zij het hoogste gezag in de stichting vormen”. Indien er personen zijn die cumulatief jegens het bestuur bepaalde benoemings- en schorsingsrechten alsmede “controlerechten” hebben (bijvoorbeeld het recht om de kas te controleren), dan kan de grens van het toelaatbare zijn overschreden, aldus Minister van Oven. Hij vervolgt:

“Maar beslissend blijft, of de concrete uitwerking van de bevoegdheden zodanig is, dat het hoogste gezag niet bij het bestuur, doch bij hen berust.”<sup>183</sup>

Volgens Minister Van Oven is beslissend of er naast het bestuur personen zijn, bij wie bevoegdheden dusdanig zijn geconcentreerd, dat “in wezen zij het beleid van de stichting kunnen bepalen”. Tot slot zei Minister Van Oven tijdens de behandeling in de Eerste Kamer over dit onderwerp, vlak voordat het wetsontwerp werd aangenomen, nog het volgende:

“Een stichting is per definitionem gescheiden van een vereniging door artikel 1. Zij is, om het met andere woorden te zeggen dan dit artikel het aangeeft, een organisatie tot beheer van een vermogen met een onbaatzuchtig doel; zij is geen vereniging en zij heeft geen “leden”. Dit is het beginsel, maar dat beginsel is verder soepel uitgewerkt. Vermogen hoeft er niet te zijn, als het maar kan komen. Leden mogen er desnoods zijn, maar zij mogen niet in het wezen, dat is het werk van de stichting beslissend ingrijpen. Dat is het ontwerp in a nutshell.”<sup>184</sup>

182. *Handelingen II 1955-1956*, p. 2129. De bevoegdheden van leden zijn “van deze aard, dat zij hebben een recht van benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders, maar ook de middelen om het beleid van het bestuur te bepalen. Wanneer er voldoende van die bevoegdheden aanwezig zijn om te concluderen tot een lidmaatschap, is een vraag, die aan de hand van die concrete bevoegdheden te zijner tijd door de rechter zal moeten worden beslist”. Voorts zegt Minister Donker dat het denkbaar is “dat de rechter van een commissie van geïnteresseerden, die alleen de bevoegdheid van kascontrole heeft, zal zeggen: dat ligt niet op het terrein van het lidmaatschap, m.a.w. daarmee zijn deze personen nog niet als lid te kwalificeren”.

183. *Kamerstukken I 1955-1956*, 3463, nr. 100b, par. 4, p. 6.

184. *Handelingen I 1955-1956*, p. 2358.

## HOOFDSTUK 4

Hoewel “het wezen” of “het werk” van de stichting een enigszins cryptische formulering is, ga ik er van uit dat de Minister doelde op de werkzaamheden, het (hoofd)doel van de stichting. Naar mijn mening vat de Minister in voornoemd citaat de kern van het ledenverbod samen. Aan een stichtingsorgaan kunnen allerlei bevoegdheden worden toegekend, zolang het orgaan maar niet de “hoogste macht” vormt, die net als een algemene vergadering de voornaamste activiteiten van de stichting kan bepalen.

### 4.7.4 *Welke (combinaties van) bevoegdheden kunnen leiden tot overtreding van het ledenverbod?*

Het doel en het doelgebonden vermogen, die naast het ledenverbod en het uitkeringsverbod de materiële kenmerken van de stichting vormen, bepalen naar mijn mening de kern van de stichting. De vraag welke bevoegdheden dusdanig ingrijpend zijn dat spanning met het ledenverbod ontstaat of kan ontstaan, is naar mijn mening gemakkelijker te beantwoorden als nagegaan wordt of de bevoegdheden invloed geven op het doel en het doelgebonden vermogen. Hiervoor in paragraaf 4.6.4 bij de bespreking van het uitkeringsverbod werd al opgemerkt dat de materiële kenmerken van de stichting onderling met elkaar samenhangen. Alle materiële kenmerken zijn immers bedoeld om stichtingen van andere rechtspersonen te onderscheiden. Spanning met het ledenverbod is naar mijn mening aan de orde als een orgaan het beleid van de stichting kan bepalen en/of doorslaggevende invloed heeft op het doel en doelgebonden vermogen.

#### *Literatuur in de jaren '70*

Duynstee<sup>185</sup> merkte in 1978 op dat het ledenverbod in ieder geval overtreden wordt wanneer een vergadering van aangeslotenen de middelen heeft om het stichtingsbestuur in zijn beleid vast te leggen en/of om de structuur van de stichting te bepalen middels statutenwijziging dan wel om de stichting te ontbinden. Hij merkt op – in lijn met de parlementaire geschiedenis<sup>186</sup> – dat het behoort te gaan om de *juridische constructie* (op welke wijze zijn de juridische bevoegdheden van bijvoorbeeld een vergadering van aangeslotenen statutair geregeld) en niet om de vraag hoe de rechtspersoon maatschappelijk functioneert.

---

185. Duynstee (Duynstee 1978, p. 40-41) meent dat bij de stichting de dualistische opzet van de vereniging dient te ontbreken. Dat wil volgens hem zeggen dat bij de stichting geen sprake mag zijn van twee organen die elkaar in evenwicht kunnen houden of in ieder geval de wettelijke middelen hebben om dat te doen. Het bestuur mag niet afhankelijk zijn van een vergadering van aangeslotenen. Deze afhankelijkheid manifesteert zich naar zijn mening wanneer de vergadering de bevoegdheid heeft tot en benoeming en ontslag (of schorsing) van het bestuur. Voorts mag aan de vergadering niet de algemene bevoegdheid toekomen tot het nemen van het initiatief tot beleidsbesluiten (behalve dan het benoemingsbesluit sec, artikel 2:285 lid 2 BW), zeker niet besluiten tot statutenwijziging of ontbinding van de stichting.

186. *Kamerstukken II* 1953-1954, 3463, nr. 3, p. 8 en *Handelingen II* 1955-1956, p. 2129.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

Duynstee meent dat de rechter bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van overtreding van het ledenverbod moet nagaan of de positie van de aangeslotenen zodanig is geregeld dat hun positie overeenkomt met die van leden van een vereniging. Duynstee vervolgt:

“Een redelijke wetsinterpretatie brengt met zich mede dat van overtreding van het ledenverbod bij de stichting alleen dan sprake is wanneer de stichting een orgaan heeft dat in samenstelling en zeggenschapsrechten overeenkomt met wat aan een algemene vergadering van een vereniging toekomt. Aansluiting zal daarbij moeten worden gezocht bij de voorgeschreven minimale rechten van de ledenvergadering.”

“Geoorloofd is, in de statuten te bepalen dat het stichtingsbestuur voor bepaalde handelingen goedkeuring behoeft van de vergadering van aangeslotenen, ook met betrekking tot statutenwijziging en ontbinding van de stichting zoals gebruikelijkerwijs in de statuten van pensioenstichtingen is voorgeschreven. Worden dergelijke vormen van inspraak in de statuten geconstrueerd dan betekent zulks niet dat het stichtingsbestuur ‘onderworpen’ is aan de vergadering van aangeslotenen: het bestuur kan immers soeverein beslissen over de vraag of het de – goedkeuring behoevende – besluiten zal nemen: de vergadering van aangeslotenen bij de stichting behoort niet de macht toe te komen het bestuur te nopen om die besluiten te nemen.”

In hetzelfde jaar, 1978, verscheen er een artikel van Mohr waarin hij tracht een oplossing aan te dragen voor de vraag wanneer het ledenverbod wordt overtreden.<sup>187</sup> Mohr somt de bevoegdheden die aan de leden van een vereniging toekomen op en legt de nadruk op het recht van de algemene vergadering om bij niet-toelating tot lid door het bestuur alsnog tot toelating te besluiten (artikel 2:33 BW). Hij acht dit, tezamen met het benoemingsrecht van bestuurders, de quintessens van het lidmaatschapsrecht. Het recht dat leden hebben op grond van artikel 2:33 BW houdt naar zijn mening in dat de algemene vergadering zijn eigen samenstelling bepaalt en “geeft aan het ledencollectief de mogelijkheid om de organisatie structureel naar zijn hand te zetten en naar zijn meerderheidsinzicht te doen handelen”. Mijns inziens volgt een dergelijke interpretatie niet uit de hiervoor aangehaalde wetsgeschiedenis. Een stichting met een orgaan dat het recht heeft bestuurders te benoemen en bovendien over toelating of benoeming van zijn eigen leden beslist (bij een raad van toezicht die zijn eigen leden middels coöptatie benoemt is dit ook het geval), valt naar mijn mening

---

187. Mohr 1978. Zie ook Dijk 1978.

#### HOOFDSTUK 4

niet noodzakelijkerwijs onder het ledenverbod. Wel is het zo dat het stichtingsorgaan sneller als “hoogste macht” kan worden aangemerkt indien het, zoals een algemene vergadering, de voornaamste activiteiten van de stichting kan bepalen. Ik meen echter dat ook de overige statutaire bevoegdheden van het orgaan van belang zijn. Indien de statuten bijvoorbeeld het wijzigen van de statuten (waaronder het statutaire doel) niet toelaten, dient het bestuur zich te richten naar het door de oprichter bepaalde doel en kan mogelijk niet gezegd worden dat er een orgaan is dat “de hoogste macht vormt”. Hierna ga ik in op een aantal statutaire bevoegdheden.

##### *Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders*

Zoals opgemerkt leidt de enkele bevoegdheid van een stichtingsorgaan om bestuurders te benoemen op grond van de wet in ieder geval nog niet tot overtreding van het ledenverbod. Hoewel dit niet in de wet staat, zou naar mijn mening hetzelfde moeten gelden voor de bevoegdheid om bestuurders te schorsen en/of te ontslaan. Deze bevoegdheden geven het orgaan een belangrijk middel in handen om te kunnen optreden als het bestuur niet naar behoren functioneert. Het stichtingsorgaan kan hiermee een onwettig bestuur vervangen, maar heeft op zichzelf nog niet de macht om in te grijpen in de kernactiviteiten (de werkzaamheden) van de stichting.

##### *Goedkeuring belangrijke bestuursbesluiten*

De bevoegdheid om belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren is een instrument waarmee het bestuur intern gecontroleerd kan worden. Hoewel het uiteindelijk aan de rechter is om daarover een oordeel uit te spreken, meen ik dat een goedkeuringsbevoegdheid op zich nog niet tot overtreding van het ledenverbod zal leiden, aangezien het orgaan met goedkeuringsbevoegdheden slechts intern kan corrigeren of blokkeren maar daarmee nog niet het beleid kan (mede) bepalen.<sup>188</sup> Een stichtingsorgaan dat bijvoorbeeld het recht heeft bestuursbesluiten tot statutenwijziging goed te keuren, bepaalt op zichzelf nog niet hoe de statuten moeten luiden. Het gaat bij het ledenverbod mijns inziens om zeggenschap in de zin van daadwerkelijke doorslaggevende zeggenschap (in contracten ook wel *positive control* genoemd), dus bijvoorbeeld de mogelijkheid om het beleid te bepalen en om zelf belangrijke beslissingen te nemen en niet om *negative control* (vetorechten, goedkeuringsrechten).

---

188. Duynstee 1978, p. 40 en 41.

*Vaststelling van de jaarrekening en decharge*

De bevoegdheid van een stichtingsorgaan om de door het bestuur opgestelde jaarrekening goed te keuren dan wel vast te stellen betekent dat het bestuur aan dat orgaan jaarlijks (financiële) verantwoording moet afleggen. De wet gaat er in artikel 2:300 lid 3 BW van uit dat de bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening<sup>189</sup> aan een ander orgaan dan het bestuur kan worden toegekend. Hoewel de wet daar niets over regelt, wordt in de literatuur verdedigd dat in de statuten aan een ander stichtingsorgaan dan het bestuur zelf de bevoegdheid kan worden toegekend om bestuurders te dechargeren (zie ook paragraaf 5.5.4 hierna).<sup>190</sup> De bevoegdheid om de jaarrekening vast te stellen en decharge te verlenen zijn interne controlemiddelen die naar mijn mening niet noodzakelijkerwijs spanning met het ledenverbod opleveren.

*Bindend adviesrecht en instructierecht*

De statutaire bevoegdheid van een orgaan om aan het bestuur bindende adviezen of aanwijzingen te geven (instructiebevoegdheid, zie ook paragraaf 5.5.9) gaat al weer een stapje verder.<sup>191</sup> Overigens bestaat discussie over de vraag of het mogelijk is om aan een stichtingsorgaan statutair het recht toe te kennen om bindende (algemene of concrete) instructies te geven, nu de wet daarover, anders dan voor de NV en de BV (artikel 2:129 en 239 lid 4 BW) geen bepaling bevat (zie ook paragraaf 5.5.9 hierna).

Ik ben het eens met auteurs die menen dat het toekennen van een instructierecht aan een stichtingsorgaan er toe kan leiden dat de stichting in de gevarenzone komt.<sup>192</sup> Indien dit recht bijvoorbeeld slechts inhoudt dat het orgaan dat de jaarstukken goedkeurt (het verantwoordingsorgaan) tevens het bestuur kan instrueren om de administratie op orde te brengen, zal strijd met het ledenverbod mogelijk niet (direct) aan de orde zijn.<sup>193</sup> In verband met het ledenverbod zou bijvoorbeeld vermeden moeten worden dat het instructiebevoegde orgaan mogelijkheden heeft om beslissend in te grijpen in het wezen van de stichting en haar werkzaamheden.<sup>194</sup> Of het ledenverbod daadwerkelijk wordt overtreden is mede afhankelijk van de aard en inhoud van het bindend adviesrecht of instructierecht en overigens ook van de vraag aan welk “soort orgaan” dit recht wordt toegekend (waarover hierna in paragraaf 4.7.6 en in paragraaf 6.5.4 meer).

---

189. Van een stichting als bedoeld in artikel 2:360 lid 3 BW.

190. Asser/Rensen 2-III\* 2012 /343.

191. Zie voor een voorbeeld van een stichting waarbij in de statuten een bindend adviesrecht was toegekend: HR 21 mei 2000, *JOR* 2000, 145 (Geestelijk Leider), met noot Blanco Fernández.

192. Kemp & Schwarz 2013.

193. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2014.

194. Van Uchelen-Schipper 2014 en Van Uchelen-Schipper 2016.

## HOOFDSTUK 4

### *Statutenwijziging; doelwijziging*

Niet iedere bevoegdheid tot statutenwijziging hoeft spanning met het ledenverbod op te leveren. Indien een stichtingsorgaan statutaire bepalingen omtrent benoeming en ontslag van bestuurders kan wijzigen, kan hij ingrijpen in de organisatie van de stichting. Die organisatie is echter nog steeds gebonden aan en dient zich te richten naar het statutaire doel. Uit het voorgaande bleek dat de mogelijkheid om het doel (ingrijpend) te veranderen één van de meest vergaande bevoegdheden, zo niet de meest vergaande bevoegdheid, is die een stichtingsorgaan kan hebben. De bevoegdheid van een stichtingsorgaan om het doel ingrijpend te wijzigen, waardoor de stichting andere werkzaamheden gaat verrichten en het aanwezige stichtingsvermogen een (wezenlijk) andere bestemming krijgt, levert naar mijn mening mogelijk wel spanning met het ledenverbod op.

### *Juridische fusie en splitsing*

Bij juridische fusie gaat het vermogen van een stichting onder algemene titel over op een andere stichting. Het vermogen van de verdwijnende stichting kan na de fusie worden aangewend voor het doel van de verkrijgende stichting. Indien de verkrijgende stichting een ander doel heeft krijgt het vermogen als gevolg van de fusie een andere bestemming. Evenals bij de bevoegdheid tot statutenwijziging ligt de crux onder meer bij de vraag of een doelwijziging bewerkstelligd kan worden.

### *Ontbinding*

De statuten kunnen aan een stichtingsorgaan de bevoegdheid toekennen om in geval van ontbinding van de stichting te bepalen wat er gebeurt met het overschot na vereffening. Bij het toekennen van deze bevoegdheid dient eveneens bedacht te worden dat daarmee de bestemming van het vermogen ten opzichte van het oorspronkelijke doel gewijzigd kan worden. Het toekennen van deze bevoegdheid aan een orgaan kan, evenals de bevoegdheid tot doelwijziging, spanning met het ledenverbod opleveren.

#### *4.7.5 Gevolg van overtreding van het ledenverbod*

Hiervoor in paragraaf 4.2.5 werd al het in de praktijk “overzienbare risico” van het overschrijden van het ledenverbod genoemd, te weten ontbindbaarheid van de stichting door de rechtbank na een daartoe strekkend verzoek dat kan worden ingediend door een belanghebbende of door het openbaar ministerie (artikel 2:21 lid 1 sub c en lid 4 BW). Indien er een verzoek tot ontbinding wordt ingediend, gaat de rechter hiertoe pas over na verloop van een termijn waarbinnen de rechtspersoon alsnog aan de wettelijke eisen kan voldoen (artikel 2:21 lid 2 BW). Binnen deze termijn kan de rechtspersoon zich ook omzetten in een rechtspersoon met kenmerken waaraan hij wel voldoet (artikel 2:18 BW).

*Rechtbank Rotterdam 1965*

Dat ontbinding van de stichting op grond van overtreding van het ledenverbod niet vaak wordt verzocht, blijkt uit het geringe aantal uitspraken dat hierover bekend is. De Rechtbank Rotterdam ging in 1965 over tot ontbinding van een stichting nadat hij geoordeeld had dat het ledenverbod was overtreden.<sup>195</sup> Uit de feiten die zijn genoemd in deze uitspraak blijkt dat de stichting deelnemers had die een jaarlijkse contributie betaalden en een algemene vergadering van deelnemers vormden, de stichtingsraad genoemd. De stichtingsraad kon – in de woorden van de Rechtbank – een beslissende invloed uitoefenen op grond van een aantal bepalingen in de statuten en het huishoudelijk reglement van de stichting. Het bestuur behoefde blijkens de statuten “machtiging” van de stichtingsraad om bepaalde rechtshandelingen, zoals het aangaan van leningen, te kunnen verrichten. Bovendien moesten de gelden van de stichting “worden belegd in waarden” die door de stichtingsraad werden aangewezen en was de stichtingsraad bevoegd wijzigingen in de statuten aan te brengen. De Rechtbank oordeelde dat de stichtingsraad de bevoegdheid had “om besluiten te nemen die de belangen van de stichting betroffen”, die het bestuur vervolgens alleen nog maar behoefde uit te voeren en dat zij daarmee een overheersende positie binnen de stichting had. In zijn oordeel liet de Rechtbank meespelen dat de deelnemers in veel opzichten op leden leken. In dit geval achtte de Rechtbank bovendien geen termen aanwezig om de stichting de gelegenheid te geven de statuten aan te passen, aangezien de stichtingsraad had aangegeven te willen blijven optreden als “een overkoepelend lichaam waarin de deelnemers een beslissende invloed konden uitoefenen”.

Uit de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam blijkt dat de rechter materieel toetst: hij kijkt naar het palet van bevoegdheden dat aan het stichtingsorgaan – bestaande uit deelnemers of aangeslotenen – is toebedeeld.

*Holland Casino*

Een voorbeeld van een stichting die naar mijn mening de grenzen van het ledenverbod (en overigens ook het uitkeringsverbod) heeft opgezocht is Holland Casino.<sup>196</sup> De statuten van “Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland” (Holland Casino) zijn gewijzigd vastgesteld op 31 maart 2006. In deze statuten worden aan de Minister van Financiën verschillende vergaande bevoegdheden toegekend. Allereerst heeft de Minister de bevoegdheid om leden van de raad van commissarissen te benoemen en te ontslaan. Bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door de raad van commissarissen, maar een benoeming van een bestuurder kan slechts plaatsvinden

195. Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1965, *NJ* 1966, 314.

196. De inhoud van de statuten blijkt uit de uitspraak Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, *JOR* 2017/128 en *ECLI:NL:GHAMS:2017:275*.

## HOOFDSTUK 4

nadat de Minister van Financiën een verklaring van geen bezwaar heeft afgegeven. De statuten bepalen dat besluiten “omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de onderneming” zijn onderworpen aan de goedkeuring van de Minister van Financiën. De Minister kan het bestuur volgens de statuten aanwijzingen geven ten aanzien van de algemene lijnen van het te voeren financiële beleid en het bestuur dient zich te gedragen naar deze aanwijzingen. Verderop in de statuten is te lezen dat de Minister aanwijzingen kan geven ten aanzien van de begroting. Bovendien is bepaald dat de Minister de jaarrekening vaststelt. Tot slot bepalen de statuten dat de netto-opbrengst van de geëxploiteerde casino's jaarlijks wordt vastgesteld door de Minister en wordt afgedragen aan de Staat.

Interessant is dat de Minister van Financiën ook zelf zegt dat de verdeling van bevoegdheden binnen Holland Casino zo is ingericht dat de Staat over het algemeen bevoegdheden heeft die gelijk zijn aan die van een aandeelhouder in een kapitaalvennootschap.<sup>197</sup> Inmiddels heeft Holland Casino het voornemen geuit om zich van een stichting om te vormen in een N.V. Niettemin is opvallend dat Holland Casino meer dan tien jaar op grond van de statuten niet lijkt te hebben voldaan aan de rechtskenmerken van een stichting terwijl in die tijd, voor zover bekend, door geen enkele belanghebbende noch door het openbaar ministerie bij de rechter een vordering tot ontbinding of omzetting is ingediend (op grond van artikel 2:21 lid 1 sub c BW).

### 4.7.6 Kan de raad van toezicht het ledenverbod overtreden?

Uit de parlementaire geschiedenis bij de WS 1956 volgt dat het niet alleen van belang is of de bevoegdheden van het stichtingsorgaan overeenkomen met de bevoegdheden van een algemene vergadering, maar ook of de positie van het orgaan overeenkomt met die van leden van een vereniging.<sup>198</sup> Van Wersch merkte in 1979 reeds op dat in verband met de vraag of het ledenverbod wordt overtreden door een raad van toezicht twee criteria van belang zijn: de bevoegdheden die worden toegekend aan het orgaan en de samenstelling van het orgaan.<sup>199</sup> Hij meent dat andere auteurs, zoals Polak, te veel nadruk leggen op de bevoegdheden maar voorbij gaan aan de eis dat het orgaan qua samenstelling en inrichting vergelijkbaar moet zijn met een algemene vergadering.<sup>200</sup>

---

197. Hof Amsterdam (OK) 3 februari 2017, *JOR* 2017/128, r.o. 2.15 waarin wordt verwezen naar de 'Voorhangbrief Holland Casino', verstuurd aan de Voorzitter van de Tweede Kamer op 14 oktober 2016.

198. Zie onder meer *Handelingen II* 1955-1956, p. 2114. Zie ook Duynstee 1978, p. 40-41.

199. Van Wersch 1979, p. 135 e.v.

200. Van Wersch merkt op dat leden van de raad van toezicht niet, zoals leden, worden toegelaten maar worden benoemd en dat zij geen contributie betalen (Van Wersch 1979, p. 138).



Mijns inziens is nog iets van belang. Wat betreft de positie van leden of aandeelhouders valt op dat zij bij het gebruikmaken van hun bevoegdheden in beginsel mogen handelen naar *eigen inzicht* en in hun eigen belang. De rol en de taak van de raad van toezicht verschilt in dit opzicht wezenlijk van die van de algemene vergadering.<sup>201</sup> Interne toezichthouders dienen zich evenals bestuurders te richten naar het belang van de stichting.<sup>202</sup> In het voorgaande is geschetst dat zij zich richten op (toezicht op) de verwezenlijking van het stichtingsdoel, het in stand houden van het stichtingsvermogen alsmede het aanwenden van de middelen en het doen van bestedingen conform het stichtingsdoel. Leden en aandeelhouders mogen bij besluitvorming binnen het orgaan waar zij deel van uitmaken in beginsel stemmen zoals zij willen en kunnen in beginsel hun eigen belang nastreven. Anders dan het bestuur en de raad van toezicht hoeven zij zich niet te houden aan een taakomschrijving en daarbij behorende normen voor behoorlijk bestuur en toezicht.<sup>203</sup>

Gelet op het voorstaande is niet goed in te zien hoe de raad van toezicht kan acteren als een algemene vergadering zonder daarmee in strijd met zijn taakomschrijving te handelen. Wel is het zo dat raden van toezicht bij sommige stichtingen, met name in de semipublieke sector, vergaande bevoegdheden hebben. Deze bevoegdheden gaan verder dan de bevoegdheden van een raad van commissarissen van een “gewone” vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV of BV. De governancestructuur van stichtingen in de semipublieke sector lijkt nog het meest op die van een structuurvennootschap (of structuurcoöperatie). Daarbij geldt voor benoeming van de leden van de raad van toezicht van een stichting bovendien vaak een systeem van coöptatie al dan niet in combinatie met voordrachtsrechten van een belanghebbendenorgaan. Dit alles neemt echter niet weg dat de raad van toezicht van een stichting net als de raad van commissarissen van een structuurvennootschap autonoom dient te handelen vanuit de toezichthoudende taak die – als gezegd – gericht moet zijn op het belang van de rechtspersoon.

Anders dan sommige andere auteurs meen ik dat de raad van toezicht van het ledenverbod in beginsel weinig te vrezen heeft.<sup>204</sup> Uiteindelijk is het aan de rechter om te beslissen of het raad van toezichtmodel in strijd is met het ledenverbod. Mocht de rechtbank al tot het oordeel komen dat daarvan sprake is (hetgeen ik niet aannemelijk acht) dan zal hij, als gezegd, alvorens ontbinding uit te spreken, de stichting in de gelegenheid moeten stellen om de

---

201. Zie ook Houwen 2014, die eveneens aangeeft dat niet te snel voorbij gegaan moet worden aan de aard van de lidmaatschapsverhouding.

202. Zie ook artikel 9 en 11 van het Wetsvoorstel btrp.

203. Uiteraard zijn algemene beginselen zoals artikel 2:8 BW wel van toepassing.

204. Anders: Kemp & Schwarz 2013.

## HOOFDSTUK 4

statuten in overeenstemming te brengen met de wettelijke eisen van een andere rechtsvorm. De vraag is dan echter welke rechtsvorm gekozen dient te worden. Het lijkt zeer gekunsteld om de stichting om die reden om te vormen naar een vereniging en leden van de raad van toezicht lid van die vereniging te maken; daarmee wordt geen enkel maatschappelijk belang gediend.<sup>205</sup>

### 4.7.7 *Samenvatting en conclusies*

Met het ledenverbod onderscheidt de stichting zich in organisatorische zin van de vereniging, maar ook van de overige in Boek 2 BW genoemde corporatieve rechtspersonen die aandeelhouders kennen. Het ledenverbod werd in de WS 1956 opgenomen teneinde te voorkomen dat de stichting zou worden “misbruikt” in gevallen waarin de vereniging de meer geëigende rechtsvorm was. Destijds was voor een vereniging, maar niet voor een stichting, Koninklijke erkenning (later: een Ministeriële verklaring van geen bezwaar) vereist voor het verkrijgen van rechtspersoonlijkheid.

De inhoud van het ledenverbod is niet vastomlijnd. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of het ledenverbod wordt overschreden, maar hierover zijn nauwelijks uitspraken geweest. De wetsgeschiedenis biedt enkele aanknopingspunten. Uitgangspunt van het ledenverbod is mijns inziens dat er geen orgaan mag zijn dat wat betreft samenstelling en zeggenschapsrechten op één lijn te stellen is met de algemene vergadering van een vereniging. Er bestaat echter discussie wanneer hiervan sprake is.

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de juridische constructie van belang is, waarbij beslissend is welke bevoegdheden aan het orgaan zijn toegekend. Bovendien volgt uit de wetsgeschiedenis dat het ledenverbod wordt overtreden als een stichting een orgaan heeft, anders dan het bestuur, dat beslissend kan ingrijpen in het wezen of de werkzaamheden van de stichting. Het doel en het doelgebonden vermogen bepalen naar mijn mening het wezen van de stichting. De vraag welke bevoegdheden dusdanig ingrijpend zijn dat strijd met het ledenverbod aan de orde is dient naar mijn mening mede in het licht van dit materiële kenmerk te worden bezien.

De bevoegdheid om het statutaire doel en daarmee de kernactiviteiten van de stichting te wijzigen kan spanning met het ledenverbod opleveren, met name indien de stichting vermogen heeft dat daardoor een andere bestemming krijgt. Spanning met het ledenverbod is voorts mogelijk aan de orde als een stichtingsorgaan het recht heeft het bestuur vergaande bindende instructies te geven

---

205. Aldus ook Van Wersch 1979, p. 140.

waarmee het orgaan in feite het beleid van de stichting kan bepalen. Het recht om bestuursbesluiten goed te keuren (*negative control*) zal naar mijn mening geen spanning met het ledenverbod opleveren.

Blijkens de wetsgeschiedenis is niet alleen van belang of de bevoegdheden van het stichtingsorgaan overeenkomen met de bevoegdheden van een algemene vergadering maar ook of de positie van het orgaan overeenkomt met die van de algemene vergadering van een vereniging. Relevant is of het stichtingsorgaan qua samenstelling en taakopdracht te vergelijken is met een algemene vergadering. Een voorbeeld van een dergelijk orgaan is een deelnemersraad of raad van aangeslotenen. Deelnemers en aangeslotenen mogen bij de uitoefening van hun bevoegdheden, evenals leden, handelen naar eigen inzicht en hun eigen belang nastreven.

De raad van toezicht functioneert wezenlijk anders dan een algemene vergadering. Interne toezichthouders dienen zich immers bij de uitoefening van hun toezichthoudende taak te richten naar het belang van de stichting. Zolang de bevoegdheden van de raad van toezicht verband houden met zijn intern controlerende rol en zijn toezichthoudende taak zal spanning met het ledenverbod naar mijn mening niet aan de orde zijn.

#### 4.8 Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen

Rechtspersonen worden van oudsher onderverdeeld in corporatieve rechtspersonen en niet-corporatieve rechtspersonen. Bij corporatieve rechtspersonen bepalen de leden of aandeelhouders het doel en de organisatie van de rechtspersoon: zij vormen de algemene vergadering, die de wettelijke bevoegdheid heeft om het doel vast te stellen en te wijzigen en om het bestuur te benoemen en ontslaan. De stichting is de enige niet-corporatieve rechtspersoon en heeft een instellingskarakter in plaats van een samenwerkingskarakter. Stichtingen kennen geen leden of aandeelhouders. Het stichtingsdoel en de organisatie waarmee dat doel wordt verwezenlijkt worden bepaald en vastgesteld door de oprichters (stichters). Oprichters staan zelf in beginsel buiten de organisatie van de stichting. Dat wil zeggen: zij maken niet noodzakelijkerwijs deel uit van de organen van de stichting. Het door de oprichters vastgestelde doel en het daaraan gebonden vermogen staat als het ware los van de stichtingsorganen. Dit stichtingsdoel vormt een belangrijk richtsnoer voor (de taakuitoefening door) het bestuur van de stichting. Als er bij de stichting, om welke reden dan ook, een raad van toezicht wordt ingesteld, vormt het stichtingsdoel eveneens een belangrijk richtsnoer voor de raad van toezicht.

#### HOOFDSTUK 4

Het normaaltype stichting heeft slechts een bestuur dat niet bevoegd is het statutaire doel te wijzigen. Volgens de wet kunnen de statuten, waaronder het statutaire doel, slechts gewijzigd worden indien de oprichter die mogelijkheid uitdrukkelijk in de statuten heeft geboden. Deze wettelijke bepaling is mijns inziens (nog steeds) relevant, aangezien deze bepaling de oprichter van een stichting dwingt om bij oprichting een keus te maken of hij doelwijziging door een stichtingsorgaan wil toestaan en, zo ja, of hij daarbij goedkeuring van een ander orgaan of een andere instantie voorschrijft. Ik meen dat het van belang is om bij oprichting van een stichting stil te staan bij de mogelijkheid van doelwijziging, omdat wijzigingsbevoegdheid er toe kan leiden dat het doelgebonden stichtingsvermogen een andere bestemming krijgt. Doelwijziging heeft daarmee mogelijk vergaande gevolgen voor de bij de stichting betrokken belanghebbenden.

Indien wordt besloten om bij de stichting een raad van toezicht in te stellen, dient de raad mijns inziens een rol te spelen bij de bescherming van het doel en het doelgebonden vermogen. De raad van toezicht richt zich bij de vervulling van zijn taak, net als het bestuur, naar het belang van de stichting en daarmee verbonden onderneming of organisatie. Daarbij de alle betrokkenen belangen in acht genomen te worden. Evenals de raad van commissarissen van andere rechtspersonen dient de raad van toezicht er op toe te zien dat het bestuur zich richt op doelverwezenlijking, maar ook dat het stichtingsvermogen wordt aangewend conform het stichtingsdoel. De raad van toezicht dient mijns inziens voldoende wettelijke en statutaire bevoegdheden te hebben teneinde het doelgebonden vermogen te kunnen bewaken. Ik meen dat in ieder geval wettelijk voorgeschreven zou moeten worden dat, indien een stichting een raad van toezicht instelt en doelwijziging mogelijk is gemaakt, bestuursbesluiten tot doelwijziging voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht behoeven.

Het belang van het doel en de doelgebondenheid van het vermogen van de stichting wordt door de wetgever onderstreept door de regeling van de vermogensklem bij omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm. Ook andere besluiten en rechtshandelingen dan omzetting kunnen als gevolg hebben dat het stichtingsvermogen een andere bestemming krijgt, bijvoorbeeld: juridische fusie met en afsplitsing naar een stichting met een ander doel, ontbinding van de stichting en bestemming van het liquidatiesaldo. Een vermogensklem is in dergelijke gevallen, mijns inziens terecht, niet door de wet voorgeschreven. Wanneer het statutaire doel niet gewijzigd kan worden dient voor besluiten tot fusie of splitsing net als voor besluiten tot statutenwijziging wel rechterlijke goedkeuring gevraagd te worden. Ik meen dat als er een raad van toezicht is ingesteld, de raad bij dergelijke ingrijpende besluiten betrokken dient te worden. De wet zou daartoe een regeling dienen te bevatten.

## MATERIËLE KENMERKEN VAN DE STICHTING

Een stichting kan ook op andere manieren de bestemming of het karakter van het doelgebonden vermogen wijzigen. Zo kan een dochtervennootschap opgericht worden waarin (een deel van) het stichtingsvermogen wordt ondergebracht en kunnen vervolgens de aandelen in die dochtervennootschap worden verkocht. In de wet zou een algemene bepaling opgenomen kunnen worden op grond waarvan de raad van toezicht betrokken wordt bij besluiten waarmee de bestemming of het karakter van het doelgebonden vermogen wijzigt. Dergelijke besluiten zijn van materiële betekenis voor de stichting, net als bijvoorbeeld besluiten tot reorganisatie (vergelijk artikel 2:107a BW voor NV's). Fusie, splitsing en ontbinding zijn echter in aparte titels van Boek 2 BW geregeld en aan doelwijziging van de stichting is in de stichtingentitel een aparte wettelijke bepaling gewijd, zodat het naar mijn mening duidelijker is om bij de desbetreffende artikelen voorafgaande goedkeuring door de raad van toezicht te regelen. In sectorcodes en/of "op maat gemaakte" statuten kunnen bepaalde andere besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de stichting en het stichtingsvermogen worden onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht.

Naast het hebben van een doelgebonden vermogen worden stichtingen gekenmerkt door het uitkeringsverbod en het ledenverbod. Onderdeel van de taak van de raad van toezicht is er op toe te zien dat het stichtingsvermogen wordt besteed conform het stichtingsdoel en dat het uitkeringsverbod (bijvoorbeeld door het toekennen van bovenmatige vergoedingen aan bestuurders) en het ledenverbod niet worden overtreden. Hoewel het laatste woord hierover aan de rechter is, meen ik dat de raad van toezicht zelf het ledenverbod niet snel zal overtreden indien en zolang zijn bevoegdheden in het verlengde van zijn toezichhoudende taak liggen.

### Aanbevelingen aan de wetgever:

- Iedere raad van toezicht dient betrokken te worden bij besluiten tot doelwijziging, omzetting, fusie, splitsing, ontbinding en bestemming van het liquidatiesaldo van de stichting. Betrokkenheid van de raad van toezicht bij deze besluiten zou middels een goedkeuringsrecht in Boek 2 BW vastgelegd moeten worden.
- [Zie paragraaf 4.5.4] Artikel 2:312 lid 4 BW zou dienen te bepalen dat de raad van toezicht van de stichting, indien deze is ingesteld, het voorstel tot fusie of splitsing moet goedkeuren en mede ondertekenen. Hetzelfde geldt overigens voor de (gewone) vereniging.
- [Zie paragraaf 4.4.3] Artikel 2:294 lid 1 BW zou eveneens aan de raad van toezicht de mogelijkheid moeten bieden bij de rechter een verzoek in te dienen tot statutenwijziging (waaronder doelwijziging) op de in dat artikel genoemde gronden. Daaraan dient te worden toegevoegd dat de rechter slechts overgaat tot statutenwijziging nadat het bestuur hierover is gehoord.

#### HOOFDSTUK 4

- [Zie paragraaf 4.4.3] In de wet zou opgenomen dienen te worden dat de rechterlijke beslissing om het doel te wijzigen of goedkeuring te verlenen aan een fusie of splitsing (waarbij het doel van de verkrijgende stichting anders komt te luiden), onverwijld bekend wordt gemaakt via een advertentie of op website van de stichting, zodat belanghebbenden van de stichting de mogelijkheid hebben om binnen de door de wet gestelde termijn bezwaar aan te tekenen.

#### Aanbevelingen voor sectorregels en sectorcodes:

- Zolang Boek 2 BW hierover geen regeling bevat, zou in sectorregels en sectorcodes geregeld moeten worden dat aan de goedkeuring van de raad van toezicht zijn onderworpen bestuursbesluiten die (kunnen) leiden tot wijziging van de bestemming van het doelgebonden vermogen. In ieder geval vallen hieronder besluiten tot doelwijziging, omzetting, fusie, splitsing, ontbinding en bestemming van het liquidatiesaldo van de stichting, maar ook andere (combinaties van) besluiten zoals bijvoorbeeld oprichting van een dochtervennootschap, overdracht van stichtingsvermogen aan die dochter en/of verkoop en levering van aandelen in die dochtervennootschap aan een derde.

## Hoofdstuk 5. Algemene taak van de raad van toezicht, toezichthoudende bevoegdheden en informatievoorziening

### 5.1 Inleiding

Het huidige stichtingenrecht bevat geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van toezicht. Het bestaan van een raad van toezicht bij de stichting wordt slechts impliciet erkend in een aantal artikelen in Boek 2 BW.<sup>1</sup> Aangezien er geen wettelijke grondslag is, bevat Boek 2 BW geen wettelijke omschrijving van de taak van leden van de raad van toezicht van de stichting.

In diverse rapporten, die mede naar aanleiding van incidenten in de semipublieke sector verschenen, is geconstateerd dat niet voor alle interne toezichthouders duidelijk is wat tot hun taak behoort. Verbetering van het toezicht begint volgens de voormalige Minister van Veiligheid en Justitie in 2013 bij het scheppen van meer duidelijkheid over de taken en bevoegdheden van interne toezichthouders.<sup>2</sup> De Minister schreef ook dat van belang is dat interne toezichthouders ervoor zorgen dat zij voldoende geïnformeerd zijn om besluiten te nemen. Een reden voor inactiviteit van interne toezichthouders is dat men afgaat op de informatie die door het bestuur wordt verstrekt en dat men niet goed weet wat men allemaal zelf kan of moet doen, aldus de Minister. Hij vervolgt dat interne toezichthouders een eigen verantwoordelijkheid hebben om informatie in te winnen. Wanneer zij meer duidelijkheid hebben over hun taken en bevoegdheden, weten zij beter wat er van hen verwacht wordt en wat zij van elkaar mogen verwachten en kunnen zij daar ook beter op worden afgerekend, aldus de Minister.

In dit hoofdstuk wordt de algemene taak van de verplichte en vrijwillige raad van toezicht onderzocht. Nagegaan wordt welke bevoegdheden in verband met de toezichthoudende taak aan de raad van toezicht in het algemeen kunnen en moeten worden toegekend.

In het voorgaande hoofdstuk 4 werd geconcludeerd dat de raad van toezicht vanwege (het bewaken van) het bijzondere karakter van de stichting een aantal minimumbevoegdheden nodig heeft, die wettelijk vastgelegd dienen te worden.

---

1. Artikelen 2:297b, 300 en 300a BW.

2. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren, 12 november 2013' met kenmerk 435758, p. 3. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33750-VI, nr. 31.

## HOOFDSTUK 5

In dit hoofdstuk komt aan de orde welke soorten toezichthoudende bevoegdheden de wet en de statuten nog meer aan de raad van toezicht van de stichting in het algemeen kunnen toekennen en hoe deze de toezichthoudende taak verder kunnen inkleuren. Bovendien komt in dit hoofdstuk aan de orde hoe de raad van toezicht van informatie wordt voorzien teneinde zijn toezichthoudende taak uit te kunnen oefenen.

De raad van toezicht wordt in dit hoofdstuk op een aantal plaatsen vergeleken met raad van commissarissen van corporatieve rechtspersonen. Aangezien het niet zinvol is om de raad van toezicht met de raad van commissarissen van *alle* soorten corporatieve rechtspersonen afzonderlijk te vergelijken en omdat corporatieve rechtspersonen onderling veel overeenkomsten vertonen op het gebied van corporate governance, is op een aantal plaatsen gekozen de raad van toezicht slechts te vergelijken met de raad van commissarissen van de gewone kapitaalvennootschap (NV en BV) en de structuurvennootschap (volledig structuurregime). Over de raad van commissarissen bij de kapitaalvennootschap is veel jurisprudentie en literatuur verschenen, aangezien deze in verhouding het meest voorkomt. De structuurvennootschap is interessant omdat de regeling van de verplichte raad van commissarissen in de structuurregeling overeenkomsten vertoont met de regeling van de verplichte raad van toezicht van grote stichtingen in de semipublieke sector (zorg- en woningcorporatiesector).

### 5.2 Wanneer is sprake van een raad van toezicht?

#### 5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt ingegaan op de elementen die van belang zijn om te kunnen spreken van een “raad van toezicht”. Een raad van toezicht is volgens de wetgever, net als een raad van commissarissen, een toezichthoudend orgaan, zo blijkt uit de MvT bij het Wetsvoorstel btrp. Het gaat dus om (a) een *orgaan* dat (b) een *toezichthoudende taak* heeft. Een “taak” kan volgens sommige auteurs worden gezien als iets wat een orgaan conform de inrichtingsregels van de rechtspersoon behoort te doen opdat de rechtspersoon het doel bereikt waarvoor hij bestaat.<sup>3</sup> Hierna komt allereerst het orgaanbegrip en vervolgens de algemene toezichthoudende taak aan de orde. Onderzocht wordt wat de wetgever onder *toezichthoudende taak* verstaat. Bovendien wordt ingegaan op andere elementen die van belang zijn voor de kwalificatie “raad van toezicht”.

---

3. Blanco Fernández 2016, p. 33.



### 5.2.2 *Orgaanbegrip*

#### *Orgaandefinities*

De term “orgaan” komt op meerdere plekken in Boek 2 BW voor. Zoals in de literatuur ook wordt opgemerkt, wordt de term in verschillende wetsartikelen niet altijd in dezelfde zin gebruikt en dient bij de bepaling van de betekenis van de term “orgaan” steeds gekeken te worden in welk verband de term voorkomt. Volgens Van der Grinten wordt in het merendeel van de wetsartikelen met de term bedoeld “instituties binnen de rechtspersoon wier beslissingen gelden als beslissingen van de rechtspersoon”.<sup>4</sup> Instituties buiten de rechtspersoon zijn volgens Van der Grinten in strikte zin geen orgaan. De minister, de gemeente die een bestuurder van een vereniging of stichting of die een commissaris van een NV of BV benoemt, zijn geen organen van de rechtspersoon, schreef Van der Grinten in 1997. Kroeze<sup>5</sup> deelt de mening van Van der Grinten nadrukkelijk niet en ook andere auteurs denken tegenwoordig genuanceerder over het orgaanbegrip, mede vanwege de rechtspraak sinds 1997 die hierna aan de orde komt.<sup>6</sup>

Kroeze verstaat onder orgaan “een instantie aan wie door de wet of de statuten de bevoegdheid is toegekend om besluiten te nemen die rechtens gelden als besluiten van de rechtspersoon.” Een orgaan heeft beslissingsbevoegdheid in aangelegenheden van de rechtspersoon, aldus Kroeze.<sup>7</sup> De orgaandefinitie van Van Schilfgaarde is vergelijkbaar: “een uit een of meer personen bestaande functionele eenheid die door de wet of de statuten met beslissingsbevoegdheid in vennootschappelijke aangelegenheden is bekleed.”<sup>8</sup> Deze laatste definitie is door het Gerechtshof Arnhem op 10 juli 2012 (Judo Bond Nederland) onder verwijzing naar het stelsel van de wet, bijna letterlijk tot uitgangspunt genomen.

- 
4. Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997/37 en 472. “Wanneer wij in het vervolg van orgaan spreken, zullen we de term als regel gebruiken in de restrictieve zin die wij boven aangaven. Orgaan is de in de wet of de statuten van de rechtspersoon gestructureerde instantie aan wie besluitvorming binnen de rechtspersoon is opgedragen. De individuele bestuurder, de individuele leden of aandeelhouders, zijn geen orgaan, doch maken deel uit van een orgaan. De minister, de gemeente die een bestuurder van een vereniging of stichting of die een commissaris van een NV of BV benoemt, is niet orgaan van de rechtspersoon. Vgl. mijn artikel in NV 57 (1979), p. 139.”
  5. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/186 (de bewerking door Kroeze van het Asser-deel dat voorheen door Van der Grinten werd bewerkt).
  6. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2, p. 93.
  7. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/186.
  8. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 3. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2, p. 93, formuleert het als volgt: “Een of meer natuurlijke en/of rechtspersonen, die bij het optreden in functie krachtens enige bepaling in de statuten of de wet belast zijn met een nader omschreven taak en aan wie daarbij beslissingsbevoegdheid omtrent de eigen taakuitoefening is toegekend.”

## HOOFDSTUK 5

Het ging in deze zaak over de vraag of de commissie van beroep, een met tucht-rechtspraak belast college van de vereniging Judo Bond Nederland, een orgaan is. Het Hof oordeelde dat dit niet het geval is omdat met een dergelijk college is beoogd dat de berechting van leden plaatsvindt door een onafhankelijke instantie, *die niet handelt namens de rechtspersoon*.<sup>9</sup>

De overweging van het Gerechtshof Arnhem, dat een orgaan handelt namens de rechtspersoon, sluit aan bij de opmerking van Blanco Fernández dat een orgaan bestaat uit een persoon of groep van personen die op grond van het interne recht de bevoegdheid hebben om “de wil van de rechtspersoon rechtens te bepalen”. Volgens Blanco Fernández is kenmerkend voor het zijn van orgaan de grondslag waarop de bevoegdheid van het orgaan berust.<sup>10</sup> Daarbij merkt hij op dat een orgaan verschilt van de werknemer of gevolmachtigde, die ook de wil van de rechtspersoon bepalen, maar die handelen op grond van een contractuele verhouding met de rechtspersoon in plaats van op grond van het interne recht.

Ik zou – in lijn met de hiervoor genoemde definities – tot uitgangspunt willen nemen dat een orgaan van een rechtspersoon een eenheid is, die bevoegd is besluiten te nemen op het gebied van de aan haar toebedeelde taken en bevoegdheden. De beslissingsbevoegdheid van een orgaan op een bepaald terrein berust op de wet en/of op de statuten.

Voor de kwalificatie raad van toezicht of toezichthoudend orgaan, is dus nodig dat sprake is van beslissingsbevoegdheid op een bepaald gebied op grond van de wet en/of de stichtingsstatuten, bijvoorbeeld: de bevoegdheid om

- 
9. Hof Arnhem 10 juli 2012 *JOR* 2012/318 (Judo Bond Nederland) met noot Blanco Fernández, r.o. 4.4. Overigens was daarbij van belang dat de statuten van de vereniging uitdrukkelijk bepaalden dat de commissie van beroep geen orgaan is. Omdat de commissie van beroep geen orgaan is kan een besluit van deze commissie niet als een besluit van een orgaan van de vereniging in de zin van artikel 2:14 en 2:15 BW worden beschouwd, aldus het Hof. De Pres. Rb. Utrecht 14 april 1978, *NJ* 1978, 496 merkte de Commissie van Beroep van de Koninklijke Nederlandse Voetbalbond (KNVB) evenmin als orgaan aan. Zie echter de door Van der Ploeg genoemde uitspraken (Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2., p. 94): Hof Amsterdam 10 juli 1977 (n.g. rolnr. 137/77) waarin de Gedragsraad van de Koninklijke Nederlandse Watersportbond wel als orgaan werd aangemerkt en Pres. Rb. Leeuwarden 5 april 2001, *KG* 2001, 150 waarin de beroepscommissie van de Koninklijke Nederlandse Kaatsbond wel als orgaan werd aangemerkt. Van der Ploeg merkt – mijns inziens terecht – op dat niet goed duidelijk is waarom een grote mate van of zelfs volstreekte onafhankelijkheid van een in verenigingsverband functionerend college in de weg zou staan aan het zijn van orgaan (Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2., p. 94).
10. “Het orgaan bepaalt de wil van de rechtspersoon op grond van de regels die de inrichting van de rechtspersoon regelen (het interne recht)” aldus Blanco Fernández. J.M. Blanco Fernández, *SDU Commentaar Ondernemingsrecht*, BW artikel 2:14, C.2.2.

bestuurders te schorsen of een bepaald bestuursbesluit goed te keuren.<sup>11</sup> Het gevolg van het zijn van een orgaan is dat besluiten van het orgaan zijn onderworpen aan de regels omtrent nietigheid en vernietigbaarheid van besluiten van artikelen 2:14 en 15 BW.

Ik ben het eens met auteurs die opmerken dat bijvoorbeeld een raad van advies, die geen eigen bevoegdheden maar slechts een adviserende taak heeft, weliswaar deel uitmaakt van de organisatie van de rechtspersoon, maar geen orgaan is.<sup>12</sup> Indien de raad van advies op grond van de statuten echter goedkeuringsbevoegdheid heeft ten aanzien van bepaalde bestuursbesluiten of een andere eigen beslissingsbevoegdheid heeft, is naar mijn mening wel sprake van een orgaan. Overigens dringt zich dan meteen de vraag op of de raad van advies niet eigenlijk een toezichthoudend orgaan is, waarover hierna in paragraaf 5.2.5. meer.

*Personen of instanties die “buiten de rechtspersoon staan”*

Op grond van artikel 2:8 BW dienen de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken, zich als zodanig jegens elkaar gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. In de rechtspraak is een aantal keer aan de orde gekomen de vraag of artikel 2:8 BW en artikel 2:8 BW in combinatie met artikel 2:15 BW (vernietigbaarheid van besluiten wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid) ook van toepassing zijn ten aanzien van een persoon of instantie die “buiten de rechtspersoon staat”. Een voorbeeld van een dergelijke buitenstaander is een gemeente of provincie. Rechtbank Arnhem 10 december 2008 (Gelredome)<sup>13</sup> overwoog wat betreft de toepasselijkheid van artikel 2:8 BW het volgende:

“De Provincie en de Gemeente zijn als instanties die het recht hebben bestuurders te benoemen, organen van de Stichting. Dit brengt onder meer mee dat hun betrokkenheid bij de bestuurdersbenoeming de Provincie, de Gemeente en het stichtingsbestuur tegenover de stichting en elkaar in de verhouding stelt die krachtens artikel 2:8 BW mede wordt beheerst door hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.”

Een (overheids)instantie met benoemingsrechten (of voordrachtsrechten) wordt dus in deze uitspraak een orgaan genoemd *voor zover het haar positie als benoemingsgerechtigde betreft*. Deze (overheids)instantie heeft immers een zekere beslissingsbevoegdheid op grond van de statuten.

11. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2, p. 93.

12. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2., p. 93.

13. Rechtbank Arnhem 10 december 2008, *JOR* 2009/34 (Gelredome) met noot Schmieman, r.o. 7.19.

## HOOFDSTUK 5

In het arrest van 21 mei 2000 (Geestelijk Leider)<sup>14</sup> oordeelde de Hoge Raad dat de Geestelijk Leider in zijn besluitvorming en handelen was gebonden aan de grenzen van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW. Artikel 2:8 BW verwijst als gezegd niet naar het begrip orgaan maar naar “degenen die krachtens de wet en de statuten bij de organisatie van de rechtspersoon zijn betrokken”. De Hoge Raad oordeelde dat de adviezen die de Geestelijk Leider op grond van zijn instructiebevoegdheid kan geven in bepaalde omstandigheden vernietigd kunnen worden op grond van artikel 2:8 juncto artikel 2:15 BW.<sup>15</sup> Artikel 2:15 BW verwijst wel naar het orgaanbegrip. Blanco Fernández meent dat in het oordeel besloten ligt dat de Hoge Raad de Geestelijk Leider kwalificeert als een (extern) orgaan en dat de Hoge Raad het kennelijk niet van belang acht of de persoon of instantie binnen of buiten de rechtspersoon staat. Anderen merken mijns inziens terecht op dat de vraag of de Geestelijk Leider kwalificeert als een orgaan en, zo ja, hoe ver die kwalificatie strekt, in deze procedure door de Hoge Raad niet expliciet is beantwoord.<sup>16</sup>

In de uitspraak van 30 januari 2008 inzake Heilig Land Stichting en Eerste Hulp Stichting der Heilig Land Stichting<sup>17</sup> oordeelde de Rechtbank Arnhem dat de Bisschop van 's-Hertogenbosch als orgaan kan worden aangemerkt:

“De rechtbank stelt vast dat de Bisschop van 's-Hertogenbosch aan de statuten van de stichtingen de bevoegdheid ontleent om in de organisatie van die rechtspersonen een bepaalde functie te vervullen en dat hij daarmee een orgaan van de stichtingen is.

Ook voor de Bisschop van 's-Hertogenbosch geldt dus de regel van artikel 2:8 BW [\*\*].”

Zoals gezegd gaat het in deze uitspraken steeds over de vraag of artikel 2:8 BW of artikel 2:8 BW in combinatie met artikel 2:15 BW van toepassing is. Deze uitspraken moeten om die reden naar mijn mening niet te ruim worden geïnterpreteerd. Mijns inziens is het voor de kwalificatie als orgaan, zeker als orgaan dat een intern toezichthoudende rol heeft binnen een stichting (waarover hierna meer), noodzakelijk dat de persoon of instantie deel uitmaakt van

---

14. HR 21 mei 2000, *JOR* 2000, 145 (Geestelijk Leider), met noot Blanco Fernández.

15. HR 21 mei 2000, *JOR* 2000, 145 (Geestelijk Leider), r.o. 3.4.

16. Bosse (Bosse 2009) betwijfelt of de Geestelijk Leider als orgaan van de stichting kan worden aangemerkt. Hij meent dat de Geestelijk Leider als een derde en niet als orgaan moet worden beschouwd, *zodat aan deze zelfs geen goedkeuringsbevoegdheid kan worden toegekend*. Ik meen dat dit een omgekeerde redenering is. Het toekennen van bevoegdheden, zoals de goedkeuringsbevoegdheid, is naar mijn mening wel mogelijk.

17. Rechtbank Arnhem 30 januari 2008, *JOR* 2008/68 (Heilig Land Stichting) met noot Blanco Fernández, r.o. 5.35, 5.36 en 5.46.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

de interne organisatie van de stichting. Een (overheids)instantie die benoemingsbevoegdheden en wellicht nog andere aanvullende bevoegdheden zoals goedkeuringsbevoegdheden heeft, kan naar mijn mening niet onderdeel uitmaken van de interne organisatie.

Het onderscheid tussen binnen- en buitenstaande organisatorische eenheden is volgens sommige auteurs echter weinig zinvol.<sup>18</sup> Kroeze meent dat een buitenstaander die een statutaire rol heeft gekregen daardoor geen buitenstaander meer is en binnen de sfeer van de rechtspersoon is gekomen. Ik merk op dat het onderscheid wel relevant is in verband met de kwalificatie raad van toezicht of toezichthoudend orgaan in de zin van de wet (of wat betreft stichtingen: in de zin van het Wetsvoorstel btrp), dat wil zeggen: de kwalificatie als orgaan met een *intern* toezichthoudende taak. Een overheidsinstantie kan naar mijn mening niet kwalificeren als intern toezichthoudend orgaan in de zin van de wet, aangezien deze een *extern* toezichthoudende rol heeft waarbij zij één of meer bevoegdheden heeft gekregen die in de statuten zijn vastgelegd.

Het onderscheid tussen binnen- en buitenstaande organisatorische eenheden en het onderscheid tussen de interne en externe toezichthoudende rol is echter niet altijd gemakkelijk te maken. In het geval van de Bisschop van 's-Hertogenbosch en (vooral) de Geestelijk Leider zou beargumenteerd kunnen worden dat zij niet buiten de organisatie van de stichting stonden en zou bovendien beargumenteerd kunnen worden dat zij een intern toezichthoudende taak hadden. Zij hadden een behoorlijk aantal bevoegdheden toebedeeld gekregen op grond van de statuten. De Bisschop had niet alleen bevoegdheden ten aanzien van de vervulling van vacatures, maar ook het recht jaarlijks kennis te nemen van een verslag van de activiteiten van de stichting, jaarlijks kennis te nemen van de rekening en verantwoording, toestemming te geven voor statutenwijziging en ontbinding en de bevoegdheid "liquidateuren" te benoemen. De Geestelijk Leider had op grond van de statuten de bevoegdheid bepaalde besluiten van het bestuur goed te keuren en was gerechtigd tot inzage van alle stukken en bescheiden van de stichting. Hij had bovendien blijkens de statuten de bevoegdheid het bestuur gevraagd en ongevraagd bindend advies te geven. De Bisschop van 's-Hertogenbosch en de Geestelijk Leider waren dus niet alleen bij de organisatie *betrokken* (in de zin van artikel 2:8 BW) maar gezegd zou kunnen worden dat zij, gelet op hun bevoegdheden en hun rol binnen de stichting (waaronder, zo lijkt het, een rol in het kader van de interne verantwoording), *deel uitmaakten van de organisatie*.

Ik meen echter dat er nog iets nodig is voor de kwalificatie toezichthoudend orgaan in de zin van de wet. Voor het lidmaatschap van een toezichthoudend orgaan geldt geen vrije toe- en uittreding, zoals bij de algemene vergadering van

---

18. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 5.2, p. 93, Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/186.

leden of aandeelhouders. Om lidmaatschap van een raad van toezicht of raad van commissarissen te bewerkstelligen, dient een daartoe strekkende aanwijzing of benoeming en aanvaarding van die benoeming plaats te vinden. De statuten dienen dus regels te bevatten omtrent de wijze van benoeming van leden van het toezichthoudend orgaan. Sommige statuten wijzen een bepaalde persoon als (permanent) orgaan aan, hetgeen ook benoeming impliceert. Beargumenteerd zou kunnen worden dat de Geestelijk Leider, die bij naam werd genoemd in de statuten, op een dergelijke wijze is aangewezen of benoemd. De “Bisschop van ’s-Hertogenbosch” is echter een bepaalde *kwaliteit*. Indien er een nieuwe Bisschop van ’s-Hertogenbosch wordt benoemd, is deze dan automatisch een orgaan van een stichting, ook als hij daar zelf wellicht geen weet van heeft? Mijns inziens is dat niet het geval. Ik meen dat voor het lidmaatschap van een orgaan vereist is dat iemand *als zodanig* (in dit geval als enig lid van dat orgaan) wordt benoemd of aangewezen en dat deze de benoeming of aanwijzing heeft aanvaard. Als dat niet het geval is, kan naar mijn mening slechts sprake van een “buitenstaander”, die niet de functie van interne toezichthouder vervult.<sup>19</sup> Voor de kwalificatie toezichthoudend orgaan, meer specifiek: raad van toezicht, dient dus ook gelet te worden op de wijze waarop de statuten de benoeming van de leden van dat orgaan regelen.

### 5.2.3 *Wijze van benoeming en ontslag*

Houwen merkt naar mijn mening terecht op dat de inhoud van het takenpakket, de aard en omvang van de bevoegdheden alsmede de samenstelling en de inrichting in onderlinge samenhang bezien bepalend zouden moeten zijn voor de kwalificatie als toezichthoudend orgaan.<sup>20</sup> Elk van deze elementen is van belang. Op de inhoud van de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht ga ik in de hierna volgende paragrafen in. Met “samenstelling en inrichting” doelt Houwen, als ik hem goed begrijp, ook op het feit dat leden van de raad van toezicht als zodanig benoemd of aangewezen moeten worden. Er kan in ieder geval geen sprake zijn van vrije toe- en uittreding, zoals bij de algemene vergadering.<sup>21</sup>

19. Zo is mijns inziens onvoldoende de bepaling dat de raad van toezicht van stichting X wordt gevormd door de raad van toezicht van stichting Y. Nodig is immers dat de leden van de raad van toezicht van stichting X *als zodanig*, dus als leden van een eigen raad van toezicht, worden benoemd en niet slechts als leden van een orgaan van een *andere* stichting (stichting Y is immers een andere rechtspersoon).

20. Houwen 2014a, p. 142.

21. Houwen zegt dat sprake moet zijn van “benoeming en ontslag in plaats van vrije toe- en uittreding” en lijkt daarmee een onderscheid te willen maken met een vergadering van leden of aandeelhouders; leden of aandeelhouders kunnen immers – in beginsel – vrijelijk toe- en uittreden.

*Aanvaarding van de benoeming*

De huidige wet noch het Wetsvoorstel btrp bepaalt hoe en door wie leden van de raad van toezicht van een stichting worden benoemd en ontslagen. De statuten dienen de wijze van benoeming of de aanwijzing van de leden van de raad van toezicht te regelen. Wat betreft dat laatste: de oprichter van een stichting kan zichzelf of iemand anders als eerste lid van de raad van toezicht aanwijzen in de statuten. De benoeming of aanwijzing dient echter door de benoemde c.q. aangewezen persoon (impliciet of expliciet) aanvaard te worden.<sup>22</sup> Op grond van algemene rechtsbeginselen geldt immers (evenals voor de benoeming van bestuurders) dat aanvaarding nodig is aangezien niemand tegen zijn wil lid van een toezichthoudend orgaan zou mogen worden. Leden van een toezichthoudend orgaan kunnen immers net als bestuurders persoonlijk aansprakelijk gehouden worden voor hun handelen.

Zoals ik reeds opmerkte kan een persoon niet uit hoofde van zijn functie (*qualitate qua*, zie de opmerking over de Bisschop van 's-Hertogenbosch hiervoor) of door de benoeming bij een *andere* rechtspersoon (bijvoorbeeld de benoeming als lid van de raad van toezicht van een “holding-stichting”) van rechtswege lid worden van de raad van toezicht.<sup>23</sup> Vereist is dat een persoon wordt benoemd als lid van de raad van toezicht van de desbetreffende stichting zelf. Belanghebbenden bij die stichting moeten op kunnen komen tegen een dergelijke benoeming, door het aan de benoeming ten grondslag liggende benoemingsbesluit bij de stichting aan te vechten.

*Benoemende instantie, benoemend orgaan of coöptatie*

In de statuten kan worden bepaald dat een ander stichtingsorgaan dan de raad van toezicht zelf of dat een derde de leden van de raad benoemt. Mogelijk kent de stichting geen andere organen dan het bestuur en de raad van toezicht en is er evenmin een “logische” derde voorhanden. Om die reden kan ook worden gekozen voor een systeem waarbij de raad van toezicht zelf zijn leden benoemt.

22. Zie ook Hamers 2015, p. 144, en Asser/Rensen 2-III\* 2012/337 (voor wat betreft bestuurders). Rensen merkt op dat de wet zwijgt over aanvaarding van de benoeming en ook de statuten over dit onderwerp plegen te zwijgen. Hij meent echter dat in ons rechtstelsel, behoudens uitdrukkelijke voorziening, zoals bijvoorbeeld bij voogdij, niet mag worden aangenomen, dat iemand bestuurder wordt zonder zijn instemming. Ik meen dat dit voor de benoeming als lid van een raad van toezicht niet anders is dan voor de benoeming als bestuurder.

23. Dit geldt eveneens voor de benoeming als bestuurder. De Kluiver noemt het voorbeeld dat de statuten bepalen dat het bestuur van een bepaalde organisatie het bestuur van de stichting vormt (De Kluiver, 1988, p. 180). De Kluiver merkt, mijns inziens terecht, op dat een dergelijke bepaling zich niet verdraagt met het stichtingenrecht, waarin essentieel is dat de rechter uiteindelijk kan ingrijpen als het bestuur zijn taak in het licht van de doelstelling van de stichting onjuist vervult. Dit ingrijpen zou zonder zin zijn als de statutaire bepaling dat personen van rechtswege bestuurder zijn rechtsgeldig is. Ontslag zou dan onmogelijk zijn.

## HOOFDSTUK 5

Dit systeem van coöptatie wordt in veel sectorale codes voorgeschreven en/of als uitgangspunt gehanteerd.<sup>24</sup> Coöptatie heeft als voordeel dat de raad van toezicht zijn onafhankelijkheid (van de benoemingsgerechtigde) kan bewaken, maar heeft als mogelijk nadeel dat steeds uit eenzelfde netwerk wordt geput. Om die reden wordt voor sommige soorten stichtingen, bijvoorbeeld voor stichtingen in de semipublieke sector, zoals zorginstellingen, maar ook voor culturele instellingen, voorgeschreven dat toezichthouders die bij dergelijke stichtingen door coöptatie worden benoemd, openbaar (via een advertentie) geworven moeten worden.<sup>25</sup>

### *Benoeming voor bepaalde of onbepaalde tijd*

Leden van de raad van toezicht kunnen voor onbepaalde tijd of voor bepaalde tijd worden benoemd. Een benoeming voor bepaalde tijd, bijvoorbeeld voor een periode van vier jaar met de mogelijkheid om één of meerdere keren herbenoemd te worden, wordt net als de coöptatieregeling in veel sectorcodes voorgeschreven.<sup>26</sup> Door deze vaste periode voor te schrijven wordt bereikt dat de benoeming van nieuwe leden of herbenoeming van bestaande leden en daarmee de samenstelling van de raad van toezicht periodiek aan de orde komt en geëvalueerd wordt (zie ook paragraaf 7.3.4 hierna). Bovendien kan een rooster van aftreden worden opgesteld, waarmee voorkomen wordt dat leden van de raad van toezicht tegelijk aftreden.

Indien een lid van de raad van toezicht voor een periode van ten hoogste vier jaar is benoemd, defungeert hij na verloop van deze vier jaar. Teneinde te voorkomen dat leden van de raad van toezicht defungeren alvorens nieuwe leden zijn benoemd, kunnen de statuten bepalen dat een lid van de raad van toezicht in functie blijft totdat in herbenoeming of opvolging is voorzien. Het desbetreffende lid van de raad van toezicht treedt dan bijvoorbeeld af in de eerstvolgende vergadering die wordt gehouden na ommekomst van zijn vierjaarsperiode, indien in die vergadering een opvolgend lid wordt benoemd. Indien op grond van sectorregels echter een strikte periode van vier jaar geldt, dient deze strikte periode in de statuten in acht genomen te worden.

Een lid van de raad van toezicht dat voor onbepaalde tijd is benoemd blijft lid totdat hij wordt ontslagen of aftreedt. Het is ook mogelijk in de statuten te bepalen dat het lidmaatschap van de raad van toezicht eindigt bij het verlies van een bepaalde kwaliteit.

---

24. Zie ook Bijlage 1.

25. Zie voor zorginstellingen 6.2.4 GCZ 2017 en voor culturele instellingen 6.7 GCC 2014.

26. Zie ook Bijlage 1.



*Flexibele wettelijke regeling*

Boek 2 BW biedt vooralsnog geen basis voor de instelling van een raad van toezicht. De benoeming van leden van de raad van toezicht is dus evenmin in Boek 2 BW geregeld, als gevolg waarvan dit wordt overgelaten aan sectorregels en/of individuele statuten. Het Wetsvoorstel btrp laat benoeming van leden van de raad van toezicht eveneens vrij. Anders dan bij corporatieve rechtspersonen is er geen algemene vergadering of een vergelijkbaar orgaan dat “boven het toezichthoudend orgaan staat” en op grond van de algemene wettelijke regeling de bevoegdheid heeft om leden van de raad van toezicht te benoemen.

*Grenzen aan benoembaarheid*

Ik meen dat het stichtingenrecht terecht flexibel is wat betreft de benoembaarheid van leden van de raad van toezicht, maar dat één grens duidelijk vastgelegd zou moeten worden: in Boek 2 BW zou bepaald dienen te worden dat het bestuur niet de leden van de raad van toezicht mag benoemen.<sup>27</sup> Uit de aard van het toezicht, dat wil zeggen: het feit dat toezicht wordt gehouden op het bestuur, volgt dat het benoemende orgaan niet het bestuur zelf zou mogen zijn. Dat lijkt voor de hand te liggen, maar bij pensioenstichtingen komt – of in ieder geval kwam – het regelmatig voor dat het bestuur van de pensioenstichting de leden van de raad van toezicht zelf benoemt. In de literatuur wordt terecht opgemerkt dat het bestuur op die manier in staat is de kracht en deskundigheid van het op haar gehouden toezicht zelf te organiseren, hetgeen niet de bedoeling van toezicht kan zijn.<sup>28</sup>

5.2.4 *Benaming en/of taak van belang voor kwalificatie; formele of materiële benadering?*

In verband met de vraag of sprake is van een toezichthoudend orgaan is mijns inziens ook de benaming van het orgaan van belang. Uit de benaming blijkt immers wat de bedoeling is. In het geval dat wordt gekozen voor de benaming “raad van toezicht” of “raad van commissarissen”, lijkt er weinig twijfel mogelijk dat bedoeld is een orgaan in het leven de roepen dat tot taak heeft toezicht te houden op het bestuur van de stichting.

27. In gelijke zin: Rensen 2015.

28. Vletter-Van Dort (Vletter-Van Dort 2013) merkt op: “In de praktijk worden interne toezichthouders, of het nu visiteurs zijn, leden van een RvT of leden van een one tier board altijd door het bestuur van het pensioenfonds benoemd. Dit blijkt ook uit de ‘Aanbevelingen deskundig en competent pensioenfondsbestuur’. De RvT en visitatiecommissie stellen ingevolge het Wetsvoorstel versterking bestuur weliswaar zelf een profielschets op voor hun leden, maar de nieuwe wet bepaalt niet op welke wijze benoeming plaatsvindt, noch of de RvT of de visitatiecommissie een stem heeft in het benoemingsproces van haar eigen leden. Zoals aangegeven wordt het aan de nieuw op te stellen code overgelaten om te regelen op welke wijze benoeming van intern toezichthouders dient plaats te vinden.”

*Formele of materiële benadering?*

In het Wetsvoorstel btrp is voorgesteld de taak van de raad van commissarissen van alle rechtspersonen, waaronder begrepen de raad van toezicht van de stichting, op gelijke wijze wettelijk vast te leggen. Daarbij wordt gekozen voor een materiële benadering: een orgaan dat is belast met toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken moet worden aangemerkt als een raad van commissarissen in de zin van de wet. In de literatuur is opgemerkt dat een dergelijke benadering bij stichtingen tot vragen kan leiden. De materiële benadering levert bij de NV en de BV geen problemen op, maar bij de stichting komen in de praktijk meer varianten en vormen van intern toezicht voor.<sup>29</sup> Sommige auteurs suggereren om die reden om, in plaats van de materiële benadering, uit te gaan van een formele benadering wanneer het gaat om stichtingen (en verenigingen).<sup>30</sup> Deze formele benadering zal hierna kort worden toegelicht.

*Huidige regeling; de raad van commissarissen van de NV en de BV*

Het huidige Boek 2 BW bezigt voor stichtingen de neutrale term “toezichthoudend orgaan” (artikel 2:300 leden 2 en 3 BW). Voor wat betreft NV’s en BV’s gaat de huidige wet uit van de term “raad van commissarissen”.

In de tot 2001 geldende Departementale Richtlijnen was expliciet opgenomen dat de statuten het toezichthoudend orgaan van een NV of BV geen andere naam mochten geven dan “raad van commissarissen”.<sup>31</sup> Volgens sommigen is aannemelijk dat deze bepaling destijds in de Departementale Richtlijnen is opgenomen als reactie op de instelling van een “Raad van Toezicht” bij NV Philips’ Gloeilampenfabrieken en de discussie in de literatuur of deze Raad van Toezicht een raad van commissarissen in de zin van de wet was of niet.<sup>32</sup>

29. Blanco Fernández 2016, Waaijer 2016, Quist & Rensen 2017 en De Jongh 2017.

30. Zie bijvoorbeeld De Jongh 2017.

31. De Departementale Richtlijnen bepaalden het volgende: “Kennen de statuten aan een of meer personen de bevoegdheden toe die wettelijk aan de raad van commissarissen toekomen, dan moeten deze commissarissen worden genoemd.” Paragraaf 6.2 van de *Departementale Richtlijnen 1986 voor het beoordelen van oprichtingen en statutenwijzigingen van NV’s en BV’s met beperkte aansprakelijkheid*. Op 1 september 2001 trad de Wet herziening preventief toezicht inwerking (Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 283 en Besluit van 4 augustus 2001, *Stb.* 368). Hiermee verviel de juridisch inhoudelijke toetsing van statuten door het Ministerie van Justitie bij oprichting en statutenwijziging van NV’s en BV’s.

32. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 68. Wat betreft deze Raad van Toezicht werd door Uniken Venema verdedigd dat deze geen raad van commissarissen in de zin van artikel 2:140 e.v. BW was, hetgeen Van der Grinten betwistte. Uniken Venema 1984, p. 49 e.v. en p. 100 e.v.. De Raad van Toezicht (“RvT”) van NV Philips’ Gloeilampenfabrieken had volgens Uniken Venema een statutaire toezichthoudende taak die een verder strekkende werking had dan de wettelijk omschreven taak van de raad van commissarissen. De toezichthoudende taak was uitdrukkelijk concerngericht. Van der Grinten (Van der Grinten 1983-1984) meende echter dat de statutaire taakomschrijving van de RvT ‘in essentie’ niet afwijkt van de wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen. Aangezien de taken gelijk zijn is de RvT een raad van commissarissen, aldus Van der Grinten.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

De wetgever hanteert als uitgangspunt voor NV's en BV's dat een orgaan dat blijkens de statuten belast is met toezicht op het bestuur een raad van commissarissen is en dat dit orgaan de bevoegdheden heeft die naar dwingend recht aan de raad van commissarissen toekomen.<sup>33</sup> De instelling van een raad van commissarissen laat overigens onverlet dat er, naast of in plaats van een raad van commissarissen, bijvoorbeeld een raad van advies kan functioneren, zolang deze maar niet de taak en wettelijke bevoegdheden van de raad van commissarissen heeft.

### *Keuze in Wetsvoorstel btrp*

Het Voorontwerp btrp gebruikte de neutrale term “toezichthoudend orgaan” voor alle rechtspersonen in de eerste titel van Boek 2 BW (zie onder meer artikel 2:9a Voorontwerp), hetgeen volgens de Concept MvT omvat: alle organen die toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie en die het bestuur met raad terzijde staan. Hiermee werd voor stichtingen ruimte geboden voor andere benamingen dan “raad van commissarissen” of “raad van toezicht”.<sup>34</sup> Ondanks de toelichting in de Concept MvT bleek uit verschillende reacties naar aanleiding van de consultatie<sup>35</sup> en uit de literatuur dat – vanwege deze ruime benaming – onduidelijkheid bestond welke stichtingsorganen wel en welke niet als toezichthoudend orgaan kwalificeren.<sup>36</sup>

Mijns inziens werd terecht opgemerkt, bijvoorbeeld door de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht, dat een beperking van de benaming tot “raad van commissarissen”<sup>37</sup> en/of “raad van toezicht” meer duidelijkheid en structuur biedt.<sup>38</sup> In het Wetsvoorstel btrp is vervolgens gekozen voor de term “raad van commissarissen” voor alle rechtspersonen (artikel 11 Wetsvoorstel btrp). De Minister van Veiligheid en Justitie onderkent daarbij, blijkens de MvT btrp, dat

---

Hij meent bovendien dat wanneer de statuten aan een orgaan van een vennootschap een toezichthoudende taak toekennen, het orgaan de taak en bevoegdheden heeft die de wet aan de raad van commissarissen geeft. De statuten kunnen niet bijkomstigheden die de wet aan het commissariaat bij wege van dwingend recht toekent, onthouden.

33. Bosse 2002. Zie in gelijke zin Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 68, en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/493.
34. Concept MvT, p. 14. Concept MvT: “Voor de term “toezichthoudend orgaan” is mede op advies van de Commissie vennootschapsrecht gekozen. Het gebruik van een andere term, bijvoorbeeld raad van commissarissen of raad van toezicht, zou tot onduidelijkheden kunnen leiden en de vraag kunnen oproepen of statutenwijziging is vereist. Zulks is niet het geval. De term “toezichthoudend orgaan” is neutraal.
35. De reacties zijn te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties>.
36. Zie hierover Van Uchelen-Schipper 2016.
37. Zie Stokkermans & Rensen 2014.
38. Reactie van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht van 6 mei 2014 (“Reactie GCV”), p. 2, noot 1 en Reactie ZIFO, p. 4.

## HOOFDSTUK 5

het desbetreffende orgaan bij stichtingen vaak wordt aangeduid als “raad van toezicht”, maar meent dat de benaming van het toezichthoudend orgaan niet bepalend is voor de juridische kwalificatie van dat orgaan. Ook een toezichthoudend orgaan dat wordt aangeduid als “raad van toezicht”, kan een raad van commissarissen zijn in de zin van de wet, aldus de MvT.<sup>39</sup> Het gaat blijkens de MvT om de statutaire taak van het orgaan:

“Wanneer in de statuten een orgaan van de rechtspersoon wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, is dat orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet (vgl. artikel 2:11 leden 1 en 2). Het orgaan heeft in dat geval de taken en bevoegdheden die door de wet aan een raad van commissarissen worden toebedeeld.”<sup>40</sup>

Het Wetsvoorstel btrp gaat dus uit van een materiële benadering: de taak van het orgaan is doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een raad van commissarissen in de zin van de wet. Bij voormelde passage uit de MvT, dient mijns inziens aangetekend te worden dat voor de vaststelling van de taak van het orgaan niet alleen de in de statuten geformuleerde formele taak (komt deze overeen met de wettelijke taak van de raad van commissarissen?), maar ook de in de statuten geformuleerde bevoegdheden, die de taak nader inkleuren en verduidelijken, in ogenschouw genomen moeten worden.<sup>41</sup>

### *Formele benadering*

Zoals gezegd is in de literatuur opgemerkt dat de materiële benadering bij stichtingen op problemen kan stuiten, omdat bij stichtingen verschillende vormen van intern toezicht voorkomen. Wat betreft een aantal vormen van toezicht die in de praktijk voorkomen zal in de hierna volgende paragraaf worden nagegaan of deze kwalificeren als “raad van commissarissen” in de zin van het Wetsvoorstel btrp. De Jongh suggereert dat de wetgever wat betreft stichtingen (en verenigingen) zou kunnen kiezen voor een andere benadering dan de benadering bij NV's en BV's. De wetgever zou de praktijk twee varianten ter beschikking kunnen stellen: een raad van toezicht met een adviserende en toezichthoudende

---

39. MvT btrp, p. 3.

40. MvT btrp, p. 19-20.

41. In gelijke zin Blanco Fernández 1993, p. 18, over de raad van commissarissen van een NV of BV. Blanco Fernández meent dat het niet (alleen) aankomt op de statutaire taakomschrijving maar ook op de bevoegdheden die aan de (leden van de) toezichthoudende instanties zijn toegekend. Zijn deze zodanig dat zij de instantie in kwestie in staat stellen om te handelen als een raad van commissarissen in de zin van de wet, dan zijn zij gericht op het uitoefenen van de commissariële taak. Het orgaan in kwestie is dan een raad van commissarissen, aldus Blanco Fernández.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

taak, vergelijkbaar met de raad van commissarissen van een NV of BV, en een raad van advies met een louter adviserende functie. Daarbij zou volgens De Jongh dienen te gelden dat een raad van toezicht pas een raad van toezicht is, als deze als zodanig in de statuten wordt aangeduid.<sup>42</sup>

Ik ben het eens met De Jongh dat het voordeel van een formele regeling is dat geen misverstand kan bestaan over de kwalificatie van het orgaan dat met toezicht is belast. Tegelijk meen ik dat het in het systeem van de wet minder logisch is om voor stichtingen (en verenigingen) voor een andere benadering te kiezen dan voor andere rechtspersonen. Ik meen dat in het Wetsvoorstel btrp terecht wordt gekozen voor een materiële benadering. Bovendien meen ik dat hier een belangrijke taak voor notarissen ligt. Zoals in de literatuur wordt opgemerkt doet degene die statuten voor een stichting opstelt er goed aan te benoemen of een orgaan dat een intern toezichthoudende of intern controlerende functie heeft als raad van toezicht (raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp) dient te worden beschouwd.<sup>43</sup>

Sommige auteurs zijn kritisch over het feit dat de wetgever in het Wetsvoorstel btrp voor alle rechtspersonen, commercieel of niet-commercieel, de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen in een algemene regeling wil vastleggen.<sup>44</sup> Zij menen dat niet-commerciële stichtingen belemmerd worden om hun interne toezicht op hun eigen manier vorm te geven. Ik ben van mening dat een wettelijke basisregeling voor de raad van toezicht niet aan andere, beperktere vormen van intern toezicht in de weg hoeft te staan. Zo is het nog steeds mogelijk om andere organen met een beperktere toezichthoudende of adviserende taak in te stellen, die niet kwalificeren als raad van toezicht of raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp.

### *5.2.5 Voorbeelden van organen die wel en niet kwalificeren als raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp*

Het Wetsvoorstel btrp gaat, als gezegd, uit van een materiële benadering: de taak van het orgaan is doorslaggevend voor de vraag of sprake is van een raad van commissarissen. Organen die blijkens de statuten en reglementen van de stichting een beperktere taak hebben dan “toezicht houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken binnen de stichting” kwalificeren dus niet als de raad van commissarissen van een stichting in de zin van het Wetsvoorstel btrp. Een belangrijke vraag is dan ook wat toezicht op het beleid van het

---

42. De Jongh 2017.

43. Wilod Versprille 2016 en Waaijer 2016, p. 62.

44. Bijvoorbeeld Blanco Fernández 2016, p. 34, e.v.

## HOOFDSTUK 5

bestuur en op de algemene gang van zaken concreet inhoudt.<sup>45</sup> Dit onderwerp komt ook in paragraaf 5.3.2 verder aan de orde. Ik meen, zoals gezegd, dat in dat verband niet alleen de in de statuten geformuleerde taak, maar ook de in de statuten geformuleerde bevoegdheden van het orgaan in ogenschouw genomen moeten worden.

### *Raad van advies*

Een stichtingsorgaan kan een klankbordfunctie of een adviesfunctie hebben. Zoals hiervoor werd opgemerkt dient voor de kwalificatie “orgaan” op zijn minst sprake te zijn van beslissingsbevoegdheid op een bepaald terrein, zoals de bevoegdheid om bestuursbesluiten goed te keuren. De MvT btrp maakt duidelijk dat een orgaan dat enkel de taak heeft om te adviseren niet kwalificeert als raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp.<sup>46</sup>

De statuten of reglementen van de stichting kunnen aan een raad van advies gelijke of nagenoeg gelijke taken en bevoegdheden toekennen als de taken en bevoegdheden die de statuten en/of de wet aan een raad van toezicht toekennen in verband met zijn toezichthoudende taak. Indien een raad van advies blijkens zijn statutaire (of reglementaire) taak en bevoegdheden toezicht houdt op het bestuur zal het orgaan wel feitelijk een raad van toezicht zijn (en kwalificeren als raad van commissarissen in de zin van het wetsvoorstel btrp).

Een voorbeeld van een bevoegdheid die mijns inziens hoort bij de toezichthoudende taak en niet bij de adviserende taak, is de bevoegdheid om bestuurders te schorsen. Een stichtingsorgaan dat een dergelijke bevoegdheid heeft kan meer dan alleen het bestuur adviseren. Het feit dat het orgaan “raad van advies” wordt genoemd is dan onzuiver en verwarrend. Bovendien kan het gevolg daarvan zijn dat de leden van de “raad van advies” zich niet realiseren dat de (voorgestelde) wettelijke bepalingen in verband met onbehoorlijk toezicht en interne aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht van een stichting mogelijk van toepassing zijn. Naar mijn mening doet dit overigens in beginsel geen afbreuk aan de geldigheid van de statutaire bevoegdheden, mits de toekenning van deze bevoegdheden niet in strijd met de wet is.

### *Raad van beheer en algemeen bestuur*

Hiervoor in hoofdstuk 3 werd de “raad van beheer” genoemd, die in het verleden vooral voorkwam bij grotere stichtingen in de zorg en in het onderwijs, maar ook bij grote “goede doelen”. Van belang is om na te gaan welke taken de statuten aan dit orgaan toebedelen. Als de raad van beheer geen bestuurlijke taak heeft

---

45. Zie ook Bier 2017.

46. MvT btrp, p. 19. Zie hierover ook Van Uchelen-Schipper 2016.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

maar nadrukkelijk “meer op afstand staat” en een toezichthoudende taak en toezichthoudende bevoegdheden heeft, is feitelijk sprake van een raad van toezicht of raad van commissarissen. Dat wil zeggen: het orgaan kwalificeert dan als raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp.

Zoals in hoofdstuk 3 werd opgemerkt, kwam en komt bij sommige soorten stichtingen een model met een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur voor. Als het algemeen bestuur en het dagelijks bestuur samen het bestuur van de stichting in de zin van de wet vormen, zijn de leden van het algemeen bestuur onder omstandigheden te vergelijken met niet uitvoerende bestuurders in een *one tier board*.<sup>47</sup> Een algemeen bestuur dat blijkens de statuten los staat van het dagelijks bestuur (een apart orgaan vormt) en een uitdrukkelijke toezichthoudende taak en toezichthoudende bevoegdheden ten aanzien van het dagelijks bestuur heeft, kwalificeert echter mogelijk als een raad van toezicht (raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp).<sup>48</sup> In dat geval is de benaming “algemeen bestuur” en “algemeen bestuurder” niet op zijn plaats en zou deze naar mijn mening in de statuten aangepast dienen te worden in “raad van toezicht” of “raad van commissarissen”.<sup>49</sup>

### *Kascommissie*

Een kascommissie, die met name bij verenigingen (zie de commissie genoemd in artikel 2:48 lid 2 BW) maar ook bij stichtingen voorkomt, heeft een bepaald soort toezichthoudende taak. Deze taak is naar zijn aard tijdelijk en beperkt in omvang. Het gaat niet om toezicht op de “algemene gang van zaken” in de stichting, maar slechts om toezicht op de financiële zaken volgend uit de aan de commissie voorgelegde staat van baten en lasten. De MvT btrp maakt duidelijk dat een orgaan dat enkel tot taak heeft om toezicht te houden op de financiële gang van zaken binnen de rechtspersoon geen raad van commissarissen in de zin van de wet is.<sup>50</sup>

### *Visitatiecommissie*

Een ander voorbeeld is de visitatiecommissie bij pensioenfondsen en onderwijsinstellingen. Pensioenfondsen zijn verplicht om een vorm van intern toezicht in te stellen.<sup>51</sup> Het interne toezicht bij een bedrijfstakpensioenfonds wordt uitgeoefend door een raad van toezicht, tenzij het fonds een *one tier board* heeft

47. MvT btrp, p. 20. Zie hierover Bier 2017.

48. Wat betreft de vraag of het dagelijks bestuur is te beschouwen als bestuur in de zin van de wet merkt de Minister, blijkens de MvT btrp, overigens op dat van belang is de vraag of dit orgaan bevoegd is tot het bepalen van het dagelijkse beleid en de strategie van de rechtspersoon en het zijn taak in beginsel autonoom vervult (MvT btrp, p. 21).

49. Zie hierover uitgebreider Van Uchelen-Schipper 2015, par. 14.3.2.

50. MvT btrp, p. 20.

51. Naar aanleiding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, zie paragraaf 3.4.4.

## HOOFDSTUK 5

met uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders (artikel 103 lid 1 Pw). Ondernemingspensioenfondsen hebben op grond van de huidige Pensioenwet de keuze tussen het instellen van een raad van toezicht of jaarlijkse visitatie door een visitatiecommissie (artikel 103 lid 2 Pw).

Zowel de raad van toezicht als de visitatiecommissie hebben tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds (artikel 104 lid 2 en lid 8 Pw). Op basis van deze taakomschrijving lijkt de visitatiecommissie te kwalificeren als raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp.

Vletter-Van Dort<sup>52</sup> heeft er terecht op gewezen dat het vanuit Boek 2 BW-oogpunt opmerkelijk is dat de Pensioenwet een visitatiecommissie en een raad van toezicht gelijkstelt, althans beide als vormen van intern toezicht beschouwt. Beide vormen zijn immers wezenlijk anders. Een visitatiecommissie, die jaarlijks een visitatierapport opstelt, bekijkt de gang van zaken binnen een pensioenfonds uit de aard van zijn functie *achteraf* (zie ook paragraaf 3.4.4) terwijl een raad van toezicht, als het goed is, ook betrokken is op het moment dat het bestuur voornemens is om voor de stichting belangrijke beslissingen te nemen. Dit blijkt ook uit de lijst met besluiten die het bestuur van een pensioenfonds met een raad van toezicht ter goedkeuring dient voor te leggen aan de raad van toezicht op grond van artikel 104 lid 1 PW.<sup>53</sup>

---

52. Vletter-Van Dort 2013. Zie ook Rensen 2015. Vletter-Van Dort vergelijkt de visitatiecommissie van een pensioenfonds ook kort met de visitatiecommissie van een onderwijsinstelling: “Ik wil in dit verband ook een vergelijking trekken met de onderwijssector waar intern toezicht wordt uitgevoerd door een RvT en op gezette tijden visitaties plaatsvinden. Deze visitaties, die worden verricht door een visitatiecommissie bestaande uit collega’s van andere onderwijsinstellingen, dient er – in mijn eigen woorden – toe om de kwaliteit van het onderwijs en, indien van toepassing, het onderzoek te waarborgen en op die manier vertrouwen te wekken en te behouden. Een dergelijke visitatie is gericht op andere zaken dan het houden van toezicht op de wijze waarop het bestuur het fonds leidt. Dat een dergelijke visitatie achteraf plaatsvindt is logisch, immers alleen achteraf kan worden beoordeeld of aan gewekte verwachtingen is beantwoord.”

53. Dat de minister dit inmiddels ook heeft ingezien geeft met zo veel woorden aan: “Een belangrijk verschil tussen beide organen is het feit dat de raad van toezicht goedkeuringsrechten heeft bij een aantal belangrijke besluiten van het bestuur. De bevoegdheden van de raad van toezicht zijn daarmee uitgebreider dan die van de visitatiecommissie. Waar de visitatiecommissie achteraf nagaat of het bestuur goed gehandeld heeft, heeft de raad van toezicht ook invloed op de besluitvorming van het bestuur.” (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 182, nr. 8, p. 16). Als overeenkomst tussen de raad van toezicht en de visitatiecommissie noemt de Minister: “Beide organen moeten toezien op het beleid van het bestuur, de algemene gang van zaken van het pensioenfonds, de risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur. Daarnaast heeft de raad van toezicht nog extra taken, waaronder het bestuur met raad ter zijde staan en het melden van disfunctioneren van het bestuur.” Overigens streeft de regering ernaar om intern toezicht door middel van visitatie



## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

Aangezien een visitatiecommissie niet in de volle breedte en permanent (door het hele jaar heen) toezicht houdt op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken, zal een visitatiecommissie niet kwalificeren als raad van toezicht (of raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp).

### *Meerdere toezichthoudende organen*

In de consultatie van het Voorontwerp btrp is de vraag opgeworpen of in het geval dat er bij een rechtspersoon sprake is van meerdere toezichthoudende organen die elk toezicht houden op een specifiek onderdeel van het beleid, elk van die organen (al dan niet voor een deel) als raad van commissarissen moet worden beschouwd. De MvT maakt duidelijk dat het antwoord op deze vraag ontkennend luidt.<sup>54</sup> Een raad van commissarissen (en ook een raad van toezicht) wordt immers geacht *integraal toezicht* te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken.

### 5.2.6 *Leden van de raad van toezicht: rechtspersonen en/of natuurlijke personen?*

#### *NV en BV*

Volgens Boek 2 BW kunnen slechts natuurlijke personen worden benoemd tot commissaris (of niet-uitvoerende bestuurder) van een NV, BV, coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij.<sup>55</sup>

In 1987 werd dit voorschrift voor de NV en de BV in de wet opgenomen.<sup>56</sup> In de parlementaire geschiedenis is de volgende opmerking van de Minister van Justitie te lezen:

“De commissaris-functie vraagt een persoonlijke taakvervulling en de in de memorie van toelichting gegeven argumenten voor het optreden van de rechtspersoon-bestuurder gelden nauwelijks voor de rechtspersoon-commissaris. [\*\*] Voor zover mij bekend, komt de figuur van de commissaris-rechtspersoon niet of nauwelijks voor. Er heeft zich hier geen praktijk gevormd zoals

---

uiteindelijk te laten verdwijnen. Binnenkort (5 jaar na inwerkingtreding Pw) zal worden geëvalueerd hoe het stelsel van intern toezicht functioneert en of ook ondernemingspensioenfondsen verplicht kunnen worden tot het instellen van een raad van toezicht. (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 182, nr. 8, p.15).

54. MvT btrp, p. 20. Overigens merken Van Solinge en Nieuwe Weme terecht op dat voorkomen moet worden dat onduidelijkheid ontstaat over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid door een spreiding of verdeling van taken en bevoegdheden van de raad van commissarissen over meerdere vennootschappelijke organen, Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/493.

55. Artikel 2:57 lid 1, 129a lid 1, 140 lid 1, 239a lid 1, 250 lid 1 BW.

56. *Stb.* 1986, 585 (Wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen).

bij de rechtspersoon-bestuurder. Gezien de bezwaren die in het algemeen kunnen worden aangevoerd tegen benoeming van rechtspersonen in functies die een persoonlijke taakvervulling eisen, lijkt het mij dan ook beter deze in elk geval voor de commissaris-functie te verbieden.”<sup>57</sup>

#### *Andere rechtspersonen*

Door sommige auteurs wordt, mijns inziens terecht, aangenomen dat het voorschrift dat slechts natuurlijke personen de intern toezichthoudende functie mogen vervullen eveneens geldt voor stichtingen en (gewone) verenigingen, hoewel de wet vooralsnog niets bepaalt. Kroeze zegt hierover: “Voor de overige rechtspersonen vloeit dit m.i. voort uit de aard van de toezichtstaak, die als een persoonlijke gekenschetst kan worden.” Hij vervolgt echter: “Hierover kan men anders denken.”<sup>58</sup>

Er zijn ook auteurs die pleiten voor verruiming van het commissariaat en openstelling voor rechtspersonen.<sup>59</sup> Deze auteurs noemen onder meer als argument dat bestuurders wel rechtspersonen kunnen zijn, zoals ook volgt ook uit artikel 2:11 BW. Deze mogelijkheid wordt blijkens de parlementaire geschiedenis door de wet geboden vanwege het feit dat het praktisch is om in concernrelaties één vennootschap te hebben die als bestuurder van groepsvennootschappen optreedt.<sup>60</sup> De rechtspersoon-bestuurder fungeert permanent als bestuurder van de groepsvennootschappen en daarbij kan steeds op flexibele wijze worden bepaald wie de facto namens de rechtspersoon-bestuurder optreedt.<sup>61</sup> Nog afgezien van de vraag of benoeming van één bestuurder-rechtspersoon bij meerdere vennootschappen in een groep vanuit aansprakelijkheids- en risicoperspectief wenselijk is (aansprakelijkheid van de rechtspersoon-bestuurder bij één vennootschap binnen de groep en faillissement van de rechtspersoon-bestuurder heeft mogelijk consequenties voor de andere bestuurde groepsvennootschappen), kan gezegd worden dat het genoemde praktische argument bij een raad van toezicht of raad van commissarissen niet of minder opgaat. Niet alle rechtspersonen binnen een groep hoeven een eigen raad van toezicht of raad van commissarissen te hebben.<sup>62</sup>

57. *Kamerstukken II* 1983-1984, 16 631, nr. 6, p. 17.

58. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/223.

59. Bijvoorbeeld De Roo schrijft dit voor commissarissen maar hetzelfde zou voor leden van een raad van toezicht kunnen worden bepleit (De Roo 2015).

60. *Kamerstukken II* 1980-1981, 16 631, nr. 3, p. 2-3.

61. Lennarts 2017, p. 159.

62. Indien er een raad van commissarissen is ingesteld bij een holdingvennootschap kan gezegd worden dat het toezicht op het bestuur van de holding zich uitstrekt over de overige rechtspersonen die door de holding worden aangestuurd (Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 68).

*Wetsvoorstel btrp*

Op grond van het Wetsvoorstel btrp geldt, evenals op grond van het Voorontwerp btrp, uitdrukkelijk ook voor stichtingen dat leden van de raad van toezicht slechts natuurlijke personen kunnen zijn (artikel 11 lid 1 Wetsvoorstel btrp). De wetgever schrijft de voorwaarde voor interne toezichthouders van alle rechtspersonen gelijkkelijk voor.

In één van de reacties op het Voorontwerp werd opgemerkt dat het voorschrift dat slechts natuurlijke personen lid van de raad van toezicht kunnen zijn, onnodig beperkend is. Het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO) draagt het volgende aan: “Met het oog op transparantie en continuïteit, kan worden overwogen om te bepalen dat indien het toezicht wordt opgedragen aan een rechtspersoon, laatstgenoemde een of meer natuurlijke personen dient aan te wijzen die namens hem de toebedeelde taken kunnen uitoefenen.”<sup>63</sup>

De constructie van het ZIFO lijkt op het systeem dat in andere landen wordt gebruikt voor de rechtspersoon-bestuurder, die steeds een vaste vertegenwoordiger moet aanwijzen.<sup>64</sup> Naar mijn mening leidt de suggestie van het ZIFO tot een omslachtige constructie en verdient het benoemen van natuurlijke personen als toezichthouder de voorkeur. De raad van toezicht heeft, zoals hierna zal worden uitgewerkt, mogelijk “zware bevoegdheden”, zoals de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders van de stichting. De instantie die een lid van de raad van toezicht benoemt, zal bovendien mogelijk een specifieke persoon op het oog hebben. Binnen de rechtspersoon-toezichthouder constructie kunnen de personen die het toezicht uitvoeren gemakkelijk gewijzigd worden. Indien een lid van de raad van toezicht wordt voorgedragen of benoemd door een ander stichtingsorgaan of een derde, zal dit orgaan of deze derde invloed willen behouden. Een bijkomend argument is dat het in het kader van een optimale samenstelling van de raad van toezicht, waarin door de benoemende instantie gelet wordt op diversiteit maar ook op geschiktheid, expertise en onafhankelijkheid van de (beoogde) leden van de raad van toezicht (zie hoofdstuk 8), belemmerend werkt als de functie wordt vervuld door een rechtspersoon. De eisen op het gebied van diversiteit, geschiktheid en onafhankelijkheid zouden gehanteerd kunnen worden ten aanzien van degenen die de rechtspersoon-toezichthouder op hun beurt besturen, maar ook dat leidt tot een ingewikkelde regeling, die bovendien lastig uit te leggen is aan betrokken belanghebbenden.

63. Reactie van het ZIFO van 6 mei 2014, p. 3.

64. Lennarts 2017, p. 158-159.

*Rechtspersonen die binnen de stichting een andere taak hebben dan de raad van toezicht*

Overigens laat de eis dat de raad van toezicht (raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp) slechts uit natuurlijke personen kan bestaan, mijns inziens onverlet dat een rechtspersoon wel een bepaalde intern controlerende taak kan hebben die anders, dat wil zeggen: beperkter, is dan de taak van de raad van toezicht.<sup>65</sup> Zo zou een rechtspersoon als kascommissie kunnen fungeren (zie ook de voorgaande paragraaf). Ook kan bijvoorbeeld de Stichting ten behoeve van Culturele en Maatschappelijke Beschikkingen (SCMB) worden aangewezen om er op toe te zien dat de voorwaarden en bepalingen van maatschappelijke en/of culturele aard waaronder een stichting een schenking, erfstelling of legaat heeft ontvangen, worden nagekomen.<sup>66</sup> De SCMB is naar mijn mening geen raad van toezicht of raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp. Het toezicht dat de SCMB houdt *op de stichting* (dus niet: *op het bestuur*),<sup>67</sup> wordt ingesteld door een schenker of een erflater en is verbonden aan zijn schenking of erfstelling ten behoeve van de stichting. Dit betreft naar mijn mening toezicht vanuit een bepaald perspectief, met een bepaald doel, hetgeen beperkter is dan toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken binnen de stichting.

Een “moederstichting” die op grond van de statuten van de “dochterstichting” (zie over deze begrippen paragraaf 6.5.4) goedkeuringsbevoegdheden heeft ten aanzien van bepaalde besluiten die het bestuur van de dochter neemt, is naar mijn mening evenmin een raad van toezicht of raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp. Zoals gezegd zijn voor de kwalificatie raad van toezicht, de taak, de bevoegdheden maar ook de samenstelling en inrichting van het orgaan van belang. Een moederstichting wordt niet als raad van toezicht aangewezen of benoemd en heeft bovendien een andere taak dan de raad van toezicht. Een moederstichting zal intern controleren of het bestuur van de dochterstichting handelt conform het doel van de moeder en in het belang van de groep die door de moeder wordt aangestuurd. Dat is in zekere zin een andere, beperktere taak dan de taak van de raad van toezicht van de dochter die toezicht houdt op het bestuursbeleid bij de dochter *ten behoeve van* de dochter. De raad van toezicht van de dochterstichting richt zich immers naar het belang van de dochterstichting. Dit belang wordt weliswaar mede ingekleurd door het belang van de groep waartoe de dochter behoort, maar de raad van toezicht van de dochterstichting heeft – evenals haar bestuur – de taak om er mede op te letten dat het belang van de dochterstichting niet volledig ondergeschikt wordt gemaakt aan het belang van de groep.

---

65. Zie ook de MvT btrp, p. 20-21.

66. Dit voorbeeld werd genoemd in de Reactie van het ZIFO van 6 mei 2014, p. 3-4, en aangehaald door De Roo (De Roo 2015).

67. Zie ook [www.scmb.nl/content/voorbeelden](http://www.scmb.nl/content/voorbeelden).

5.2.7 *Samenvatting en conclusies*

Om te kunnen spreken van een “raad van toezicht” is van belang dat sprake is van een orgaan van de stichting dat een interne toezichthoudende taak heeft. Een “orgaan” heeft beslissingsbevoegdheid op een bepaald terrein, dat wil zeggen: de bevoegdheid, toegekend op grond van de wet of de statuten, om besluiten te nemen op het gebied van de toebedeelde taken. Voorbeelden van dergelijke beslissingsbevoegdheden zijn: de bevoegdheid om een bepaald bestuursbesluit goed te keuren of de bevoegdheid om bestuurders te benoemen of te schorsen.

Bovendien is voor de kwalificatie “raad van toezicht” relevant of en hoe de statuten aanwijzing of benoeming de leden van het orgaan regelen. Leden van de raad van toezicht dienen als zodanig in de statuten aangewezen of benoemd te worden door degene die daartoe volgens de statuten bevoegd is. Deze aanwijzing of benoeming moet bovendien worden aanvaard. Een orgaan van een andere rechtspersoon of een instantie kan naar mijn mening niet *qualitate qua* raad van toezicht van een stichting zijn.

Boek 2 BW bevat geen regels ten aanzien van benoeming en ontslag van leden van de raad van toezicht. Aangezien niet vastligt door welk orgaan of welke instantie leden van de raad van toezicht benoemd worden, wordt door de wetgever terecht flexibiliteit geboden bij het in de statuten nader invullen van het bestuur-en-toezichtmodel. Niet altijd is duidelijk of voor de hand liggend wie de benoemende instantie zou moeten zijn. Er is immers geen algemene vergadering of een met de algemene vergadering vergelijkbaar orgaan en stichtingen kennen uiteenlopende verschijningsvormen met verschillende soorten belanghebbenden. Ik meen echter dat als randvoorwaarde in de wet vastgelegd zou moeten worden dat leden van de raad van toezicht niet kunnen worden benoemd door bestuurders.

Het Wetsvoorstel btrp neemt als uitgangspunt dat een stichtingsorgaan een raad van toezicht is (raad van commissarissen is de benaming die het Wetsvoorstel btrp gebruikt) als het orgaan als taak heeft *toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken binnen de stichting*. De taak van een stichtingsorgaan blijkt mijns inziens niet alleen uit de formele taakomschrijving maar ook uit de statutair aan dat orgaan toegekende bevoegdheden.

Voor de kwalificatie “raad van toezicht” is van belang dat het orgaan als taak heeft om integraal en permanent (het hele jaar door) toezicht te houden, dus toezicht in de volle breedte. Organen die slechts toezicht houden op een bepaald deelaspect (zoals de financiën), slechts toezicht houden voor een bepaalde periode, slechts toezicht houden vanuit een bepaald (beperkt) perspectief of slechts

## HOOFDSTUK 5

achteraf toezicht houden (zoals een visitatiecommissie) kwalificeren mijns inziens niet als raad van toezicht (raad van commissarissen in de zin van het Wetsvoorstel btrp). Het Wetsvoorstel btrp maakt duidelijk dat, indien er bij een rechtspersoon meerdere toezichthoudende organen zijn ingesteld die elk toezicht houden op een specifiek onderdeel van het beleid, deze organen niet elk (voor een deel) als raad van toezicht kunnen worden beschouwd.

Het Wetsvoorstel btrp regelt mijns inziens terecht dat slechts natuurlijke personen lid van de raad van toezicht kunnen zijn. De aard en inhoud van de toezichthoudende taak vragen naar mijn mening om een persoonlijke invulling. Bijkomend praktisch argument is dat regels ter bevordering van een optimale samenstelling, geschiktheid en onafhankelijkheid slechts werken als natuurlijke personen als leden van de raad van toezicht worden benoemd. Als de desbetreffende bepaling uit het Wetsvoorstel btrp wet wordt, blijft het naar mijn mening niettemin mogelijk dat rechtspersonen een bepaalde vorm van controle (een beperkter soort toezicht) uitoefenen binnen de stichting.

### 5.3 De algemene taak van de raad van toezicht; overeenkomsten en verschillen tussen stichtingen en andere rechtspersonen

#### 5.3.1 *Inleiding*

In deze paragraaf worden de taak en de taakomschrijving van de raad van toezicht uitgewerkt.

Nagegaan wordt wat “toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken” inhoudt. Bovendien komt, in het slot van deze paragraaf, de adviserende taak aan de orde.

Aangezien ook de raad van commissarissen van een corporatieve rechtspersoon tot taak heeft toezicht te houden op het bestuursbeleid en op de algemene gang van zaken, is hetgeen over deze taak voor corporatieve rechtspersonen nader is geregeld en uitgemaakt in de jurisprudentie ook relevant voor de raad van toezicht. Deze paragraaf gaat in op de vraag wat de taak van de raad van commissarissen meer concreet inhoudt en wat van commissarissen in dat kader wordt verwacht.

Naast overeenkomsten zijn er ook belangrijke verschillen tussen corporatieve rechtspersonen en stichtingen die in het oog gehouden moeten worden. In het voorgaande hoofdstuk 4 werden twee belangrijke verschillen tussen stichtingen en corporatieve rechtspersonen belicht: stichtingen hebben een vermogen dat doelgebonden is en stichtingen mogen geen algemene vergadering van leden

of aandeelhouders hebben. Daarnaast is een in het oog springend verschil tussen stichtingen en verenigingen enerzijds en NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen anderzijds dat laatstgenoemde rechtspersonen een onderneming hebben, om welke reden zij ook wel "commerciële rechtspersonen" genoemd worden. Stichtingen voeren niet noodzakelijkerwijs een onderneming. Zoals bleek in paragraaf 4.2.3 ging de wetgever ten tijde van de WS 1956 uit van een normaaltype stichting dat geen onderneming heeft, terwijl het normaaltype kapitaalvennootschap wel een onderneming heeft. Tegelijk dient opgemerkt te worden dat men er tegenwoordig, impliciet, van uitgaat dat een stichting een onderneming *kan* hebben, zo blijkt bijvoorbeeld uit artikel 2:300a BW.

Deze paragraaf gaat in op de (consequenties van) verschillen tussen stichtingen en andere rechtspersonen en de invloed van deze verschillen op de algemene toezichthoudende taak. Aan de orde komt onder meer de vraag of het terecht is om de taak van het toezichthoudend orgaan voor alle rechtspersonen te uniformeren.

### 5.3.2 Kerntaken van bestuur en toezicht

#### *Kerntaak van het bestuur*

Het bestuur van een rechtspersoon is belast met het besturen van de rechtspersoon en de eventueel daarmee verbonden onderneming.<sup>68</sup> De inhoud van de bestuurstaak is niet verder uitgewerkt in Boek 2 BW, maar uit artikel 2:9 lid 2 BW vloeit wel voort dat iedere individuele bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken.

Algemeen wordt aangenomen dat besturen omvat: het voeren van de dagelijkse leiding, het formuleren van het beleid en het bepalen van de strategie ter verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon. Het bestuur beheert en beschikt over het vermogen van de rechtspersoon.<sup>69</sup>

Besturen brengt voorts met zich mee dat een adequate administratie moet worden gevoerd van de vermogenstoestand van de rechtspersoon en van de werkzaamheden van de rechtspersoon (zie ook artikel 2:10 BW). Het bestuur is

68. Zo volgt uit artikel 2:129 en 239 BW voor NV's en BV's en uit artikel 2:291 BW voor stichtingen. Hoewel de wet dit niet uitdrukkelijk noemt wordt aangenomen dat onder "vennootschap" of "rechtspersoon" ook moet worden verstaan de daarmee verbonden onderneming, aldus Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 42.

69. Volgens Dortmund leent het begrip "besturen" zich niet voor een nauwkeurige, concrete omschrijving. Hoewel de contouren van het begrip besturen niet met scherpe lijnen is aan te geven, zal onder besturen in ieder geval dienen te worden verstaan leiding geven, beslissen, dirigeren. Het bestuur zal niet alleen belast zijn met de dagelijkse leiding, maar dient zich ook bezig te houden met het beleid en de strategie op langere termijn, aldus Dortmund in Handboek NV en BV, nr. 231.

## HOOFDSTUK 5

verantwoordelijk voor interne financiële rapportage en externe financiële verslaggeving over het gevoerde beleid. Het bestuur dient toe te zien op de naleving van wet- en regelgeving door de rechtspersoon en de beheersing van risico's die voortvloeien uit de activiteiten van de rechtspersoon. Voorts is een onderdeel van de wettelijke bestuurstaak het vertegenwoordigen van de rechtspersoon.

Met inachtneming van de hiervoor genoemde algemene taken, hangt de concrete inhoud van de bestuurstaak af van verschillende factoren. Zo is van belang wat de aard van de activiteiten van de rechtspersoon is, of de rechtspersoon een onderneming heeft en wat de omvang van die onderneming is (zie ook hoofdstuk 6 hierna). Ook de omstandigheden waaronder de rechtspersoon opereert zijn relevant voor de inhoud van de bestuurlijke taak.

### *Kerntaak van de raad van commissarissen en raad van toezicht*

Het toezichthoudend orgaan van een rechtspersoon ziet er op toe dat het bestuur zijn taken deugdelijk uitvoert. De wettelijke taak van de raad van commissarissen van NV's en BV's is te vinden in artikel 2:140 en 250 lid 2 BW: "De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad terzijde."

Algemeen werd en wordt aangenomen dat, ondanks het ontbreken van een wettelijke bepaling voor de raad van toezicht van de stichting, deze eveneens tot taak heeft: het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en het adviseren van het bestuur.<sup>70</sup> In het Wetsvoorstel btrp is deze taak, zoals reeds opgemerkt, uitdrukkelijk opgenomen (artikel 2:11 Wetsvoorstel btrp, waarover hierna in paragraaf 5.3.5 meer).

### *Toezicht op het bestuursbeleid en op de algemene gang van zaken*

In de wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen is te lezen dat de raad niet alleen toezicht houdt op het beleid van het bestuur maar ook op *de algemene gang van zaken*. De vraag kan worden gesteld of de wetgever met de toevoeging "algemene gang van zaken" naast "beleid van het bestuur" verschillende taken beoogt te definiëren. Houdt toezicht op de algemene gang van zaken niet noodzakelijkerwijs ook toezicht op het bestuur in? Het bestuur heeft

---

70. Volgens diverse auteurs vloeit uit de aard en de functie van het toezichthoudend orgaan voort dat ook bij de stichting toezicht en advies tot zijn taken behoren. In verschillende sectorale governancecodes is inmiddels een dergelijke algemene taakomschrijving van de raad van toezicht uitdrukkelijk opgenomen. Echter, ook voor andere stichtingen waarvoor geen sectorcode geldt, kan mijns inziens als uitgangspunt worden genomen dat de raad van toezicht als kerntaken heeft toezicht houden en advies verlenen aan het bestuur.



immers de leiding over de (dagelijkse) gang van zaken.<sup>71</sup> “Algemene gang van zaken” is overigens geen vastomlijnd begrip.<sup>72</sup> Aan de rechtspraak wordt overgelaten dit begrip in te vullen.<sup>73</sup>

Volgens sommige auteurs omvat de toezichhoudende taak van de raad van commissarissen van een NV of BV niet alleen bestuurshandelingen maar ook handelingen van andere organen die voor de vennootschap van belang kunnen zijn.<sup>74</sup> Een toezichhoudend orgaan wordt geacht ook toezicht te houden op andere organen en andere personen dan bestuurders voor zover deze organen of personen het beleid bepalen of zijn besluiten of handelingen de algemene gang van zaken betreffen of raken.<sup>75</sup> Een stichting zal mede vanwege het ledenverbod geen orgaan kennen, anders dan het bestuur, dat het beleid kan bepalen.<sup>76</sup> Uit het feit dat toezicht wordt gehouden op het beleid van het bestuur

- 
71. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/390. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 42. Bovendien blijkt uit artikel 2:9 lid 2 BW dat bestuurders verantwoordelijkheid dragen voor de algemene gang van zaken. Ten aanzien van artikel 2:9 BW wordt algemeen aangenomen dat dit inhoudt dat bestuurders niet alleen verantwoordelijk zijn voor het algemene beleid maar ook voor financiële zaken (Strik 2003).
72. Zie ook Bier 2017. Bier merkt mijns inziens terecht op naar aanleiding van de regeling in het Wetsvoorstel btrp, dat van belang is dat de wetgever meer duidelijkheid schept over het begrip “algemene gang van zaken”. Het Wetsvoorstel btrp gaat immers uit van een materiële benadering waarbij de taak van het orgaan van belang is voor de kwalificatie raad van commissarissen (houdt deze toezicht op de algemene gang van zaken?).
73. Strik 2012.
74. Blanco Fernández 1993, p. 9 e.v. Blanco Fernández heeft voor wat betreft NV's en BV's opgemerkt, dat weliswaar het beleid van het bestuur zich uitstrekt tot de algemene gang van zaken in de vennootschap, maar dat dat niet wil zeggen dat elk besluit of elke handeling binnen de vennootschap die de algemene gang van zaken raakt, van het bestuur afkomstig is. Blanco Fernández noemt het voorbeeld van uitgifte van een belangrijk pakket aandelen door de algemene vergadering. Hij meent dat de raad van commissarissen ook gehouden is om zich te buigen over de merites van de uitgifte. De toezichhoudende taak omvat volgens hem ook handelingen van andere organen die voor de vennootschap van belang kunnen zijn. Voorts kan het beleid van de vennootschap feitelijk door anderen dan bestuurders worden bepaald. Ook tot deze feitelijke bestuurders strekt de commissariële controle zich uit volgens Blanco Fernández.
75. Voor personen die onder de verantwoordelijkheid van het bestuur vallen (zoals werknemers) geldt dat de raad van toezicht via het bestuur toezicht houdt en (in ieder geval in eerste instantie) het bestuur zal moeten aanspreken.
76. Ook in het enquêterecht wordt een onderscheid gemaakt tussen beleid en gang van zaken: de Ondernemingskamer kan een onderzoek instellen naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon (artikel 2:345 BW). In artikel 2:350 lid 1 BW is te lezen dat de Ondernemingskamer een verzoek tot het instellen van een enquête slechts toewijst wanneer blijkt van redenen om te twijfelen aan een juist beleid of een juiste gang van zaken. De passage “of de juiste gang van zaken” geldt sinds 1 januari 2013 en is blijkens de MvT bij de Wet wijziging van het enquêterecht opgenomen teneinde aan te sluiten aan bij de tekst van artikel 2:345 lid 1 BW. In de MvT is te lezen dat met deze toevoeging – wat betreft NV's en BV's – is beoogd ook het gedrag van (individuele) aandeelhouders ter toetsing aan de Ondernemingskamer te kunnen voorleggen.

en op de algemene gang van zaken, die eveneens door of onder verantwoordelijkheid van het bestuur bepaald wordt, volgt mijns inziens dat de toezichthoudende taak in het verlengde van de bestuurlijke taak ligt. Het toezicht strekt zich uit over de kerntaken van het bestuur. Overigens liggen ook het normenkader van bestuurders en het normenkader van leden van de raad van toezicht c.q. raad van commissarissen in elkaars verlengde: beide organen richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon (zie ook hoofdstuk 6).

5.3.3 *Verschillen tussen de raad van commissarissen en de raad van toezicht in verband met toezicht op doelverwezenlijking*

*Doelgerichtheid van rechtspersonen*

Alle rechtspersonen zijn in zekere zin doelorganisaties, zij zijn gericht op het verwezenlijken van een bepaald doel. Algemeen wordt aangenomen dat een belangrijke taak van het bestuur van een rechtspersoon is het optimaal realiseren van de doelstellingen van de rechtspersoon.<sup>77</sup> Namens de rechtspersoon stelt het bestuur hiertoe een beleid en een strategie op en ontplooit het bestuur bepaalde activiteiten. In de wet is de gerichtheid van het bestuur op doelrealisatie als het ware negatief geformuleerd: het bestuur mag op grond van artikel 2:7 BW niet handelen buiten het doel van de rechtspersoon.<sup>78</sup> Het toezichthoudend orgaan ziet er op toe dat het bestuur beleid opstelt voor de wijze waarop het doel optimaal gerealiseerd wordt en dat het bestuur zijn bestuursbevoegdheden ook daadwerkelijk aanwendt om dit beleid te realiseren.<sup>79</sup>

*De rol van aandeelhouders ten aanzien van het doel van NV's en BV's*

De wet bepaalt dat in de statuten van een vennootschap het doel is omschreven (artikel 2:66 en 2:177 lid 1 BW). Het doel van de vennootschap duidt het terrein van de feitelijke werkzaamheden van de vennootschap aan.<sup>80</sup> In de literatuur wordt soms onderscheid gemaakt tussen het statutaire doel en het feitelijke of het “eigenlijke doel” van de vennootschap. Vroeger werd wel gezegd dat het

---

77. Wat betreft NV's volgt dit onder meer uit de NCGC. Zie Principe II.1 van de NCGC. Wat betreft stichtingen volgt dit ook uit de rechtspraak. Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam inzake Stichting Derdengelden dat “het besturen van een stichting (mede) omvat het zorgen voor de verwezenlijking van haar doel”. Rechtbank Amsterdam 11 november 2009, RO 2010/4; JOR 2010/123 (Stichting Derdengelden), r.o. 4.3.3. Zie ook Asser/Rensen 2-III\* 2012/334.

78. Weliswaar richt de norm van artikel 2:7 BW zich tot de rechtspersoon als zodanig (een rechtspersoon is niet bevoegd buiten haar doelomschrijving te handelen op straffe van vernietigbaarheid van de rechtshandeling), maar dit leidt er toe dat de bestuurder geen handelingen mag verrichten waarmee hij het doel overschrijft.

79. Zie ook Blanco Fernández 1993, p. 3, e.v.

80. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/57 en Van Schilgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 3.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

eigenlijke doel van de vennootschap is: het behalen van winst, van vermogensrechtelijk voordeel, in ieder geval mede ten behoeve van aandeelhouders. Tegenwoordig gaat men er van uit dat het eigenlijke doel niet meer uitsluitend door de aandeelhouders wordt bepaald. Met het begrip “eigenlijke doel” wordt mede de continuïteitsgedachte tot uitdrukking gebracht: het verwezenlijken van de belangen van *stakeholders* op langere termijn.<sup>81</sup>

Het belang van de vennootschap vormt het richtsnoer voor bestuurders en commissarissen: zij dienen niet alleen de belangen van aandeelhouders, maar ook de belangen van de overige bij de vennootschap betrokkenen in aanmerking te nemen. De NCGC verwoordt het voor beursgenoteerde vennootschappen aldus dat het bestuur zich richt op lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en dat de raad van commissarissen daarop toezicht houdt (1.1 NCGC).

Hoewel het eigenlijke doel waarnaar het bestuur en de raad van commissarissen zich moeten richten dus niet uitsluitend door aandeelhouders wordt bepaald, zijn de aandeelhouders niettemin belangrijke *stakeholders*. Van praktisch belang is dat een (bestuurder of) commissaris, die zich naar het oordeel van de aandeelhouders onvoldoende richt naar hetgeen de aandeelhouders voor ogen hebben, ontslagen kan worden door de algemene vergadering. Aandeelhouders spelen bovendien een belangrijke rol bij het bepalen van het statutaire doel, aangezien zij middels de algemene vergadering kunnen besluiten het statutaire doel te herzien (artikel 2:121/231 lid 1 BW, zie ook paragraaf 4.4.1).

### *Ruime doelomschrijving bij vennootschappen*

De doelomschrijving van een vennootschap kan heel algemeen en ruim zijn. Vermelding van de belangrijkste werkzaamheden ligt voor de hand, maar is niet noodzakelijk. Volgens sommige auteurs zou het verplichte statutaire doel bij de NV en BV zelfs afgeschaft kunnen worden.<sup>82</sup> Een ruim statutair doel geeft het bestuur van een vennootschap veel beleidsvrijheid, maar de aandeelhouders kunnen deze vrijheid beperken door gebruik te maken van hun wettelijke en statutaire bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen.

---

81. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 3, en Groenewald 2004. Blanco Fernández merkt op dat het eigenlijke doel van de vennootschap verwezenlijkt wordt binnen het kader van het statutaire doel (Blanco Fernández 1993, p. 3 e.v.).

82. Zie bijvoorbeeld Groenewald 2004. Daarbij wordt opgemerkt dat het statutaire doel wel een functie kan hebben voor sommige vennootschappen, aangezien het doel de rechtspersoon beschermt tegen bestuurders die de grenzen van hun bevoegdheden overschrijden. Handelen in strijd met de statutaire doelomschrijving zal al snel betekenen dat bestuurders tegenover de vennootschap de hun opgedragen taak niet behoorlijk hebben vervuld in de zin van artikel 2:9 BW.

*Het stichtingsdoel*

Ook voor stichtingen geldt het wettelijk voorschrift dat de statuten het doel van de stichting dienen te bevatten (artikel 2:286 lid 4 BW). Voor stichtingen geldt daarbij de wettelijke beperking dat het doel niet mag zijn: het maken van winst die aan leden van een stichtingsorgaan wordt uitgekeerd (artikel 2:285 lid 3 BW). Het statutaire doel wordt, in ieder geval in eerste instantie, door de oprichters bepaald. De oprichters beslissen ook of in de statuten de mogelijkheid wordt toegekend om het doel te wijzigen en wie het wijzigingsbevoegde orgaan is. In paragrafen 4.3.3 en 4.4.3 werd omschreven dat uit de MvT bij de WS 1956 is af te leiden dat een eenmaal gewijzigd doel wordt geacht de nieuwe “wil van de oprichter” weer te geven.

Het bestuur en de raad van toezicht van de stichting zijn, als gezegd, gericht op (toezicht op) verwezenlijking van het stichtingsdoel. Daarbij dienen zij de belangen van alle betrokken *stakeholders* in acht te nemen, waaronder de belangen van degenen die hebben bijgedragen aan het stichtingsvermogen en de begunstigten (uitkeringsgerechtigden). Anders dan bij corporatieve rechtspersonen bepalen de begunstigten echter niet wat dat doel inhoudt; zij hebben geen invloed op het statutaire doel. Het is eerder andersom: het statutaire stichtingsdoel bepaalt wie de begunstigten zijn. Voor zover er een orgaan is dat bevoegd is het statutaire doel te wijzigen, zal dit doorgaans het bestuur zelf zijn, al dan niet met goedkeuring van de raad van toezicht. Mede vanwege spanning met het ledenverbod (zie paragraaf 4.7), zullen de begunstigten niet degenen zijn die de bevoegdheid hebben om het doel te wijzigen.

Bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting dienen zich naar mijn mening bij hun taakuitoefening nadrukkelijker dan bestuurders en commissarissen van kapitaalvennootschappen te laten leiden door het statutaire stichtingsdoel,<sup>83</sup> waaraan immers ook het stichtingsvermogen gebonden is.<sup>84</sup> De prominente rol van het statutaire doel zal ook in hoofdstuk 6 bij de

---

83. Zoals opgemerkt in paragraaf 4.3.3 blijkt het doel van de stichting niet alleen uit de statutaire doelomschrijving, maar kan het doel ook volgen uit of uitgewerkt worden in andere onderdelen van de statuten.

84. Zie ook de uitspraak van het Hof Amsterdam, 31 januari 2017 (Stichting Loterijverlies), RO 2017/39 en JOR 2017/157 met noot Snijder-Kuipers. In deze uitspraak overwoog het Hof Amsterdam in verband met de beoordeling of de bestuurder van Stichting Loterijverlies terecht door de Rechtbank was geschorst (op grond van artikel 2:298 lid 1 sub b BW) dat de taak van het bestuur in belangrijke mate wordt bepaald door het statutaire doel. Overigens blijkt uit deze uitspraak ook dat het statutaire doel niet te eng moet worden opgevat. Het Hof overweegt dat de Rechtbank terecht heeft beslist dat de bestuurder van Stichting Loterijverlies er op dient toe te zien dat financiële transacties uitsluitend plaatsvinden in het kader van de behartiging van de belang van gedupeerden en, waar dat mogelijk niet het geval is, daartegen dient op te treden. Het Hof overweegt in verband met de beoordeling of de bestuurder terecht door de rechtbank is geschorst als volgt

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

invulling van “het belang van de stichting” en de afweging van alle bij de stichting betrokken belangen, worden belicht.

### *Ruime doelomschrijving bij stichtingen*

Net als het statutaire doel van een NV of BV laat de wet toe dat het stichtingsdoel ruim omschreven is. Het statutaire doel kan echter, anders dan bij NV's en BV's, mijns inziens niet gemist worden, aangezien het stichtingsvermogen aan het doel is gebonden en het statutaire doel, bij gebreke aan leden of aandeelhouders, richting geeft aan het handelen van het bestuur en de raad van toezicht (zie ook paragraaf 4.3.3).

In dit verband kan een onderscheid gemaakt worden tussen het primaire, voorname statutaire doel en de meer “ondersteunende” statutaire doelstellingen, die vaak een instructie bevatten hoe het doel, onder meer, bereikt kan worden. De raad van toezicht dient er naar mijn mening met name op toe te zien dat het primaire statutaire doel zo goed mogelijk wordt nagestreefd. Bijvoorbeeld: een stichting die ten doel heeft een bepaalde ziekte te bestrijden kan als “subdoelstelling” hebben: het laten uitvoeren van wetenschappelijk onderzoek, het organiseren van lezingen en congressen. Wat de subdoelstellingen betreft heeft het bestuur naar mijn mening meer beleidsvrijheid. Bijvoorbeeld: wanneer het wetenschappelijk onderzoek bepaalde resultaten heeft opgeleverd (bijvoorbeeld dat er een verband bestaat tussen roken en het krijgen van de ziekte), zou het bestuur kunnen besluiten het stichtingsvermogen te gebruiken voor een reclamecampagne teneinde mensen zich daarvan bewust te maken. Hoewel deze subdoelstelling niet in de statuten is genoemd, draagt zij wel bij aan het bereiken van het primaire doel.

### *Het doel beschermt de stichting*

Net als bij andere rechtspersonen, geldt voor stichtingen dat het doel de stichting beschermt tegen bestuurders die de grenzen van hun bevoegdheden overschrijden. Handelen in strijd met de statutaire doelomschrijving kan leiden tot het oordeel dat bestuurders tegenover de stichting de hun opgedragen taak niet behoorlijk hebben vervuld (in de zin van artikel 2:9 BW).<sup>85</sup> Om die reden is het van belang dat de doelstelling en de grenzen van het doel duidelijk en kenbaar zijn. Ook in de jurisprudentie is uitgemaakt dat de statutaire doelomschrijving van een stichting kan worden gezien als een bepaling die de rechtspersoon

---

“Omdat Stichting Loterijverlies in het nastreven van haar statutaire doel [schuin MvU] voor haar activiteiten volledig afhankelijk is van Loterijverlies BV en zij jegens de gedupeerden een met Loterijverlies BV gedeelde verantwoordelijkheid als opdrachtnemer heeft om ten gunste van hen schadevergoeding te verkrijgen, rust, mede met het oog op de continuïteit van haar belangenbehartiging, op haar de statutaire taak er voor te waken dat het bestuur van Loterijverlies BV zich niet schuldig maakt aan financieel wanbeheer en daartegen op te treden indien daarvan (mogelijk) sprake is.”

85. Groenewald 2004.

## HOOFDSTUK 5

beoogt te beschermen. Zo achtte het Hof Amsterdam in de uitspraak inzake Stichting Freule Lautava van Aysma de bestuurders van de stichting aansprakelijk op grond van artikel 2:9 BW voor de schade die de stichting leed door riskante beleggingsconstructies waardoor een banklening niet kon worden afgelost. Daarbij overwoog het Hof dat van belang was de omstandigheid dat de stichting blijkens de statuten tot doel had werkzaam te zijn op het gebied van huisvesting van bejaarden. *Gelet op het doel van de stichting* en de bij de aflossing van de financiering van de stichting betrokken belangen van derden, met name de bewoners van de flats en de gemeente die borg stond voor de aflossing van de lening, achtte het Hof het zorgvuldig voeren van het financiële beleid van de stichting een essentieel onderdeel van de taak van het bestuur.<sup>86</sup>

### *Beleidsplan*

Het stichtingsdoel is, als gezegd, een belangrijk richtsnoer voor zowel het bestuur als de raad van toezicht. Voor de raad van toezicht is van belang dat bestuurders inzicht geven hoe zij het stichtingsdoel willen bereiken, welk beleid het bestuur hiervoor heeft opgesteld en welke activiteiten zij in verband daarmee willen ondernemen. Anders gezegd: het stichtingsdoel wordt door het bestuur ingekleurd met het opgestelde beleid en met besluiten die het bestuur neemt ter uitvoering van dat beleid. Niet alleen voor de raad van toezicht maar ook voor betrokken belanghebbenden kan het van belang zijn om kennis te kunnen nemen van het beleidsplan van de stichting.

Stichtingen die willen kwalificeren als algemeen nut beogende instelling (ANBI, zie hierover paragraaf 6.3.2) dienen op grond van voorschriften van de Belastingdienst een beleidsplan op te stellen. Zij dienen via internet (dat wil zeggen: via een eigen website of de website van bijvoorbeeld een brancheorganisatie) de hoofdlijnen van het beleidsplan kenbaar te maken. Daarnaast dienen zij andere informatie via internet te publiceren, waaronder: de doelstelling van de stichting, een actueel verslag van de uitgeoefende activiteiten en de financiële verantwoording. Volgens de toelichting van de Belastingdienst moet een stichting die als ANBI in aanmerking wil komen een actueel beleidsplan hebben, welk plan laat zien hoe het bestuur van de ANBI zijn werk uitvoert teneinde de stichtingsdoelstelling te bereiken. Het plan mag ook een meerjarig beleidsplan zijn en moet niet alleen inzicht geven in het werk dat de instelling doet, maar ook de manier waarop de stichting geld werft en de wijze waarop het vermogen wordt beheerd en besteed. Ook een overheidsinstantie, zoals een gemeente, kan aan het verlenen van subsidie of een financiering de voorwaarde verbinden dat het bestuur van de stichting een beleidsplan opstelt en verantwoording aflegt.

---

86. Hof Amsterdam 21 september 2010, *RO* 2010/80 en *JOR* 2011/40 (Stichting Freule Lautava van Aysma), r.o. 4.5.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

Ik meen dat als er een raad van toezicht is ingesteld, de raad kan verlangen dat het bestuur een concreet beleidsplan opstelt. Het beleidsplan en de verantwoording over het gevoerde beleid is niet alleen van belang voor de raad van toezicht zelf, maar ook voor de bij de stichting betrokken belanghebbenden, waaronder in ieder geval de begunstigden en degenen die hebben bijgedragen aan het stichtingsvermogen. Bij stichtingen ontbreekt immers een algemene vergadering waaraan jaarlijks verantwoording wordt afgelegd en een bestuursverslag ter beschikking wordt gesteld. Bovendien geldt slechts voor stichtingen die een middelgrote of grote onderneming hebben dat zij jaarstukken via het handelsregister openbaar moeten maken (zie hierover ook paragraaf 8.2.4).

De raad van toezicht kan van het bestuur van de stichting verlangen dat het de hoofdlijnen van het beleidsplan en de uitvoering van het beleidsplan periodiek ten behoeve van derden beschikbaar stelt, bijvoorbeeld via een eigen website of de website van een brancheorganisatie. Ook via een periodieke nieuwsbrief aan vaste donateurs kan het bestuur kenbaar maken hoe hij het beleid ter bereiking van de stichtingsdoelstellingen concreet vorm geeft.

### *Het doel is bereikt of kan niet meer worden bereikt*

Het gericht zijn op doelverwezenlijking kan er toe leiden dat een rechtspersoon op enig moment zijn doel bereikt heeft. Bovendien is het mogelijk dat door omstandigheden het doel van een rechtspersoon niet meer bereikt kan worden.

Rechtspersonen, ook kapitaalvennootschappen, kunnen voor een bepaald doel worden opgericht, bijvoorbeeld voor de ontwikkeling van een bepaald project. Als het project is afgerond, is het aan de aandeelhouders om te besluiten om de vennootschap te ontbinden of om het doel te wijzigen, zodat de vennootschap “ergens anders voor gebruikt kan worden”.

Ook stichtingen worden voor een bepaald doel opgericht. Indien het doel bereikt is of niet meer bereikt kan worden, kan het doel slechts gewijzigd worden indien de statuten de mogelijkheid bieden tot doelwijziging. De wet bevat een aparte bepaling voor het geval dat het stichtingsdoel bereikt is of niet meer bereikt kan worden en wijziging van het doel niet in aanmerking komt. Deze bepaling houdt in dat een belanghebbende of het openbaar ministerie de rechtbank kan verzoeken de stichting te ontbinden (artikel 2:301 lid 1 sub b BW). Het feit dat wijziging van het doel niet in aanmerking komt kan een gevolg zijn van het feit dat de statuten doelwijziging niet toelaten en de rechtbank niet is verzocht om een verwant doel aan te wijzen of het feit dat er geen verwant doel aan te wijzen is.

## HOOFDSTUK 5

Als het bestuur op grond van de statuten bevoegd is om, al dan niet met goedkeuring van de raad van toezicht, te besluiten om het doel te wijzigen, heeft het bestuur een mogelijkheid om het doel aan te passen aan gewijzigde omstandigheden. In sommige gevallen zal dat echter niet mogelijk zijn of kan het bestuur geen geschikt (verwant) doel vinden. In dat geval rest het bestuur dus geen andere mogelijkheid dan te besluiten tot ontbinding. Anders dan aandeelhouders, die zelf vermogen voor een bepaald doel in hun vennootschap hebben bijeengebracht, kan het bestuur niet altijd het doel naar eigen goeddunken wijzigen teneinde de stichting “ergens anders voor te gebruiken” (zie ook paragraaf 4.4.4). Door wijziging van het doel wijzigt immers de bestemming van het aanwezige stichtingsvermogen dat mogelijk is bijeengebracht door personen (donateurs, etc) die niet institutioneel betrokken zijn of statutaire goedkeuringsrechten hebben.

In de praktijk kunnen zich lastige vragen voordoen. Stel bijvoorbeeld dat een stichting ten doel heeft een kliniek in stand te houden “ter bestrijding van bepaalde tropische ziekten” en de stichting, hoewel dit niet in de (hoofd)doelstelling is opgenomen, in de praktijk ook andere, niet-tropische ziekten behandelt waarvoor een behoorlijk aantal artsen in dienst is. Indien de tropische ziekten op een gegeven moment niet meer behandeld hoeven te worden omdat er voldoende inenting en medicijnen bestaan en de ziekten niet meer voorkomen, is het doel dan bereikt en moet de stichting ontbonden worden? Of kan het bestuur het doel wijzigen in “de behandeling van ziekten in het algemeen”? Net als bij sommige vennootschappen kan gezegd worden dat de belangen van *stakeholders* op langere termijn, zoals de belangen van werknemers, een rol spelen. In dit geval zou echter ook beargumenteerd kunnen worden dat de stichting zich nog slechts zou moeten toeleveren op verdere ontwikkeling en verbetering van inenting en medicijnen tegen tropische ziekten. De mogelijkheden hangen in belangrijke mate af van de formulering en geboden ruimte in de statuten. Zoals opgemerkt in paragraaf 4.4.4. is in verband met de beoordeling door de raad van toezicht of een wijziging geoorloofd is, van belang hoe ver het nieuwe doel verwijderd is van het oorspronkelijke doel en de oorspronkelijke activiteiten van de stichting. Bovendien dient gekeken te worden naar de aard van de wijzigingen. Zie over de belangen van werknemers in dit voorbeeld ook paragraaf 6.2.5.

Hoeveel ruimte bestuurders hebben bij doelwijziging hangt dus in de eerste plaats af van de bewoording van de statuten, maar vaak zal het er op neer komen dat zij, anders dan aandeelhouders, in beginsel zo veel mogelijk aansluiting moeten zoeken bij het tot dan toe geldende doel en bij de belangen die voortvloeien uit dat doel. In sommige gevallen kan juist gezegd worden dat het tot de taak van het bestuur behoort het stichtingsdoel te wijzigen en aan te passen aan veranderde omstandigheden. Het bereiken van het doel kan echter ook tot



gevolg hebben dat de stichting ontbonden moet worden. De raad van toezicht dient, als gezegd, naar mijn mening middels een goedkeuringsrecht betrokken te worden bij besluiten tot doelwijziging en besluiten tot ontbinding. Onderdeel van die betrokkenheid is dat de raad erop toe ziet dat het bestuur bij het nemen van dergelijke besluiten alle betrokken belangen zorgvuldig afweegt.

*5.3.4 Verschillen tussen de raad van commissarissen en de raad van toezicht in verband met toezicht op vermogensbeheer*

*Vermogensvorming*

Rechtspersonen kunnen op verschillende manieren vermogen vormen, met eigen vermogen of met vreemd vermogen (leningen). Waar het vermogen van een NV of BV wordt gevormd door aandeelhouders die stortingen op aandelen doen, wordt het vermogen van een stichting gevormd door bijdragen van de oprichter en/of van derden die geld verstrekken (donateurs, subsidieverleners, financiers).

Sommige stichtingen hebben in het geheel geen vermogen. Het is niet noodzakelijk dat een stichting vermogen heeft, zolang maar duidelijk is hoe de stichting aan haar middelen kan komen ter bereiking van haar doel. Wel bestaat er een mogelijkheid voor een belanghebbende om de rechter te verzoeken de stichting te ontbinden, indien het stichtingsvermogen onvoldoende is voor de verwezenlijking van het stichtingsdoel, terwijl de mogelijkheid dat voldoende vermogen in afzienbare tijd zal worden verkregen in hoge mate onwaarschijnlijk is (artikel 2:301 lid 1 sub a BW).

*Ontslagmogelijkheden voor geldverstrekkers*

Bestuurders van NV's en BV's zijn mede gericht op het behalen van rendement voor aandeelhouders. Als gezegd kunnen aandeelhouders bestuurders die naar hun mening niet voldoende functioneren – ook in de zin dat zij voor onvoldoende rendement zorgen – ontslaan. Derden die een bijdrage leveren aan het stichtingsvermogen, zoals donateurs, subsidieverstrekkers en andere financiers, doen dat met het oog op het doel van de stichting. Zij zijn niet gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel (rendement) voor zichzelf. Dat laat overigens onverlet dat zij als begunstigde op grond van het doel van de stichting enig voordeel van de stichting kunnen genieten. Degenen die bijdragen aan het stichtingsvermogen zijn bovendien, anders dan aandeelhouders, niet noodzakelijkerwijs institutioneel betrokken bij de stichting. Indien zij menen dat stichtingsbestuurders zich onvoldoende inzetten om het stichtingsdoel zo goed mogelijk te bereiken, kunnen zij slechts via de rechter (artikel 2:298 BW) op een aantal wettelijk genoemde gronden ontslag vorderen. Teneinde een verzoek in te kunnen

dienen, moeten zij bovendien kwalificeren als belanghebbende. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.2, moeten zij aannemelijk kunnen maken dat zij een redelijk belang hebben.<sup>87</sup>

*Beschikken over het stichtingsvermogen*

Indien en zodra de stichting vermogen heeft, is dit vermogen gebonden aan het stichtingsdoel.

De wet geeft het bestuur van een stichting niet de volledige vrijheid in het aangaan van alle rechtshandelingen waarmee het stichtingsvermogen wordt “belast”. Het aangaan van bepaalde rechtshandelingen die mogelijk risicovol zijn voor de stichting in de zin dat zij het vermogen van de stichting kunnen aantasten, moet expliciet door de statuten worden toegestaan. Het gaat om de in artikel 2:291 lid 2 BW omschreven rechtshandelingen: verkrijging en bezwaring van registergoederen en zekerheidsstelling voor schulden van anderen. Het bestuur is slechts bevoegd te besluiten tot deze rechtshandelingen *indien dit uit de statuten voortvloeit*. De achtergrond van deze bepalingen is, blijkens de wetsgeschiedenis uit 1973, dat dergelijke rechtshandelingen gewoonlijk niet op de weg van een stichting liggen.<sup>88</sup> Al voordat dit wettelijk werd geregeld was het gebruikelijk deze rechtshandelingen in de statuten uit te sluiten of aan beperkingen te onderwerpen.

De statuten moeten bestuursbevoegdheden in verband met de hiervoor genoemde “bezwarende rechtshandelingen” dus, anders dan bij NV’s en BV’s, uitdrukkelijk toekennen. Aan de bestuursbevoegdheid kunnen bovendien beperkingen of voorwaarden worden verbonden, zoals voorafgaande goedkeuring of instemming van de raad van toezicht. Bijzonder daarbij is dat de beperking of voorwaarde mede geldt voor de bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de stichting terzake van deze handelingen, tenzij de statuten anders bepalen (artikel 2:291 lid 2 BW).

*Zorgvuldig vermogensbeheer; fiduciair vermogensbeheer en risicobeheersing*  
Vanwege het feit dat het stichtingsvermogen doelgebonden is en afkomstig is van derden vormt zorgvuldig vermogensbeheer, dat wil zeggen: beheer dat in overeenstemming is met het doel van de stichting, een belangrijk onderdeel van de taak van bestuurders en – in het verlengde daarvan – van leden van de raad van toezicht.

---

87. In de literatuur is opgemerkt dat de rechter een redelijk belang aanwezig zal achten als sprake is van betrokkenheid bij de stichting, bijvoorbeeld als uitkeringsgerechtigde. Asser/Rensen 2-III\* 2012/351.

88. Dit artikel werd in Boek 2 BW opgenomen middels de Invoeringswet Boek 2 BW op basis van de Eerste Europese Richtlijn (*Kamerstukken II* 1973-1974, 11005, nr. 10 (Herdruk), p. 6, 9 en 12).

Gezegd kan worden dat het bestuur het stichtingsvermogen terughoudend, als een goed rentmeester, dient te beheren in overeenstemming met het doel.<sup>89</sup> Voor alle stichtingen, niet alleen stichtingen die gelden van het publiek (overheids-geld) beheren maar ook stichtingen die een private doelstelling hebben en hun vermogen van de oprichter hebben verkregen (zoals familiestichtingen), geldt dat het vermogen als het ware toevertrouwd is aan het bestuur van de stichting opdat dit behoorlijk wordt beheerd en wordt aangewend conform het vastgestelde statutaire doel. Het stichtingsvermogen dient als het ware “fiduciair” beheerd te worden. Dit geldt mijns inziens ook als er geen directe fiduciaire relatie tussen de stichting en begunstigden is. Wat dat betreft bestaat er gelijkenis met de Anglo-Amerikaanse trust, waarbij de trustee in feite *fiduciary duties* heeft ten opzichte van de goederen die onder de trust vallen, de *trust res*, ook indien er geen *beneficiaries* zijn.<sup>90</sup> Met betrekking tot het beheer van deze vermogensbestanddelen door de *trustee* geldt als uitgangspunt de *prudent person*-regel.<sup>91</sup> Bij bepaalde soorten stichtingen die aanzienlijke vermogens van derden beheren, zoals pensioenfondsen, zijn in sectorregels ook specifieke prudent person-regels voor bestuurders opgesteld.

Algemeen kan worden gezegd dat de raad van toezicht van een stichting er op toe dient te zien dat het bestuur het vermogen dat is toevertrouwd zorgvuldig beheert en aanwendt conform het stichtingsdoel. De raad van toezicht dient naar mijn mening ook te controleren of het soort vermogensbeheer en de risicobeheersingssystemen (zie paragraaf 6.4) vallen binnen en passen bij het stichtingsdoel.

89. Ten aanzien van semipublieke instellingen die beschikken over overheidsmiddelen, schrijft de Minister van Financiën dat sprake moet zijn van “sober en ordentelijk financieel beheer”. *Kamerstukken II* 2013-14, 33 822, nr. 1, p. 1.

90. Zowel voor bestuurders van de stichting-rechtspersoon als voor *trustees* geldt dat zij tot taak hebben het zorg dragen voor de verwezenlijking van het doel van de stichting c.q. de trust. Bestuurders hebben echter hun taak te vervullen *tegenover de rechtspersoon* terwijl een trust geen rechtspersoonlijkheid heeft. De *trustee* heeft de *fiduciary rights* en *fiduciary duties* ten aanzien van de *trust res* (de goederen die onder de trust vallen). De taak van de *trustees* is omschreven in het *trust instrument*. Zoals gezegd zijn er bij *charitable trusts* geen *beneficiaries* die door middel van *beneficiary rights* de vervulling van de *fiduciary duties* kunnen afdwingen. De *fiduciary duties* die de *trustee* op grond van de *law of trust* heeft, zijn gekoppeld aan de *trust res*, die als zijn eigen vermogen worden behandeld. Men zou kunnen zeggen dat de *trustee* die fiduciaire plichten heeft tegenover de maatschappij en tegenover degenen die in het bijzonder bij de verwezenlijking van het doel belang hebben, aldus Van der Ploeg.

91. Volgens Van der Ploeg (Van der Ploeg 1986, p. 137) werd de *prudent man-rule* in de zaak Harvard College vs. Amory in 1830 als volgt geformuleerd; “*A trustee must observe how men of prudence, discretion and intelligence manage their own affairs, not in regard to speculation, but in regard to the permanent disposition of their funds, considering the probable income as well as the probable safety of the capital to be invested.*”

## HOOFDSTUK 5

Vermogen van een goed doelstichting, dat wordt gevormd door bijdragen en giften van derden, zal behoudender (minder risicovol) beheerd en belegd dienen te worden dan vermogen van een vennootschap met aandeelhouders, die met name rendement op hun aandelen willen zien.

### 5.3.5 *De wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen en de raad van toezicht; uniformeren?*

Een aantal kerntaken van het bestuur en van het toezichthoudend orgaan is bij alle rechtspersonen hetzelfde of vergelijkbaar. Uit het voorstaande volgt dat er in verband met (toezicht op) doelverwezenlijking en beheer van het doelgebonden vermogen niettemin belangrijke accentverschillen zijn tussen stichtingen en andere rechtspersonen.

#### *Taakomschrijving raad van commissarissen van alle rechtspersonen in het Wetsvoorstel btrp*

In het Wetsvoorstel btrp is voorgesteld om de taak van de raad van commissarissen van alle rechtspersonen, dus ook de taak van de raad van toezicht van stichtingen, te uniformeren en in één wetsartikel vast te leggen (artikel 11 lid 2 Wetsvoorstel btrp): “De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. De raad van commissarissen staat het bestuur met raad terzijde.”<sup>92</sup>

De wetgever beoogt hiermee invulling te geven aan de in paragraaf 3.5.4. genoemde aanbevelingen van de Commissie Halsema, om ook de taak van de raad van toezicht duidelijker te maken en nauwkeuriger te omschrijven.<sup>93</sup> Een voordeel van het vastleggen van een *uniforme* taakomschrijving is volgens de MvT btrp dat door een geüniformeerde regeling sprake kan zijn van “kruisbestuiving”: de uitleg die bij de NV en BV aan de regel is gegeven kan ook worden toegepast voor andere rechtspersonen, aldus de MvT btrp.<sup>94</sup>

---

92. In het Voorontwerp btrp was voorgesteld om de taak van leden van het toezichthoudend orgaan van stichtingen vast te leggen in een eigen artikel 2:292a lid 2.

93. In de Concept MvT p. 28 was het volgende te lezen: “Met het voorgestelde tweede lid wordt een einde gemaakt aan de huidige situatie waarin de taak van het toezichthoudend orgaan niet nader in de wet is omljnd. De wet schrijft slechts voor dat leden van het toezichthoudend orgaan de jaarrekening van de stichting medeondertekenen (artikel 2:300 lid 2 BW) en dat de jaarrekening wordt vastgesteld door het toezichthoudend orgaan als de statuten deze bevoegdheid niet aan een ander orgaan toekennen (artikel 2:300 lid 3 BW). Deze situatie kan ertoe leiden dat het toezichthoudend orgaan zich (te) passief opstelt met schade voor de betreffende stichting als gevolg.”

94. MvT btrp, p. 2-3.

De voorgestelde geüniformeerde taakomschrijving is nagenoeg gelijk aan de huidige taakomschrijving voor de raad van commissarissen van NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, die allemaal een onderneming hebben. Vanwege het feit dat niet alle stichtingen (en verenigingen) een onderneming hebben is voorgesteld om in de taakomschrijving op te nemen "de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming *of organisatie*".<sup>95</sup>

Voorals indien een stichting een (grote) onderneming heeft, kan de hiervoor in de MvT btrp genoemde "kruisbestuiving" naar mijn mening nuttig zijn. De normen die in verband met de invulling van de toezichthoudende taak voor NV's en BV's zijn ontwikkeld in Boek 2 BW, in de NCGC en in de jurisprudentie kunnen, met inachtneming van het bijzondere karakter van de stichting, ook van toepassing zijn op ondernemende stichtingen. Wat betreft stichtingen *zonder onderneming* dient men mijns inziens terughoudender te zijn met het toepassen van deze normen.

*Afwijkende wettelijke taakomschrijving bij stichtingen*

Sommige auteurs zijn kritisch over het feit dat het Wetsvoorstel btrp voor alle rechtspersonen, commercieel of niet-commercieel, de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen in een algemene regeling wil vastleggen.<sup>96</sup> Zij menen dat niet-commerciële stichtingen belemmerd worden om hun interne toezicht op hun eigen manier vorm te geven. Ik ben, als gezegd, van mening dat een wettelijke basisregeling voor de raad van toezicht niet aan andere, beperkte vormen van intern toezicht in de weg hoeft te staan. Ik denk dat het juist nuttig is om de toezichthoudende taak voor de raad van toezicht van stichtingen in Boek 2 BW vast te leggen, aangezien een heldere algemene taakomschrijving van de raad van toezicht de basis vormt voor een nadere uitwerking van taken en bevoegdheden in wetgeving, codes en statuten (zie hierover ook paragraaf 9.3 en 9.4).

Ik meen echter dat de wettelijke (basis)taak van de raad van toezicht niet volledig gelijk zou moeten zijn aan de (basis)taak van de raad van commissarissen van andere rechtspersonen. Mijns inziens dient er een nuancering in de taakomschrijving van het bestuur en de raad van toezicht van de stichting aangebracht te worden teneinde een belangrijk verschil met andere soorten rechtspersonen te

---

95. Hierover merkte de Concept MvT op p. 28 op: "Voorts ligt de term "organisatie" in het kader van een algemene regeling meer voor de hand dan "onderneming" omdat verenigingen en stichtingen weliswaar een onderneming kunnen drijven, maar zulks niet altijd het geval is." Volgens sommige auteurs is het woord "organisatie" beperkter is dan het woord "onderneming". Volgens de wetgever is met de keuze voor dit woord echter niet bedoeld een inhoudelijke koerswijziging aan te brengen.

96. Blanco Fernandez 2016, p. 34, e.v.

benadrukken. Ik meen dat het belang van het stichtingsdoel tevens tot uitdrukking zou moeten komen in de wettelijke taakomschrijving van het bestuur en de raad van toezicht. Op die manier is nog duidelijker dan nu dat bestuurders zich moeten richten op de verwezenlijking van het stichtingsdoel en dat leden van de raad van toezicht hierop toe moeten zien.

De wettelijke bestuurstaak zou mijns inziens als volgt dienen te luiden: “Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting ter verwezenlijking van het stichtingsdoel.” En de wettelijke taak van de raad van toezicht: “De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur ter verwezenlijking van het stichtingsdoel en op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. De raad van toezicht staat het bestuur met raad terzijde.”

### 5.3.6 *De adviserende taak*

De adviserende taak van de raad van commissarissen, ook wel de raadgevende taak genoemd, maakt reeds onderdeel uit van de wettelijke taakomschrijving van de raad van commissarissen. Ondanks het (vooralsnog) ontbreken van een wettelijke taakomschrijving voor de raad van toezicht van de stichting in het huidige recht, geldt mijns inziens ook voor de raad van toezicht dat advisering wordt geacht onderdeel uit te maken van zijn taak. De benaming raad van *toezicht* doet overigens mogelijk anders vermoeden. Aan deze van oudsher bij stichtingen in de praktijk gebruikelijke term, dient naar mijn mening niet de conclusie verbonden te worden dat advisering geen taakonderdeel van de raad van toezicht is.

De toezichthoudende taak, dat wil zeggen: toezicht op het bestuursbeleid en op de algemene gang van zaken, wordt zoals gezegd ingekleurd door de toezichthoudende bevoegdheden die aan de raad van toezicht worden toegekend. Daarmee is de toezichthoudende taak bij de ene stichting “zwaarder” dan bij de andere (zie ook paragraaf 5.5.3). Ik meen dat elke raad van toezicht, dus ook de raad van toezicht met minimale toezichthoudende bevoegdheden, naast de algemene toezichthoudende taak als taak heeft om het bestuur gevraagd en ongevraagd te adviseren.

Bij de adviserende of raadgevende taak van de raad van toezicht gaat het om het bijstaan of terzijde staan van het bestuur, om het verlenen van advies ten aanzien van de algemene lijnen van het bestuursbeleid.<sup>97</sup> De raad van toezicht fungeert als klankbord: het bestuur kan zaken voor advies voorleggen aan de raad van toezicht. De toezichthoudende taak en de adviserende taak hangen nauw met

---

97. Stolp 2015 en Bier 2017. Bier merkt op dat oorspronkelijk in de taakomschrijving van de raad

elkaar samen en kunnen niet altijd strikt van elkaar worden onderscheiden.<sup>98</sup> Zo zal bijvoorbeeld een statutaire goedkeuringsbevoegdheid van de raad van toezicht onderdeel uitmaken van de toezichthoudende taak, maar verdedigd kan worden dat de raad deze bevoegdheid in een concreet geval kan gebruiken om advies uitbrengen (zie hierover ook paragraaf 5.5.2).

Volgens sommigen is de raadgevende taak een belangrijk aspect van het commissariaat dat in de discussie over de kwaliteit van intern toezicht enigszins ondergesneeuwd is.<sup>99</sup> Sommige auteurs merken over de raad van commissarissen van vennootschappen op dat de adviestaak mogelijk nog belangrijker is dan de toezichtstaak.<sup>100</sup> Hetzelfde kan mijns inziens gezegd worden ten aanzien van de adviestaak van de raad van toezicht van een stichting: in sommige gevallen is deze taak minstens zo belangrijk als de toezichtstaak.

Schuit & Jaspers schrijven dat toezicht het verleden en het heden betreft terwijl het geven van advies het heden en de toekomst betreft. De uitoefening van beide taken stelt inhoudelijk verschillende eisen aan commissarissen en leden van de raad van toezicht, aldus deze auteurs. Voor een zinvol advies zal de raad een dialoog moeten voeren met het bestuur en een zinvolle dialoog vereist kennis, inzicht en ervaring met diverse onderwerpen die aan de orde komen.<sup>101</sup>

Uit onderzoek komt naar voren dat zowel bestuurders als leden van raden van commissarissen en raden van toezicht zelf de adviserende taak van de raad belangrijk vinden. Vergeleken met de toezichthoudende rol (waarvan volgens sommigen de “werkgeversrol” en “opzichtersrol” een onderdeel zijn) zijn interne toezichthouders in de adviesrol vaak het meest effectief, zo blijkt uit onderzoek.<sup>102</sup>

Over de raad van commissarissen wordt geschreven dat deze ervoor dient te waken dat hij niet op allerlei punten, die mede het uitvoerend of dagelijks beleid van het bestuur betreffen, ongevraagd adviseert. De raad van commissarissen dient de eigen taak en plaats van het bestuur te respecteren en in zoverre distantie te bewaren.<sup>103</sup> Ook bij stichtingen geldt dat het lastige van adviseren is dat de

---

van commissarissen van de structuurvennootschap in de wet stond “het uitoefenen van toezicht en het geven van advies” en dat dit later is aangepast in “met raad terzijde staan”. De bewoording “terzijde staan” zou volgens haar kunnen duiden op een behulpzame rol, het schouder aan schouder staan op basis van gelijkwaardigheid.

98. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/488.

99. Huizink 2014, p. 17. En dat terwijl het misschien zelfs wel de oorspronkelijke taak van de raad van commissarissen is, aldus Huizink.

100. Schuit & Jaspers 2017.

101. Aldus Schuit & Jaspers 2017.

102. Veltrop & Van Manen 2017.

103. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/488.

## HOOFDSTUK 5

scheidslijn tussen adviseren en medebesturen niet altijd duidelijk is. Aan het bestuur moet in ieder geval enige ruimte gelaten worden, aangezien besturen een autonome bevoegdheid van de bestuurders is.<sup>104</sup> Het bestuur dat advies ontvangt dient altijd een eigen afweging te maken en is in beginsel vrij om aan een advies geen gevolg te geven.<sup>105</sup>

De vraag kan worden gesteld hoe de adviesfunctie zich verhoudt tot de toezichthoudende functie. Is een raad van toezicht die in positieve zin heeft geadviseerd over een bepaald te voeren beleid minder vrij om de uitvoering van dat beleid achteraf te beoordelen? In de hierna volgende paragraaf komt dit verder aan de orde.

### 5.3.7 *Samenvatting en conclusies*

De kerntaak van de raad van toezicht van de stichting ligt, evenals de kerntaak van de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, in het verlengde van de bestuurlijke taak. Meer concreet: de raad van toezicht houdt toezicht op het beleid van het bestuur en op (de wijze waarop leiding wordt gegeven over) de algemene gang van zaken. Niet alleen de toezichthoudende taak maar ook de adviserende, raadgevende taak vormt een belangrijk onderdeel van het takenpakket van de raad van toezicht.

Naast overeenkomsten tussen de toezichthoudende taak van de raad van toezicht van de stichting en de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, bestaan er ook verschillen. Het bestuur en de raad van toezicht van de stichting zijn, net als het bestuur en de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, gericht op (toezicht op) de verwezenlijking van het doel. Uit het doel volgt wie begunstigden van de stichting zijn. Degenen die een bijdrage leveren aan het vermogen van de stichting (geldverstrekkers), doen dat met het oog op het daarmee te verwezenlijken stichtingsdoel. Bij de stichting worden het statutaire doel en het feitelijke doel niet door leden of aandeelhouders (mede) bepaald of ingekleurd.

Leden en aandeelhouders kunnen middels de algemene vergadering besluiten het statutaire doel te herzien. Een bestuurder die zich naar het oordeel van de aandeelhouders onvoldoende richt naar hetgeen de aandeelhouders voor ogen

---

104. HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43 (Forumbank) met noot Bröring.

105. Hof Den Haag 1 juni 2010, *RO* 2010/61 (Stichting TBH), r.o. 12. In dit arrest overweegt het Hof Den Haag dat het bestuur zelf beslissingen moet nemen. Het bestuur dient de stichting daadwerkelijk te besturen en mag zijn bestuurstaak niet onvervuld laten volgens het Hof. Het bestuur kan niet met recht aanvoeren dat het min of meer als ‘marionet’ voor een derde fungeert en niet zelf de beslissingen neemt, maar feitelijk slechts uitvoert wat hem wordt opgedragen.”



## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

hebben, kan ontslagen worden door de algemene vergadering. Slechts degenen die als belanghebbende van de stichting worden aangemerkt in de zin van artikel 2:298 BW kunnen via de rechter ontslag van stichtingsbestuurders vorderen.

Bestuurders en, in het verlengde daarvan, leden van de raad van toezicht van een stichting dienen zich naar mijn mening bij hun taakuitoefening nadrukkelijker dan bestuurders en commissarissen van andere rechtspersonen te laten leiden door het statutaire stichtingsdoel, waaraan immers het stichtingsvermogen gebonden is. Het statutaire doel van een vennootschap kan heel ruim of vaag zijn, waarmee het bestuur veel beleidsvrijheid heeft, maar de aandeelhouders kunnen deze vrijheid beperken door gebruik te maken van hun wettelijke en statutaire bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld de bevoegdheid tot het geven van aanwijzingen.

Net als bij andere rechtspersonen, geldt voor stichtingen dat het doel de stichting beschermt tegen bestuurders die de grenzen van hun bevoegdheden overschrijden. Een concreet en meer gedetailleerd stichtingsdoel geeft het bestuur en de raad van toezicht bovendien, bij gebreke aan leden of aandeelhouders, meer richting en houvast bij de uitoefening van hun taken. Bovendien blijkt uit een concreet doel duidelijker wie wel en niet begunstigden en – in ruimere zin – belanghebbenden bij de stichting zijn.

Anders dan aandeelhouders, die zelf vermogen voor een bepaald doel in hun vennootschap hebben bijeengebracht, kan het bestuur niet zo maar het doel wijzigen teneinde de stichting “ergens anders voor te gebruiken”. In sommige gevallen kan gezegd worden dat het tot de taak van het bestuur behoort het stichtingsdoel te wijzigen en aan te passen aan veranderde omstandigheden. Het bereiken van het doel kan echter ook tot gevolg hebben dat besloten moet worden de stichting te ontbinden. Tot de taak van de raad van toezicht behoort het goedkeuren van besluiten tot doelwijzing en ontbinding waarbij de raad toeziet op een zorgvuldige belangenafweging door het bestuur.

Sommige soorten stichtingen, zoals ANBI's, dienen ten behoeve van de betrokken belanghebbenden (begunstigden en de financiers van de stichting), een beleidsplan op te stellen en beschikbaar te stellen via internet. De raad van toezicht van elke stichting, kan van het bestuur verlangen dat het een beleidsplan opstelt, ook als de stichting hiertoe niet verplicht is. Bovendien kan de raad van toezicht, indien bij de stichting derden zijn betrokken die bijdragen leveren aan het stichtingsvermogen, van het bestuur verlangen dat het de hoofdlijnen van het beleidsplan en de uitvoering van het beleidsplan periodiek ten behoeve van deze derden beschikbaar stelt, bijvoorbeeld via een eigen website of een nieuwsbrief aan vaste donateurs.

## HOOFDSTUK 5

Het bestuur dient het stichtingsvermogen in lijn met het statutaire doel en zorgvuldig, als een goed rentmeester, te beheren en dient daarover te beschikken in overeenstemming met het stichtingsdoel. Een belangrijke taak van de raad van toezicht is er op toe te zien dat bestedingen vallen binnen het doel en te controleren of de wijze van vermogensbeheer en risicobeheersing valt binnen (de strekking van) het doel.

Het bestuur en, in het verlengde daarvan, de raad van toezicht dienen zich naar mijn mening nadrukkelijker nog dan het bestuur en de raad van commissarissen van andere (corporatieve) rechtspersonen te laten leiden door het statutaire doel. Ik meen dat het om die reden nuttig zou zijn als in de taakomschrijving van het bestuur en de raad van toezicht van de stichting in Boek 2 BW de doelgerichtheid tot uitdrukking zou komen (zie ook de aanbeveling aan het slot van dit hoofdstuk). Daarmee wordt het onderscheidende kenmerk van de stichting duidelijk(er) naar voren gebracht en wordt richting gegeven aan de taak en het handelen van het bestuur en de raad van toezicht.

### 5.4 Spanning tussen beleidsbepaling en beleidscontrole

#### 5.4.1 *Inleiding*

Een overeenkomst tussen de raad van toezicht van de stichting en de raad van commissarissen van andere rechtspersonen is dat zij beide als kerntaak hebben: toezicht houden op het beleid van het bestuur. Het bestuur bepaalt het beleid op korte en langere termijn en het toezichthoudend orgaan controleert dit.<sup>106</sup> Volgens sommige auteurs ligt aan het wettelijk systeem een scheiding tussen beleidsbepaling enerzijds (voorbereiding, vastlegging en uitvoering van beleid) en beleidscontrole anderzijds ten grondslag. In deze paragraaf komt aan de orde dat het onderscheid tussen beleidsbepaling en beleidscontrole niet altijd duidelijk is. In sommige gevallen wordt van de raad van toezicht – net als van de raad van commissarissen – intensievere bemoeienis met het bestuursbeleid verwacht.

#### 5.4.2 *Beleidsbepaling en beleidscontrole*

Het bestuur stelt het beleid op dat moet bijdragen aan de optimale realisatie van de doelstellingen van de stichting. Op dit gebied heeft de raad van toezicht in beginsel geen initiërende maar een controlerende taak.<sup>107</sup> De raad van toezicht

---

106. Assink & Verbrugh 2016, p. 46. Wat betreft beursvennootschappen vloeit dit voort uit de NCGC. Zie ook Asser, Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/390 en 487.

107. Blanco Fernández 1993, p. 6.

controleert of het bestuur werkt aan het verwezenlijken van het stichtingsdoel binnen het kader van relevante wet- en regelgeving. De raad van toezicht kan dit in zekere zin afmeten aan de hand van prestaties, resultaten en risico's van de stichting conform vooraf met het bestuur afgesproken en in een jaarplan vastgelegde doelstellingen en eventuele prestatie-indicatoren.

De raad van toezicht speelt dus, net als de raad van commissarissen, bij beleidsbepaling in beginsel slechts een aanvullende rol: het primaat ligt bij het bestuur. Bij het bepalen van het beleid, binnen de norm "het belang van de rechtspersoon", heeft het bestuur een zekere vrijheid die de raad van toezicht dient te respecteren.

*Niet alleen een marginale toetsing van het beleid*

Honée schrijft in 1996 dat de raad van commissarissen het beleid en de gang van zaken marginaal dient te toetsen:

"Bij de beoordeling van een concreet bestuursvoornemen, zoals bijvoorbeeld het acquireren van een hotelketen door een luchtvaartmaatschappij, dient dan ook voor commissarissen niet de vraag te zijn hoe zij zouden beslissen, vormden zij zelf het bestuur. De vraag waar het voor commissarissen op aan komt, is of het bestuur in redelijkheid als goed bestuurder tot deze beslissing heeft kunnen komen."<sup>108</sup>

Uitgangspunt is dat het toezichthoudend orgaan een zekere afstand moet bewaren. Dat betekent echter niet dat toezicht altijd achteraf plaatsvindt en dat het toezichthoudend orgaan een passieve rol heeft. De opmerkingen van Honée dienen in zoverre in perspectief geplaatst te worden, dat zij zijn geschreven in de jaren negentig en dat tegenwoordig in de literatuur, in governancecodes en in rapporten die in opdracht van de regering zijn uitgebracht, wordt uitgegaan van een meer actieve en kritische houding van de raad van commissarissen en de raad van toezicht. Deze actieve houding is niet alleen repressief maar ook preventief van aard.<sup>109</sup> Ook in de rechtspraak, zowel in uitspraken van de Ondernemingskamer als in uitspraken van de gewone rechter, wordt uitgegaan van een

---

108. Honée 1996.

109. In Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 68, is te lezen dat de NCGC met haar bepalingen over onafhankelijkheid, deskundigheid, plicht tot informatie halen en voorbereiding door commissies van de raad van commissarissen, van commissarissen een houding verlangt die omschreven kan worden als indringend onderzoeken. Zie ook Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma & H.M. Vletter-van Dort 2012.

## HOOFDSTUK 5

proactieve houding van zowel de raad van commissarissen als van de raad van toezicht van een stichting, met name indien sprake is van “bijzondere omstandigheden” (waarover meer in paragraaf 5.4.3 hierna).<sup>110</sup>

*Wetsvoorstel btrp: raad van toezicht dient gekend te worden in het beleid*

In de Concept MvT btrp bij het Voorontwerp btrp werd opgemerkt dat de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan van de stichting met zich brengt “dat het algemene bestuursbeleid door het bestuur wordt bepaald nadat het daarover *overleg heeft gehad* met het toezichthoudend orgaan”.<sup>111</sup> De wetgever leek daarbij echter niet bewust voor het toezichthoudend orgaan van stichtingen een intensievere betrokkenheid te willen formuleren. Eerder leek het te gaan om een omschrijving die voor het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen geldt.<sup>112</sup> De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht merkte, mijns inziens terecht, op dat de stelling uit de Concept MvT btrp dat het bestuur eerst moet overleggen over het beleid in zijn algemeenheid te ver gaat en als zodanig niet uit de toezichthoudende taak voortvloeit.<sup>113</sup>

In de MvT btrp bij artikel 2:11 lid 2 Wetsvoorstel btrp is te lezen dat uit de gegeven taakomschrijving van de raad van commissarissen (die dus ook geldt voor de raad van toezicht van een stichting) voortvloeit dat de raad van commissarissen *in beginsel gekend dient te worden in het algemene bestuursbeleid en*

---

110. Zie voor wat betreft de taak van de raad van commissarissen van een beursvennootschap bijvoorbeeld Rechtbank Midden-Nederland, 19 juni 2013, *RO* 2013/65 (Landis) en voor de raad van toezicht van een stichting (zorginstelling): Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 en *RO* 2016/8 (Meavita).

111. Concept MvT, p. 28 voor stichtingen en p. 18 voor verenigingen.

112. Dat de houding van leden van een raad van toezicht van de stichting niet anders dient te zijn dan die van commissarissen van andere rechtspersonen, blijkt uit de Concept MvT, waarin wordt opgemerkt: “Ook voor stichtingen geldt dat het toezichthoudend orgaan zich actief dient op te stellen en het bestuur om informatie moet vragen en zo nodig moet ingrijpen wanneer er signalen zijn dat er sprake is van problemen. Indien de stichting zich in (financieel) zwaar weer of een proces van reorganisatie bevindt, mag van het toezichthoudend orgaan een extra waakzame opstelling worden verwacht. Het ligt op de weg van het toezichthoudend orgaan het beleid van het bestuur dan extra kritisch te bezien. Ook ten aanzien van de stichting geldt dat de taak van het toezichthoudend orgaan op dit punt niet verschilt van de taak van de raad van commissarissen bij een NV (zie daarover Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, *JOR* 2003/60, *Laurus* en Hoge Raad 8 april 2005, *JOR* 2005/119, *Laurus*).” (Concept MvT p. 28).

113. Reactie Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie) 6 mei 2014, p. 10.

*in belangrijke beslissingen van het bestuur.*<sup>114</sup> Dit is in lijn met de NCGC en sectorcodes<sup>115</sup> en volgt mijns inziens ook uit de literatuur en jurisprudentie.<sup>116</sup>

*Betrokkenheid bij beleidsbepaling op hoofdlijnen; beleidsvrijheid*

Hoewel de raad van toezicht als taak heeft om bestuursbeleid te controleren, wordt algemeen aangenomen dat het toezicht zich niet dient te beperken tot een toetsing van gevoerde beleid achteraf, maar zich ook uitstrekt *tot de algemene lijnen van het nog te voeren beleid op langere termijn.*<sup>117</sup>

Het betrekken van de raad van toezicht bij het bestuursbeleid (op hoofdlijnen) kan bijvoorbeeld plaatsvinden door advies te vragen maar ook door beleid of bepaalde beleidsbeslissingen ter goedkeuring voor te leggen. Ten aanzien van NV's en BV's bepaalt de wet uitdrukkelijk dat het goedkeuren van een bepaalde bestuurshandeling of het daartoe machtigen niet geldt als het verrichten van daden van bestuur (artikelen 2:151 en 261 lid 2 BW). Hetzelfde geldt mijns inziens voor de raad van toezicht van een stichting.<sup>118</sup>

Overigens wordt in de literatuur terecht opgemerkt dat de situatie waarin veel of nagenoeg alle bestuurshandeling de voorafgaande goedkeuring van een ander orgaan, zoals de raad van toezicht, behoeven, strijdig kan zijn met de bestuurs-taak en bestuursautonomie.<sup>119</sup>

*Controle van beleidsuitvoering achteraf*

De raad van toezicht is in beginsel niet betrokken bij de *uitvoering* van de strategie en het beleid. Het toezicht van de raad van toezicht op de uitvoering, op het dagelijkse beleid van het bestuur, kan uit de aard der zaak slechts periodiek en achteraf plaatsvinden.<sup>120</sup> Dit wordt alleen anders indien sprake is van zeer bijzondere omstandigheden, zoals wanneer bijvoorbeeld de continuïteit van de met de stichting verbonden onderneming op het spel staat en alle te nemen beslissingen wezenlijk zijn voor het voortbestaan van de stichting. In die situatie zullen leden van de raad van toezicht nauwer bij de dagelijkse gang van zaken betrokken moeten zijn.

---

114. MvT btrp, p. 21. Dat blijkt ook uit het voorgestelde artikel 2:11a op grond waarvan het bestuur aan de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft.

115. Zie ook de codes genoemd in Bijlage 1.

116. Blanco Fernández 2016, p. 33, Glasz 1992, p. 19, en Glasz 1995, p. 155.

117. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/487.

118. In veel sectorale governancecodes is een uitdrukkelijke goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van de vaststelling van het beleidsplan voorgeschreven.

119. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 8.1.

120. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 68.

## HOOFDSTUK 5

### *Verantwoording over beleid*

Het bestuur legt in de jaarstukken intern verantwoording af over het gevoerde beleid. Waar andere rechtspersonen intern verantwoording afleggen aan de algemene vergadering, heeft een stichting niet noodzakelijkerwijs een verantwoordingsorgaan. Als een raad van toezicht is ingesteld, kan de raad fungeren als het “tweede orgaan” dat de verantwoordingsfunctie van de algemene vergadering heeft. Dit blijkt ook uit de wet die er van uit gaat dat, als er een raad van toezicht is, deze de jaarrekening vaststelt, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen (artikel 2:300 lid 3 BW). Met het ondertekenen van de jaarrekening aanvaarden leden van de raad van toezicht een medeverantwoordelijkheid voor de juistheid hiervan (zie ook paragraaf 8.2).

De raad van toezicht, die bij de beleidsbepaling betrokken is geweest (bijvoorbeeld het beleidsplan heeft goedgekeurd), kan achteraf de uitvoering van het beleid – uitdrukkelijk of impliciet – afkeuren, bijvoorbeeld door de jaarstukken niet mee te tekenen, de jaarrekening niet vast te stellen, geen decharge aan bestuurders te verlenen of, in het uiterste geval, bestuurders te ontslaan. In dergelijke gevallen dient de raad van toezicht mijns inziens nog uitvoeriger dan de algemene vergadering te motiveren waarom hij de uitvoering van het beleid door bestuurders niet goedkeurt.

### *5.4.3 Intensivering van toezicht; onderscheid tussen bestuur en toezicht*

#### *Gescheiden rollen*

Als uitgangspunt geldt dat de raad van toezicht, in ieder geval op hoofdlijnen, toezicht houdt op de uitvoering van het bestuursbeleid. De raad van toezicht dient een zekere afstand te bewaren ten opzichte van het bestuur; leden van de raad van toezicht mogen niet “op de stoel van de bestuurder gaan zitten”.<sup>121</sup> De leden van de raad van toezicht nemen geen verantwoordelijkheden en bevoegdheden van het bestuur over; zij moeten voorkomen dat zij zelf de bestuursfunctie vervullen. Indien zij in geval van belet of ontstentenis tijdelijk het bestuur op zich nemen, dienen zij mijns inziens terug te treden uit de raad van toezicht (zie ook paragraaf 5.5.8. hierna). Van belang is dat bestuur en toezicht gescheiden blijven; een lid van de raad van toezicht kan immers geen toezicht houden op zichzelf.

De vereiste afstand tot het bestuursbeleid zal echter kleiner (moeten) worden in situaties waarin van de raad van toezicht verscherpt toezicht wordt verwacht, bijvoorbeeld wanneer sprake is van risicovol beleid, een overnamesituatie, als de continuïteit van de met de stichting verbonden onderneming in het geding is of

---

121. Zo blijkt ook uit diverse governancecodes, zoals de GCZ 2017 onder 4.1.3.

wanneer sprake is van een (andere) bijzondere situatie.<sup>122</sup> In dergelijke gevallen dienen leden van de raad van toezicht extra kritisch te zijn, zal de raad zo nodig aanvullende informatie moeten vragen (zie ook paragraaf 5.6) en zit de raad dus dichter op het bestuur en het bestuursbeleid.

*Situaties van intensievere bemoeienis*

In bijzondere gevallen of situaties, waarvan er hierna een aantal genoemd worden, wordt van de raad van toezicht intensiever toezicht verlangd, dat wil zeggen: een actievere houding. Uit hierna te noemen jurisprudentie volgt dat in sommige omstandigheden inactiviteit van de raad van toezicht of te veel afstand van de onderneming onbehoorlijk toezicht of een gegronde reden voor twijfel aan een juist beleid kan opleveren. Juist in “kritische situaties” staat het doen en laten van de raad van toezicht vol in de schijnwerpers. Als het misgaat, bijvoorbeeld als de stichting failliet gaat of dreigt te gaan en als derden zich benadeeld voelen, kan aan de rechter een oordeel gevraagd worden over het gevoerde toezicht.

Beschikkingen van de Ondernemingskamer in enquêteprocedures bij stichtingen (zoals de Meavita-beschikking)<sup>123</sup> maar ook in enquêteprocedures bij (beurs)vennootschappen (zoals de beschikking inzake Van der Moolen)<sup>124</sup> en uitspraken in aansprakelijkheidsprocedures die zijn gevoerd tegen leden van de raad van toezicht van stichtingen en commissarissen van (beurs)vennootschappen (zoals de Landis-uitspraak en de Fairstar-uitspraak),<sup>125</sup> geven richtlijnen voor de wijze waarop raden van toezicht hun taak dienen uit te oefenen.

*Aard van de rechtspersoon en omvang van de onderneming*

Bij het toepassen van richtlijnen uit de jurisprudentie dient steeds de aard van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming alsook de omvang van de onderneming in acht genomen te worden.<sup>126</sup> Bovendien dient bedacht te worden welke (wettelijke en/of statutaire) mogelijkheden en bevoegdheden de raad van toezicht of de raad van commissarissen in verband met zijn taak heeft. Zo heeft de verplichte raad van commissarissen van een structuurvennootschap of een beursvennootschap meer bevoegdheden op grond van de wet en/of de NCGC dan de vrijwillige raad van commissarissen van een gewone

122. Zie ook Koelemeijer 2013, p. 56.

123. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 (Meavita), met noot Van Schilfgaarde, *RO* 2016/8.

124. Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen) met noot Strik.

125. Rechtbank Midden-Nederland, 19 juni 2013, *RO* 2013/65 (Landis) en Rechtbank Amsterdam 30 september 2015, *RO* 2016/4 (Fairstar).

126. Lennarts & Roest 2016, p. 116-121. Zie ook Rechtbank Midden-Nederland, 19 juni 2013, *RO* 2013/65 (Landis).

## HOOFDSTUK 5

vennootschap. In hoofdstuk 6 zal blijken dat de verplichte raad van toezicht van een semipublieke instelling op grond van sectorcodes vaak relatief veel bevoegdheden en mogelijkheden heeft om in te grijpen in het bestuur, terwijl de “vrijwillige raad van toezicht” van een stichting met private doelstelling mogelijk minder verstreckende statutaire bevoegdheden heeft en dientengevolge minder “instrumenten” heeft als zich een bijzondere situatie voordoet.

### 5.4.4 Voorbeelden van situaties van intensievere bemoeienis

In de literatuur worden verschillende voorbeelden van bijzondere situaties en urgente omstandigheden genoemd op grond waarvan meer betrokkenheid van de raad van toezicht of raad van commissarissen wordt verlangd.<sup>127</sup> Als gezegd volgen ook uit de jurisprudentie diverse voorbeelden.

#### *Gebrekkige boekhouding en niet (tijdig) naleven van de publicatieplicht*

Het bestuur is verplicht om de vermogenstoestand van de stichting bij te houden en te administreren (artikel 2:10 lid 1 BW). Uit de jurisprudentie volgt dat commissarissen moeten toezien op het naleven van de administratieplicht door het bestuur en hetzelfde zal gelden voor leden van de raad van toezicht.<sup>128</sup>

Het bestuur van een stichting dient jaarlijks, binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, een balans en staat van baten en lasten van de stichting op te stellen (artikel 2:10 lid 2 BW). Stichtingen met een grote of middelgrote onderneming zijn bovendien verplicht een jaarrekening en een bestuursverslag op te stellen en te publiceren.<sup>129</sup> Leden van de raad van toezicht zijn evenmin als commissarissen zelf gehouden bedoelde verplichtingen tot boekhouden, het opstellen van de jaarrekening en (voor zover vereist) het tijdig publiceren van de jaarrekening, na te leven, ook niet als het bestuur in de nakoming daarvan tekortschiet.<sup>130</sup>

Blijkens jurisprudentie is het echter *wel* hun taak op de naleving door het bestuur van die verplichtingen toezicht te houden.<sup>131</sup> De raad van toezicht zal zich daarover door het bestuur moeten laten inlichten en het bestuur met betrekking tot de nakoming van zijn verplichtingen moeten adviseren, en zo nodig moeten ingrijpen, bijvoorbeeld door een bestuurder die na herhaaldelijke aangemaand te zijn niet voldoet aan zijn verplichtingen te schorsen of, in het uiterste geval, te ontslaan.

---

127. Zie bijvoorbeeld de *red flags* van Stolp (Stolp 2015).

128. Rechtbank Midden-Nederland, 19 juni 2013, *RO* 2013/65 (Landis).

129. Artikel 2:300 lid 1 BW juncto 360 lid 3 juncto 396 BW. Zie hierover paragraaf 8.2.3.

130. Overigens tekenen de leden van de raad van toezicht ook de jaarrekening mee en stellen zij deze vast, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen (artikel 2:300 lid 3 BW, zie hierover paragraaf 8.2.3).

131. HR 28 juni 1996, *JOR* 1996/85 en *NL* 1997/58 (Bodam Jachtservice).



*Fusies en overnames*

Een voorbeeld van een bijzondere situatie is een voorgenomen fusie of een overname van of door de stichting. De raad van toezicht van een stichting zal, net als de raad van commissarissen van een vennootschap, betrokken dienen te worden bij een fusieprocedure of een belangrijke overname. Een fusie- of overnamesituatie geeft vaak aanleiding tot intensivering van toezicht, zeker als het voortbestaan van de stichting afhangt van een fusie met of overname door een derde<sup>132</sup> of als een fusie of overname complex of mogelijk risicovol is, bijvoorbeeld omdat de aan de stichting verbonden onderneming daardoor aanzienlijk in omvang toeneemt of juist moet inkrimpen.<sup>133</sup>

De raad van toezicht zal in een dergelijk geval van het bestuur voldoende informatie dienen te ontvangen en mogelijk aanvullende informatie moeten vragen, zodat hij een eigen oordeel kan vormen over de fusie of overname. Vervolgens dient de raad van toezicht het bestuur met raad en daad bij te staan, hetgeen onder omstandigheden kan betekenen dat de raad maatregelen eist van het bestuur en eventueel zelf stappen onderneemt.

Uit uitspraken over zorginstellingen van de Governancecommissie Gezondheidszorg, die op verzoek van belanghebbenden bij een zorginstelling uitspraken kan doen over de juiste toepassing van de Governancecode Zorg, volgt dat de raad van toezicht een belangrijke rol heeft in overnamesituaties, dat wil zeggen: als de stichting zelf het voorwerp van een overname is of een andere partij wil overnemen.<sup>134</sup> Volgens de Governancecommissie Gezondheidszorg mogen het bestuur en de raad van toezicht bijvoorbeeld gezamenlijk optreden in onderhandelingen met een beoogde fusiepartner. Niettemin blijft er een zekere spanning tussen de taken en bevoegdheden van de raad van toezicht en het bestuur: op welk moment wordt de bestuursautonomie te veel aangetast en wanneer dient de raad van toezicht de regie juist meer naar zich toe te trekken? In sommige

---

132. Rechtbank Overijssel 21 september 2016, *RO* 2017/36. De rechtbank overweegt in deze zaak dat het betoog van eiseres dat een raad van toezicht de scheiding tussen bestuur en toezicht dient te respecteren op zich juist is. In situaties die niet de dagelijkse gang van zaken betreffen maar, zoals hier, het voorbereiden van een overname, zal echter de bemoeienis door de raad van toezicht intensiever zijn. Dit betekent niet dat de raad van toezicht namens de stichting kan gaan onderhandelen in plaats van het bestuur, maar kan wel inhouden dat de raad van toezicht vanwege de grote belangen en risico's die bij een overnameproces spelen ter zake intensief toezicht kan en moet uitoefenen.

133. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 (Meavita), met noot Van Schilfgaarde, *RO* 2016/8.

134. Zie ook Klaassen 2016a.

gevallen kan, gelet op het belang van de stichting, schorsing of zelfs ontslag van een bestuurder die niet de door de raad van toezicht voorgestane lijn kiest, geboden zijn.<sup>135</sup>

Eveneens kan genoemd worden de beschikking van de Ondernemingskamer (OK) inzake Telegraaf Media Groep (TMG).<sup>136</sup> Het bestuur van TMG weigerde de koers van de raad van commissarissen (ondersteuning van het bod van het Consortium) te volgen en uiteindelijk zag de raad van commissarissen zich genoodzaakt om de twee bestuurders te schorsen. De bestuurstaak werd vervolgens tijdelijk door de raad van commissarissen zelf uitgeoefend en namens TMG werd het fusieprotocol met het Consortium ondertekend. De OK concludeerde dat de spanning tussen de raad van commissarissen en het bestuur was opgelopen en dat sprake was van onderling wantrouwen. De OK achtte het in het licht van de (bijzondere) omstandigheden begrijpelijk dat de raad van commissarissen zich genoodzaakt zag om in het belang van TMG gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot schorsing teneinde zeker te stellen dat het fusieprotocol met het Consortium ondertekend werd.

*Financieel zwaar weer en risicovolle strategie*

Uit beschikkingen van de Ondernemingskamer<sup>137</sup> volgt dat in financieel moeilijke tijden van de raad van commissarissen verwacht mag worden verwacht dat hij adequate aandacht besteedt aan de strategie van de vennootschap en de speerpunten van het beleid, het bestuur met raad en daad terzijde bijstaat en, waar nodig, eigen initiatieven ontwikkelt. In de Van der Moolen-beschikking overweegt de OK dat de passiviteit van de raad van commissarissen bij het vertrek van een van de bestuurders en het niet vervullen van de vacature van de CFO gemiste kansen zijn om te reageren op signalen die een proactieve raad van commissarissen had behoren op te pakken.”<sup>138</sup>

135. In het zicht van faillissement is het bijvoorbeeld een lastige overweging of de stichting met de enige serieuze gegadigde in zee moet gaan. Zie ook de uitspraak van de Rechtbank Overijssel 21 september 2016, *RO* 2017/36, waarin de voorwaarden van de overnemende partij kennelijk dusdanig waren dat de raad van toezicht, na overleg met de ondernemingsraad, cliëntenraad en het managementteam, meende niet akkoord te moeten gaan met de overname. Overigens ging de raad van toezicht in deze zaak over tot schorsing van de bestuurder van de stichting, aangezien de raad vreesde dat de bestuurder zijn persoonlijke belangen te veel liet meespelen. De raad van toezicht nam de bestuurstaken vervolgens tijdelijk waar.

136. Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, *JOR* 2017/229 met noot Sinnighe Damsté.

137. Hof Amsterdam (OK) 28 december 2006 (KPN-Qwest), *JOR* 2007, 67, en Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen) met noot Strik. Zie ook Koelemeijer 2013, p. 56 en Lennarts & Roest 2016, p. 119.

138. Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen), r.o. 9.3.14.

In sommige gevallen wordt van de raad van toezicht of raad van commissarissen verwacht dat hij de controle op het door het bestuur gevoerde beleid verzwaart, al voordat het stadium van financieel zwaar weer is bereikt, bijvoorbeeld wanneer is gekozen voor een risicovolle strategie.<sup>139</sup> In het rapport van de Enquêtecommissie Woningcorporaties zijn voorbeelden van risicovolle projecten te vinden die uiteindelijk tot de ondergang van de desbetreffende woningcorporaties hebben geleid.

Zo kocht woningcorporatie Woonbron het oude stoomschip De Rotterdam (ss Rotterdam). Na de renovatie werd de ss Rotterdam door Woonbron doorverkocht en werd een enorm verlies geleden op een activiteit die nota bene niet tot de kerntaken van de woningcorporatie behoorde.<sup>140</sup> Volgens de Enquêtecommissie had de raad van commissarissen meer tegengas moeten geven en had de raad van commissarissen vast moeten houden aan de kaders van het business plan.

Een ander voorbeeld dat betrekking heeft op de taakvervulling door de raad van commissarissen van een kapitaalvennootschap is de Fairstar-zaak.<sup>141</sup> Fairstar Heavy Transport NV sloot een overeenkomst tot bouw en aankoop van een schip onder de voorwaarde dat de raad van commissarissen goedkeuring verleende. De rechtbank oordeelde dat commissarissen zich ten opzichte van het bestuur onvoldoende kritisch hadden opgesteld en hun toezichthoudende taak niet naar behoren hadden vervuld. Zij hadden verzuimd te handelen en hadden ten onrechte het bestuur niet ter verantwoording geroepen toen duidelijk werd dat het bestuur – ondanks het ontbreken van goedkeuring door de raad van commissarissen – een investeringsverplichting was aangegaan (van USD 110 miljoen) waarvoor geen financiering voorhanden was en waarvan zonder meer duidelijk was dat de vennootschap de daaraan verbonden lasten niet zou kunnen dragen.

Van belang is dat de raad van toezicht of raad van commissarissen bij belangrijke investeringsbeslissingen een deugdelijke financiële onderbouwing verlangt en nagaat of de financiering voldoende is.<sup>142</sup>

#### *Integriteitkwesties en belangenverstrengeling*

Signalen over misstanden zullen eveneens aanleiding geven tot intensivering van het toezicht. Bijvoorbeeld bij Woningcorporatie Rochdale ontving de raad van commissarissen signalen van klokkenluiders over misstanden binnen de corporatie en over het functioneren van de bestuursvoorzitter.<sup>143</sup> Een raad van

139. Stolp 2015, en Lennarts & Roest 2016, p. 119.

140. Parlementaire enquête Woningcorporaties, Deelrapport Casussen, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 6, p. 45.

141. Rechtbank Amsterdam 30 september 2015, *RO* 2016/4 (Fairstar).

142. Stolp 2015 en Rechtbank Utrecht 12 december 2007, *JOR* 2008/10 (Ceteco).

143. Parlementaire enquête Woningcorporaties, Deelrapport Casussen, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 6, p. 68.

## HOOFDSTUK 5

toezicht die dergelijke signalen ontvangt dient door te vragen, informatie te verzamelen en daadkrachtig op te treden, bijvoorbeeld door, zoals in het geval van Rochdale, de betrokken bestuurder te schorsen. Overigens kunnen integriteitskwesaties, waaronder ook (vermoedens van) belangenverstremgeling, bij allerlei soorten stichtingen spelen, bijvoorbeeld ook bij culturele instellingen.<sup>144</sup>

Het treffen van maatregelen en het ondernemen van actie door de raad van toezicht, bijvoorbeeld door bestuurders te schorsen, betekent mijns inziens nog niet noodzakelijkerwijs dat sprake is van (mede)besturen. Een lid van de raad van toezicht zou zich dan ook niet te snel moeten laten afschrikken door het “risico” dat een rechter oordeelt dat hij zich teveel bemoeit met het beleid en achteraf wordt aangemerkt als bestuurder. Uit aansprakelijkheidsjurisprudentie en uitspraken van de Ondernemingskamer lijkt in sommige gevallen het omgekeerde te volgen, namelijk dat te weinig bemoeienis met het bestuursbeleid en gebrek aan daadkrachtig optreden kan leiden tot het oordeel dat sprake is van onbehoorlijk toezicht.

De bevoegdheden die de raad van toezicht in deze en andere situaties kan hebben en kan gebruiken, komen hierna aan de orde.

### 5.4.5 *Samenvatting en conclusies*

Het bestuur is het orgaan dat het beleid van de stichting opstelt en bepaalt. De raad van toezicht heeft tot taak het beleid te controleren, maar van belang is dat de raad ook vooraf gekend wordt bij het opstellen van het algemene beleid.

In governancecodes, literatuur en jurisprudentie wordt uitgegaan van een actieve en kritische houding van de raad van commissarissen en van de raad van toezicht, die niet alleen repressief maar ook preventief van aard is. Bij de kritisch onderzoekende rol van de raad van toezicht hoort dat hij in ieder geval nagaat of het beleid past bij en bijdraagt aan het bereiken van het statutaire doel van de stichting.

Als uitgangspunt geldt dat de raad van toezicht op hoofdlijnen toezicht houdt op de uitvoering van het bestuursbeleid. Uit onder meer de MvT brtp volgt dat uit de taakomschrijving van de raad van toezicht voortvloeit dat hij gekend wordt in belangrijke beslissingen van het bestuur.

---

144. Zie bijvoorbeeld de belangenverstremgeling bij Het Nieuwe Instituut waarover de daartoe ingestelde onderzoekscommissie een rapport uitbracht, te vinden op [www.cultuur-ondernemen.nl/rapport-governance-het-nieuwe-instituut-gepubliceerd2](http://www.cultuur-ondernemen.nl/rapport-governance-het-nieuwe-instituut-gepubliceerd2).

In sommige bijzondere situaties en omstandigheden dient de raad van toezicht zijn toezicht te intensiveren, bijvoorbeeld als de stichting is betrokken bij een fusie of overname, als het bestuur risicovolle transacties aangaat of een risicovolle strategie volgt, als sprake is van financieel zwaar weer of als zich een fraudegeval of integriteitskwestie voordoet. In sommige gevallen dient de raad van toezicht het bestuur ter verantwoording te roepen en/of de instrumenten die hij heeft (zijn toezichthoudende bevoegdheden) ook daadwerkelijk te benutten. Het treffen van maatregelen, zoals schorsing of ontslag van bestuurders, hoeft op zichzelf nog niet te betekenen dat sprake is van het bepalen van het beleid of van (mede)besturen.

## 5.5 Toezichthoudende bevoegdheden

### 5.5.1 *Inleiding*

Toezichthoudende bevoegdheden verschaffen de raad van toezicht mogelijkheden om de toezichthoudende taak nader vorm te geven; zij kleuren de taak en de rol van de raad van toezicht nader in. Deze bevoegdheden van de raad hebben een wettelijke en/of een statutaire basis. Hierna zullen enkele algemene wettelijke en statutaire bevoegdheden van de raad van toezicht aan de orde komen. De bevoegdheden die in sectorregels aan de raad van toezicht van bepaalde soorten stichtingen worden toegekend komen in hoofdstuk 6 afzonderlijk aan de orde.

Allereerst zullen de *soorten* toezichthoudende bevoegdheden die een raad van toezicht of een raad van commissarissen heeft worden beschreven, waarbij de wettelijke bevoegdheden van de raad van commissarissen van een NV (zowel de “gewone” NV als de structuur-NV) worden afgezet tegen de wettelijke bevoegdheden van de raad van toezicht. Vervolgens wordt een aantal bevoegdheden van de raad van toezicht nader uitgewerkt. Wat houden deze bevoegdheden in, verschillen zij van de bevoegdheden van de raad van commissarissen en is de wettelijke regeling op dat gebied afdoende?

### 5.5.2 *Zelfstandige toezichthoudende bevoegdheden, gedeelde bevoegdheden en goedkeuringsbevoegdheden*

Bij de stichting kan de raad van toezicht bevoegdheden hebben die op zijn eigen toezichthoudende terrein liggen, maar ook (goedkeurings)bevoegdheden ten aanzien van besluiten die op bestuursterrein liggen. In sommige gevallen is echter niet duidelijk of het een besluit betreft dat op het terrein van het bestuur of de raad van toezicht ligt. Mijns inziens kunnen de volgende besluiten van de raad van toezicht worden onderscheiden:

## HOOFDSTUK 5

1. besluiten omtrent bevoegdheden die op het terrein van de raad van toezicht liggen, die de raad zelfstandig uitoefent;
2. besluiten omtrent bevoegdheden die op het terrein van het bestuur liggen, die de raad van toezicht moet goedkeuren;
3. besluiten die door het bestuur en de raad van toezicht gezamenlijk genomen worden.<sup>145</sup>

### *Zelfstandige toezichthoudende bevoegdheden*

De eerste categorie betreft zelfstandige bevoegdheden die de raad van toezicht op grond van de wet of de statuten heeft en waarmee de algemene toezichthoudende taak wordt ondersteund. Gedacht kan worden aan de bevoegdheid om de beloning van bestuurders vast te stellen of de bevoegdheid om bestuurders te benoemen of te schorsen. De raad van toezicht heeft ten aanzien van deze zelfstandige bevoegdheden een “ongedeelde verantwoordelijkheid”; hij zal zich daarover zelf ten volle moeten verantwoorden.

### *Gedeelde bevoegdheden en goedkeuringsbevoegdheden*

De tweede en derde categorie betreffen bevoegdheden van het bestuur waarbij de raad van toezicht betrokken is. Het gaat om besluiten waarbij het bestuur een initiërende bevoegdheid heeft en aan de raad van toezicht op grond van de wet, de statuten of een reglement een uitdrukkelijke goedkeuringsbevoegdheid is toegekend. Sommige besluiten worden door het bestuur en de raad van toezicht in gezamenlijkheid genomen. Het onderscheid tussen goedkeuringsbesluiten, instemmingsbesluiten en gezamenlijke besluiten is niet altijd duidelijk en kan feitelijk door elkaar lopen.

### *Goedkeuring en instemming*

Ook zonder dat goedkeuring van de raad van toezicht uitdrukkelijk in de wet, in statuten of in een reglement is voorgeschreven, wordt het bestuur in bepaalde omstandigheden en bij bepaalde soorten ingrijpende besluiten geacht deze ter goedkeuring of instemming voor te leggen aan de raad van toezicht (zie ook paragraaf 4.5.5). Als bestuur en raad van toezicht ten opzichte van elkaar goed

---

145. Dit onderscheid lijkt enigszins op het onderscheid dat Honée in 1996 voor de raad van commissarissen van een NV of BV maakte (Honée 1996). Honée onderscheidde aanvullende bevoegdheden en zelfstandige bevoegdheden van de raad van commissarissen. De governance-opvattingen over de rol van de raad van commissarissen zijn na 1996, zoals eerder opgemerkt, doorontwikkeld en op sommige gebieden behoorlijk gewijzigd. Het is dan ook de vraag of tegenwoordig nog gezegd kan worden dat de raad van commissarissen slechts een aanvullende rol speelt. De term “aanvullende bevoegdheden” wekt ten onrechte de indruk dat het toezichthoudend orgaan kan volstaan met een beperkte toetsing van de door het bestuur genomen besluiten.

functioneren, dan neemt het bestuur geen ingrijpende besluiten zonder die tevooren met de raad te hebben afgestemd.<sup>146</sup> Overigens zal goedkeuring of instemming door de raad dan ook vaak impliciet zijn.

#### *Initiërende rol van het bestuur*

Indien de raad van toezicht een besluit dat op bestuursterrein ligt moet goedkeuren, ligt de initiërende, leidende rol dus bij het bestuur. Indien goedkeuring van een dergelijk besluit (op grond van een wettelijke of statutaire verplichting) aan de raad van toezicht gevraagd wordt, kan volgens sommige auteurs de raad van toezicht besluiten goedkeuring ofwel te verlenen ofwel te weigeren. Indien de raad van toezicht zijn goedkeuring weigert, is het volgens deze auteurs niet de bedoeling dat de raad een alternatief voorschrijft.<sup>147</sup> Ik meen dat dit in de huidige tijd te strikt gesteld is en dat, zeker wanneer besluiten in gezamenlijkheid genomen worden, de raad van toezicht in bepaalde omstandigheden wel degelijk een alternatief kan en soms moet adviseren als dat in het belang van de stichting is. Ik ben het wel eens dat de raad van toezicht in beginsel slechts dient na te gaan of het besluit zorgvuldig tot stand komt en of het past binnen de (statutaire) doelstelling van de stichting en past binnen het afgesproken beleidsplan.

#### *Beoordeling vanuit verschillend perspectief*

Het bestuur en het toezichthoudend orgaan beoordelen voorgenomen besluiten die *op het bestuursterrein liggen* (die bijvoorbeeld uitvoering van het beleid betreffen) in beginsel vanuit een verschillend perspectief: het bestuurlijke respectievelijk het toezichthoudende perspectief. Bij dat laatste perspectief past niet dat de raad van toezicht het werk van het bestuur nog een keer overdoet. Er zijn echter ook belangrijke besluiten die de structuur van de stichting betreffen, zoals het besluit een fusie aan te gaan (zie ook de overige ingrijpende besluiten genoemd in hoofdstuk 4), waarbij de verschillende perspectieven mijns inziens minder duidelijk zijn en waarin eerder in gezamenlijkheid besloten zal worden.

#### 5.5.3 *Verschillen tussen corporatieve rechtspersonen en stichtingen in verband met zelfstandige bevoegdheden*

De huidige wet kent aan de raad van commissarissen van corporatieve rechtspersonen een aantal wettelijke bevoegdheden toe, terwijl de raad van toezicht (of eigenlijk: het “toezichthoudend orgaan”) van de stichting slechts de wettelijke bevoegdheid heeft om de jaarrekening vast te stellen.<sup>148</sup> De raad van commissarissen van een kapitaalvennootschap heeft op grond van de wet

146. Glasz 1992, p. 19, Glasz 1995, p. 155 en Blanco Fernández 2016, p. 33.

147. Glasz 1992, p. 19, en Glasz 1995, p. 155.

148. Zie artikel 2:300 leden 2 en 3 BW.

## HOOFDSTUK 5

bijvoorbeeld de bevoegdheid om bestuurders te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen, en de bevoegdheid om besluiten te nemen ingeval van tegenstrijdig belang van alle bestuurders.<sup>149</sup> Tegelijkertijd kan gezegd worden dat de regeling van de raad van toezicht van de stichting meer flexibel is en dat de statuten van een stichting aan de raad van toezicht meer zelfstandige bevoegdheden kunnen toebedelen die bij een (gewone) corporatieve rechtspersoon aan de algemene vergadering toekomen, zoals de bevoegdheid om bestuurders te benoemen.<sup>150</sup>

### *Bevoegdheden van de algemene vergadering*

In het algemeen liggen bevoegdheden van de algemene vergadering van een corporatieve rechtspersoon op het terrein van: (1) de structuur van de rechtspersoon; en (2) de organisatie van de rechtspersoon.<sup>151</sup> Wat betreft de structuur van een corporatieve rechtspersoon is de algemene vergadering op grond van de wet het orgaan dat bevoegd is te besluiten tot statutenwijziging, fusie, splitsing, omzetting en ontbinding. Wat betreft de organisatie van de corporatieve rechtspersoon geldt dat de algemene vergadering het orgaan is dat bestuurders en (de meerderheid van de) commissarissen benoemt, schorst en ontslaat, tenzij de structuurregeling van toepassing is.<sup>152</sup>

De wet bepaalt voor NV's, anders dan voor BV's, bovendien uitdrukkelijk dat aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering in de identiteit of het karakter van de NV, waaronder in ieder geval overdracht van de onderneming, het aangaan van een duurzame samenwerking of het nemen of afstoten van een deelneming (artikel 2:107a BW).<sup>153</sup>

---

149. Artikel 2:147 BW en artikel 2:129 lid 6 BW voor de NV. De statuten van een NV kunnen daarnaast volgens de wet andere bevoegdheden aan de raad van commissaris toekennen (artikel 2:140 lid 3 BW), zoals de bevoegdheid tot het vaststellen van de bezoldiging en de overige arbeidsvoorwaarden van de bestuurders (artikel 2:135 lid 4 BW) en de bevoegdheid tot vertegenwoordiging bij belet of ontstentenis van bestuurders (artikel 2:134 lid 4 BW).

150. Waarbij uiteraard de wettelijke grenzen in acht genomen moeten worden. Blanco Fernández 1993, p. 5.

151. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 3.

152. Artikel 2:132 en 134 BW, artikel 2:142-144 BW voor de NV.

153. In het arrest uit 2007 (HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (ABN Amro)), waarin het ging om de verkoop van een belangrijk bedrijfsonderdeel door ABN Amro: LaSalle, oordeelde de HR dat zonder wettelijke verplichting of statutaire grondslag er geen verplichting voor het bestuur bestaat tot consultatie van de algemene vergadering van aandeelhouders. Artikel 2:107a BW dient restrictief te worden uitgelegd: pas als een bestuursbesluit dermate ingrijpend is daardoor de identiteit of het karakter van de onderneming veranderen, en daarmee de aard van het aandeelhouderschap, kan zij van toepassing zijn (r.o. 4.4).



## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

De algemene vergadering heeft voorts een “restbevoegdheid”: aan de algemene vergadering behoren, binnen de door de statuten en de wet gestelde grenzen, alle bevoegdheden toe die niet aan het bestuur of de raad van commissarissen zijn toegekend.<sup>154</sup> Overigens is de raad van commissarissen bevoegd om bij alle besluiten van de algemene vergadering (in en buiten vergadering) een raadgevende stem uit te brengen.<sup>155</sup>

### *De structuurvennootschap: andere machtsverhoudingen*

De wettelijke bevoegdheden van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap zijn uitgebreider dan van de raad van commissarissen van een gewone vennootschap. Daartoe behoren naast de hiervoor genoemde bevoegdheden: de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders, goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten en voordracht van een deel van de commissarissen.<sup>156</sup>

Het structuurregime leidt tot een andere machtsverdeling tussen algemene vergadering, raad van commissarissen en bestuur. De raad van commissarissen van een structuurvennootschap oefent immers bevoegdheden uit die bij een niet-structuurvennootschap aan de algemene vergadering toekomen. Sommige auteurs merken op dat een raad van commissarissen die over de bevoegdheid tot benoeming van bestuurders beschikt een zwaardere verantwoordelijkheid draagt voor het toezicht op het bestuursorgaan aangezien de raad daarmee directe zeggenschap heeft over de voor het beleid van de vennootschap direct verantwoordelijke personen.<sup>157</sup> In ieder geval zou gezegd kunnen worden dat de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen van een structuurvennootschap “zwaarder” is opgetuigd dan de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen van een gewone vennootschap.

### *Bevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting*

In het huidige Boek 2 BW, waarin het toezichthoudend orgaan van de stichting slechts impliciet wordt erkend,<sup>158</sup> zijn nauwelijks wettelijke bevoegdheden voor het toezichthoudend orgaan van de stichting opgenomen. Het toezichthoudend orgaan (de raad van toezicht) heeft op grond van de huidige wet slechts de bevoegdheid om de jaarrekening mede te tekenen. Daarnaast stelt dit orgaan de jaarrekening vast, tenzij de statuten anders bepalen (artikel 2:300 leden 2 en 3 BW); een algemene vergadering die dit kan doen ontbreekt immers.

---

154. Zie artikel 2:107 BW voor de NV.

155. Zie artikel 2:117 lid 4 BW voor de NV.

156. Artikel 2:162, artikel 2:164 en artikel 2:158 lid 4 BW voor de NV.

157. Blanco Fernández 1993, p. 4.

158. In artikelen artikel 2:297b, 300 leden 2 en 3 en 300a BW wordt “het toezichthoudend orgaan” van de stichting genoemd.

## HOOFDSTUK 5

Bevoegdheden die bij vennootschappen (en andere corporatieve rechtspersonen) op grond van dwingend recht tot de competentie van de algemene vergadering behoren, moeten bij een stichting, bij gebreke aan een algemene vergadering, aan een ander orgaan worden toebedeeld.

De zelfstandige bevoegdheden van de algemene vergadering die de *structuur van de rechtspersoon* betreffen zullen bij een stichting aan het bestuur worden toebedeeld, maar als er een raad van toezicht is ingesteld dient deze daarbij naar mijn mening ook betrokken te worden. Indien de stichting naast het bestuur en de raad van toezicht nog een ander orgaan heeft ingesteld, zoals bijvoorbeeld een deelnemersraad, zullen bevoegdheden waarmee de structuur en de werkzaamheden (het doel) van de stichting worden bepaald vanwege het ledenverbod, niet aan dat orgaan worden toegekend.

Wat betreft de *organisatie van de rechtspersoon*, kunnen aan de raad van toezicht bevoegdheden worden toegekend, dat wil zeggen: de raad kan de bevoegdheid hebben tot benoeming en ontslag van bestuurders en tot ontslag en benoeming van zijn eigen leden. De raad van toezicht van de stichting die dergelijke bevoegdheden heeft, lijkt wat betreft zijn rol en positie meer op de raad van commissarissen van een structuurvennootschap dan op de raad van commissarissen van een gewone vennootschap.

### *Verantwoording over zelfstandige bevoegdheden*

Aan de raad van toezicht van de stichting kunnen dus, in de wet en/of in de statuten, meer zelfstandige bevoegdheden worden toegekend dan aan de raad van commissarissen van “gewone corporatieve rechtspersonen” waarvoor geen structuurregeling geldt. Dit betekent dat de raad van toezicht van de stichting mogelijk een zwaardere rol heeft en meer bevoegdheden heeft waarvoor hij een “ongedeelde verantwoordelijkheid” draagt dan de raad van commissarissen van een gewone corporatieve rechtspersoon. Over deze bevoegdheden dient de raad van toezicht zich overigens ten volle te verantwoorden. In Hoofdstuk 8 zal aan de orde komen hoe de raad van toezicht deze verantwoording kan vormgeven.

Hierna ga ik uitgebreider in op de inhoud van een aantal bevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting in het algemeen. Daarbij komt de vraag aan de orde of en hoe deze bevoegdheden wettelijk geregeld moeten worden en hoe zij statutair uitgewerkt kunnen worden.

5.5.4 *Vaststelling van de jaarrekening en decharge van bestuurders*

*Medeondertekening jaarrekening*

Op grond van de wet moeten leden van het toezichthoudend orgaan van een “commerciële stichting” (dat wil zeggen: een stichting in de zin van artikel 2:360 lid 3 BW) de jaarrekening medeondertekenen (artikel 2:300 lid 2 BW). Hetzelfde geldt voor de jaarrekening van corporatieve rechtspersonen; deze wordt door de raad van commissarissen medeondertekend. Met de medeondertekening wordt bereikt dat de leden van de raad van commissarissen c.q. de raad van toezicht naast het bestuur instaan voor de jaarrekening.

*Vaststelling jaarrekening*

Voor zover de statuten geen ander orgaan aanwijzen is het toezichthoudend orgaan van de stichting (de raad van toezicht) tevens het orgaan dat de jaarrekening vaststelt (artikel 2:300 lid 3 BW). Artikel 2:300 BW is in de wet opgenomen in 1997.<sup>159</sup> Bij de invoering dit artikel werd door de wetgever aangegeven dat ten aanzien van “commerciële” stichtingen – bezien vanuit het jaarrekeningsrecht – geen wezenlijk verschil bestaat met andere, wel jaarrekeningplichtige rechtspersonen. De wetgever zag – mijns inziens terecht – geen reden om wat betreft jaarverslaggeving een onderscheid te maken tussen commerciële stichtingen (en overigens ook verenigingen) en andere rechtspersonen:

“Het feit dat stichtingen en verenigingen niet ten doel mogen hebben winst uit te keren aan oprichters, aan hen die deel uitmaken van hun organen respectievelijk aan leden, is op zichzelf geen reden om een onderscheid te maken. Uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en eerlijke concurrentieverhoudingen is er juist veel voor te zeggen de verslaggeving van deze stichtingen en verenigingen zoveel mogelijk onder hetzelfde rechtsregime te brengen als de overige rechtspersonen en organisaties in Nederland die al onder het jaarrekeningregime van titel 9 vallen.”<sup>160</sup>

Titel 9 werd van toepassing verklaard op alle ondernemende stichtingen. Aangezien een stichting geen algemene vergadering kent, en dit orgaan dus de jaarrekening niet kan vaststellen, wijkt de tekst van artikel 2:300 lid 3 BW af van de tekst van de andere rechtspersonen. Uit de tekst van artikel 2:300 lid 3 BW volgt dat het uitgangspunt is dat de statuten het vaststellingsbevoegde orgaan aanwijzen. Indien er een raad van toezicht is en de statuten niets (anders) bepalen,

159. Wet van 30 januari 1997 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter zake van de jaarrekening van stichtingen en verenigingen die een onderneming in stand houden, *Stb.* 1997, 53.

160. *Kamerstukken* 1994-1995, 24 255, nr. 3, p. 1.

komt de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening toe aan de raad van toezicht. Dat lijkt me een correct uitgangspunt. De raad van toezicht staat dan niet alleen in voor de jaarrekening, door medeondertekening, maar is tevens uitdrukkelijk het orgaan waaraan het bestuur financiële verantwoording aflegt.

#### *Decharge van bestuurders*

Mijns inziens betekent het feit dat de raad van toezicht besluit tot vaststelling van de jaarrekening van de stichting niet automatisch dat daarmee de stichtingsbestuurders voor hun gevoerde beleid gedechargeerd worden. Voor NV's maar ook voor andere corporatieve rechtspersonen<sup>161</sup> bepaalt de wet uitdrukkelijk dat vaststelling van de jaarrekening niet strekt tot kwijting aan een bestuurder of commissaris. Begrijp ik de wetsgeschiedenis bij de desbetreffende wetsartikelen goed, dan heeft de wetgever een dergelijke bepaling niet nodig geacht voor stichtingen. De MvT bij de "Wet tot wijziging van Boek 2 BW in verband met kwijting van bestuurders en commissarissen" zegt hierover slechts dat de situatie bij de commerciële stichting naar zijn aard zodanig afwijkt van de regeling voor andere rechtspersonen, dat een dergelijke bepaling voor de stichting niet voor de hand ligt.<sup>162</sup> Het feit dat dit voor stichtingen niet geregeld is betekent niet dat vaststelling van de jaarrekening bij stichtingen wél decharge impliceert. Anders dan corporatieve rechtspersonen hebben stichtingen niet noodzakelijkerwijs een "tweede orgaan" naast het bestuur. Voor stichtingen ligt het, anders dan voor corporatieve rechtspersonen, niet vast welk orgaan de jaarrekening vaststelt als gevolg waarvan niet duidelijk is welk orgaan decharge kan verlenen.

Door het openlaten van de dechargemogelijkheid is niet duidelijk welk orgaan decharge kan verlenen. Kan het bestuur bijvoorbeeld zichzelf en/of één of meer van zijn bestuurders decharge verlenen? Zie hierover ook uitgebreider paragraaf 8.4.

Zoals in paragraaf 8.4.3. wordt uitgewerkt, doet een rechtspersoon met het verlenen van decharge afstand van het recht om zich op bestuurders te verhalen, hetgeen neerkomt op het beschikken over een vermogensrecht van de rechtspersoon. Stichtingen kennen geen algemene vergadering aan wie het vermogen uiteindelijk toekomt, maar er zijn wel personen en instanties die hebben bijgedragen aan de vorming van het stichtingsvermogen. Beargumenteerd kan worden dat decharge namens de stichting kan worden verleend door het orgaan waaraan het bestuur (financieel) verantwoording verschuldigd is. Ik meen dat als de raad van toezicht het orgaan is dat de jaarrekening van de stichting vaststelt, het in de rede ligt dat de raad van toezicht eveneens het orgaan is dat namens de stichting decharge kan verlenen aan bestuurders.

161. Voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij in artikelen 2:49 lid 3 en 58 lid 1 BW) en voor de NV en BV in artikel 2:101 en 210 lid 3 BW.

162. *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 483, nr. 3, p. 4.

Hoewel het goed is dat de wet flexibiliteit biedt en in de statuten een orgaan aangewezen kan worden dat de jaarrekening vaststelt, zou het verhelderend zijn als de wet ook bij stichtingen uitdrukkelijk bepaalt dat vaststelling van de jaarrekening geen decharge impliceert. Met andere woorden: dat ook voor stichtingen een apart dechargebesluit vereist is. Als de raad van toezicht het orgaan is dat de jaarrekening vaststelt dient de raad over decharge een afzonderlijk besluit te nemen. Ik ben het eens met auteurs die menen dat indien men de raad van toezicht de bevoegdheid wil geven bestuurders te dechargeren, bij gebreke aan een wettelijke regeling, een uitdrukkelijke statutaire regeling aanbeveling verdient.<sup>163</sup>

Indien de raad van toezicht bevoegd is bestuurders decharge te verlenen voor het gevoerde beleid (voor zover dit blijkt uit de jaarrekening)<sup>164</sup> wordt zijn rol van “verantwoordingsorgaan” nog nadrukkelijker. Vanuit het perspectief van de bestuurders kan het wenselijk zijn dat de mogelijkheid wordt geboden dat zij gedechargeerd worden. Anderzijds is van belang dat de raad van toezicht zich realiseert dat de raad door gebruik te maken van deze bevoegdheid een zwaardere verantwoordelijkheid heeft dan een raad van toezicht die deze bevoegdheid niet heeft of daarvan geen gebruik maakt. De raad ontnemt immers de stichting maar ook anderen, zoals bijvoorbeeld de curator ingeval van faillissement van de stichting,<sup>165</sup> mogelijk een succesvolle interne aansprakelijkheidsactie op grond van artikel 2:9 BW.

#### 5.5.5 *Schorsing van bestuurders*

##### *NV's*

Bij NV's is de hoofdregel dat bestuurders worden geschorst door degene die bevoegd is tot benoeming (artikel 2:134 BW). Het orgaan dat bevoegd is om bestuurders te benoemen en dus ook schorsen, is bij de NV de algemene vergadering, tenzij sprake is van een structuurvennootschap (artikel 2:162 BW).

163. Lennarts 2011, p. 147, en Asser/Rensen 2-III\* 2012/343. Bartman c.s. (Bartman, De Groot, Nijland & Wuisman 2016) merken op dat sectorregels of statuten voor stichtingen die beschikken over overheidsgeld kunnen voorschrijven dat een dechargebesluit goedkeuring behoeft van een overheidsinstantie of overheidsorgaan, die de stichting in belangrijke mate financiert. Ik vraag mij echter af of overheidsinstanties hiertoe in de praktijk bereid zullen zijn.

164. Voor decharge door de algemene vergadering van aandeelhouders geldt op grond van rechtspraak dat deze zich slechts uitstrekt tot informatie die in het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders ter kennis is gebracht. Decharge gaat niet zover dat deze ook betrekking heeft op zaken die aandeelhouders redelijkerwijs hadden kunnen weten of waarop zij bedacht hadden moeten zijn. Zie ook HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (Staleman/Van der Ven). Voor een stichting is het (vooralsnog) niet duidelijk wat de reikwijdte van de door de raad van toezicht verleende decharge is.

165. Zie hierover ook Lennarts 2011, p. 146, die het voorbeeld noemt van een stichting die haar vordering op de oud-bestuurders had verpand aan de gemeente.

## HOOFDSTUK 5

Daarnaast kent de wet aan de raad van commissarissen de bevoegdheid toe om bestuurders te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen (artikel 2:147 BW).

### *Stichtingen*

Op dit moment is niet in de wet geregeld dat de raad van toezicht van een stichting – zonder tussenkomst van de rechter – bestuurders kan schorsen. Statutair kan dit echter wel mogelijk gemaakt worden, maar dit moet uitdrukkelijk bepaald worden.

Anders dan bij corporatieve rechtspersonen geeft de wet in de regeling van de stichting aan de (gewone) rechter de mogelijkheid om in te grijpen en bestuurders te schorsen bij wijze van voorlopige voorziening tijdens een onderzoek naar wanbeheer (artikel 2:298 lid 2 BW). Deze mogelijkheid bestaat bijvoorbeeld ingeval van een vermoeden dat sprake is van een met de statuten van de stichting (bijvoorbeeld het statutaire doel) strijdig financieel beheer.<sup>166</sup> Een dergelijke schorsing van bestuurders door de rechter wordt ook ingeschreven in het handelsregister, zodat derden daarvan kennis kunnen nemen (artikel 2:302 BW). Teneinde een dergelijke voorziening te laten treffen, is vereist dat een belanghebbende of het openbaar ministerie een verzoek indient bij de rechtbank.

In sommige gevallen is het echter noodzakelijk om sneller te kunnen handelen, dus zonder de rechtbank in te schakelen. Indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, past het mijns inziens past bij zijn taak om, net als de raad van commissarissen van een corporatieve rechtspersoon, in te kunnen grijpen als de raad dat nodig en in het belang van de stichting acht. Wanneer een bestuurder, mede gelet op de stichtingsdoelstelling, handelt in strijd met het belang van de stichting, dient de raad van toezicht naar mijn mening een middel te hebben om in te grijpen.

### *Wetsvoorstel btrp*

De wetgever heeft, mijns inziens terecht, middels het Wetsvoorstel btrp voorgesteld om wettelijk vast te leggen dat de raad van toezicht te allen tijde de bevoegdheid heeft om iedere bestuurder te schorsen. Hieraan heeft de wetgever toegevoegd “tenzij de statuten anders bepalen”. Het Wetsvoorstel btrp bevat een regeling die voor alle rechtspersonen gelijk is: artikel 2:11 lid 8 Wetsvoorstel btrp. Uit de reacties op de internetconsultatie van het Voorontwerp btrp blijkt dat deze regeling op algemene instemming kan rekenen. Het Wetsvoorstel btrp sluit, net als het Voorontwerp btrp, met deze regeling aan bij de gedachte dat ook de raad toezicht een instrument moet hebben waarmee hij zo nodig per direct een bestuurder op non-actief kan stellen.<sup>167</sup>

---

166. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 31 januari 2017, RO 2017/39 (Stichting Loterijverlies).

167. MvT btrp, p. 23.

Het niet toekennen van de bevoegdheid om bestuurders te schorsen doet naar mijn mening afbreuk aan de kracht en de mogelijkheden van de raad van toezicht, bijvoorbeeld in het geval dat het bestuur, ondanks aanmaningen door de raad van toezicht, zijn boekhoudplicht niet nakomt. Om die reden zou de wet het mijns inziens bij de stichting niet mogelijk moeten maken om de bevoegdheid tot schorsing van bestuurders door de raad van toezicht in de statuten weg te schrijven. De wet zou naar mijn mening dienen te bepalen dat de raad van toezicht bevoegd is iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. Daaraan zou mijns inziens, anders dan bij andere rechtspersonen, niet toegevoegd moeten worden “tenzij de statuten anders bepalen”. Ik meen dat schorsingsbevoegdheid een kernbevoegdheid is die iedere raad van toezicht nodig heeft. Anders dan corporatieve rechtspersonen heeft een stichting immers geen algemene vergadering die bestuurders kan schorsen. In theorie kan aan andere stichtingsorganen (bijvoorbeeld een belanghebbendenorgaan) of aan een (overheids)instantie (bijvoorbeeld een gemeente) de bevoegdheid om bestuurders te schorsen worden toegekend, al dan niet naast de bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan. Ik meen dat dit onverlet laat dat de schorsingsmogelijkheid ook aan de raad van toezicht moet worden toegekend. Bij de taak en rol van de raad van toezicht hoort naar mijn mening dat de raad (ook) moet kunnen ingrijpen als dat nodig is en in het belang van de stichting is. Zie over de verhouding tussen bevoegdheden van het belanghebbendenorgaan en de raad van toezicht overigens ook paragraaf 6.3.3.

In de MvT btrp wordt opgemerkt dat de bevoegdheid tot schorsing ook bestuurders betreft die door een derde benoemd zijn.<sup>168</sup> Zulks ligt voor de hand, omdat de raad van toezicht houdt op de taakuitoefening van alle bestuurders, ook bestuurders die door anderen dan de raad zelf zijn benoemd. Naar aanleiding van reacties op de internetconsultatie is in het Wetsvoorstel btrp terecht ook in een regeling opgenomen voor de opheffing van de schorsing.<sup>169</sup> Deze houdt in dat het orgaan of de persoon die bevoegd is tot benoeming de schorsing te allen tijde kan opheffen.

#### *Schorsingbevoegdheid gebruiken*

In sommige situaties kan, als gezegd, de raad van toezicht gehouden zijn van zijn schorsingsinstrument gebruik te maken. Voor kapitaalvennootschappen is, zoals in paragraaf 5.4.4 is opgemerkt, in jurisprudentie uitgemaakt dat de raad van commissarissen in bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld als een bestuurder ondanks waarschuwingen van de raad van commissarissen een riskante

168. MvT btrp, p. 23.

169. Zie onder meer de Reactie van het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), p. 5-6.

investering doet die niet (voldoende) gefinancierd is, gehouden kan zijn bestuurders te schorsen of te ontslaan.<sup>170</sup> Zoals gezegd betekent het gebruik maken van de schorsingsbevoegdheid niet per definitie dat de raad de regie, dus de bestuurstaken, teveel naar zich toetrekt en zal worden aangemerkt als bestuurder.<sup>171</sup> Ik meen dat jurisprudentie over de schorsingsbevoegdheid van de raad van commissarissen van kapitaalvennootschappen ook relevant is voor de raad van toezicht van de stichting. In het bijzonder zal voor stichtingen gelden dat, als het bestuur door een bepaalde rechtshandeling het stichtingsvermogen besteedt of dreigt te besteden aan zaken die in strijd zijn met het doel en/of het bestuur het uitkeringsverbod overtreedt of dreigt te overtreden, de raad van toezicht moet (kunnen) ingrijpen en, wanneer het bestuur ondanks aanmaningen doorgaat met de handeling, bestuurders zo nodig moet schorsen.

#### 5.5.6 *Benoeming en ontslag van bestuurders*

Een stichting heeft er belang bij om een bestuur te hebben dat bestaat uit de best mogelijke mensen die het stichtingsdoel zo goed mogelijk kunnen realiseren. De taak om te zorgen voor de best mogelijke bestuurders kan als een belangrijk onderdeel van de toezichthoudende taak worden gezien. De statuten kunnen in dat verband aan de raad van toezicht de bevoegdheid geven te bepalen wie het bestuur van de stichting mogen voeren: in de statuten kan aan de raad van toezicht de bevoegdheid worden toegekend om bestuurders te benoemen en te ontslaan. In verschillende sectoren, niet alleen in de semipublieke sector maar ook in de culturele sector en bij fondsenwervende instellingen, wordt deze bevoegdheid in sectorregels of een sectorcode aan de raad van toezicht toebedeeld.<sup>172</sup> Over stichtingen in deze sectoren wordt wel gezegd dat de “werkgeversrol” ten opzichte van het bestuur een van de kerntaken van de raad van toezicht is.<sup>173</sup>

---

170. Zie de jurisprudentie genoemd in paragraaf 5.4.4. Zie ook Koelemeijer 2013, p. 56, en de uitspraak Rechtbank Amsterdam 30 september 2015, *RO* 2016/4 (Fairstar), waarin de rechtbank oordeelde dat de raad van commissarissen, gelet op de omstandigheden van het geval, had moeten ingrijpen.

171. Hof Amsterdam (OK) 21 maart 2017, *JOR* 2017/229 (TMG), waarin de Ondernemingskamer het in het licht van de bijzondere omstandigheden niet onbegrijpelijk achtte dat de raad van commissarissen de bestuurders had geschorst.

172. Zie bijvoorbeeld artikel 25 Woningwet, zie ook Bijlage 1.

173. Zie bijvoorbeeld Vletter-van Dort 2013 over pensioenfondsen en Houwen 2016a over semipublieke instellingen. De rechtsrelatie met de bestuurder heeft naast een rechtspersonenrechtelijk – voor zover van toepassing – een contractueel aspect (de arbeidsovereenkomst). De eventuele arbeidsrechtelijke rechtsverhouding tussen de bestuurder en de stichting is niet anders indien de raad van toezicht de bestuurders benoemt.



*Bevoegdheid voor raden van toezicht van alle stichtingen; default rule in de wet?*

De vraag kan gesteld worden of niet voor alle stichtingen die een raad van toezicht hebben zou moeten gelden dat de raad van toezicht verantwoordelijk is voor het instellen van het bestuur, dat wil zeggen: dat de raad van toezicht het orgaan is dat bestuurders benoemt en ontslaat. Ik meen dat stichtingen op dit punt in beginsel vrijheid moet worden gelaten; zij dienen naar mijn mening flexibel te zijn in hun organisatorische vormgeving. Stichtingen zouden bijvoorbeeld ook moeten kunnen kiezen voor (rechtstreekse) benoeming van één of meer bestuurders door een ander orgaan dan de raad van toezicht (zoals een deelnemersraad) of door een derde. Ook bij de Flex BV is de benoeming van bestuurders tegenwoordig flexibel geregeld: niet alleen de algemene vergadering die de bevoegdheid heeft bestuurders te benoemen, ook bepaalde aandeelhouders kunnen rechtstreeks hun “eigen” bestuurder benoemen (artikel 2:242 BW).

Zo zou men er in private, besloten verhoudingen voor kunnen kiezen de raad van toezicht slechts een “lichte” rol te geven (adviesbevoegdheid, goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten en schorsingsbevoegdheid). De toekenning van de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van bestuurders leidt tot een “zwaardere rol” van de raad van toezicht die wellicht niet bij elke stichting wenselijk is. Een raad van toezicht die bevoegd is het bestuur te benoemen heeft immers in feite “zeggenschap” over de voor het beleid van de stichting verantwoordelijke personen en daarmee zelf een zwaardere verantwoordelijkheid.

Tegelijk is het opvallend is dat de toepasselijke governancecodes en sectorregels in veel van de onderzochte sectoren<sup>174</sup> uitgaan van een model waarbij de raad van toezicht bestuurders benoemt en ontslaat. Ik meen dat om die reden de basisregel in Boek 2 BW, de *default rule* waarop teruggevallen kan worden, zou kunnen zijn dat de raad van toezicht bestuurders benoemt. Daaraan zou dan wel uitdrukkelijk toegevoegd moeten worden dat de statuten anders kunnen bepalen. De wet zou dus het basale raad van toezichtmodel als uitgangspunt kunnen nemen (zie ook hoofdstuk 9).

#### *Ontslagbevoegdheid gebruiken*

Net als bij schorsing kan ten aanzien van benoeming en ontslag gezegd worden: als je het instrument hebt, moet je het in sommige omstandigheden ook gebruiken. Soms kan het bijvoorbeeld nodig zijn om, ter verbetering van de verhoudingen binnen het bestuur, er een extra bestuurder bij te benoemen. Op die manier kan er een nieuw machtsevenwicht ontstaan. Soms kan het nodig zijn dat

---

174. Zie Bijlage 1.

alle bestuurders worden gewisseld, zodat er een “frisse wind” gaat waaien. De Enquêtecommissie Woningcorporaties illustreerde bijvoorbeeld hoe bij woningcorporatie Rochdale “vers bloed” van belang was. Doordat zowel bestuurders als leden van de raad van toezicht te lang bleven zitten (sommigen wel twintig jaar) ontstond er een te groot vertrouwen in de bestuursvoorzitter en was er sprake van te weinig tegenkracht; te weinig tegenwicht aan bestuurders.<sup>175</sup>

Wat betreft disfunctionerende bestuurders van zorginstellingen merkte de Minister op dat er voldoende mogelijkheden zijn voor het interne toezicht om slecht bestuur aan te pakken, maar dat van belang is dat de raad van toezicht van een zorginstelling ook van zijn rechten en bevoegdheden gebruik maakt wanneer dat nodig is.<sup>176</sup> De Minister merkt op dat zij in de praktijk ziet dat raden van toezicht in wisselende mate gebruik maken van hun bevoegdheden en soms wat aarzelend zijn als een bestuurder blijvend onder de maat presteert.

#### 5.5.7 *Tegenstrijdig belang van bestuurders*

Zoals ook in de literatuur is opgemerkt, beoogt het leerstuk tegenstrijdig belang te bewerkstelligen dat een bestuurder bepaalde handelingen waarmee hij (slechts) zijn persoonlijk belang dient, niet verricht maar dat overlaat aan personen die meer onafhankelijk zijn.<sup>177</sup>

#### *Begrip tegenstrijdig belang*

Een eerste vraag die opkomt is de vraag wanneer sprake is van een tegenstrijdig belang. In het Bruil-arrest overwoog de Hoge Raad ten aanzien van een BV dat een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft als hij “door de aanwezigheid van een persoonlijk belang of door zijn betrokkenheid bij een ander met dat van de rechtspersoon niet parallel lopend belang niet in staat moet worden geacht het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht”.<sup>178</sup> Deze overwegingen zijn mijns inziens eveneens relevant voor

---

175. *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 6, p. 264.

176. Brief van de Minister VWS van 13 februari 2017 over disfunctionerende bestuurders in de zorg (*Kamerstukken II* 2016-2017, 34 550 XVI, nr. 131). Volgens de Minister liggen er nog kansen aan de “zachte kant” zoals het positief kritisch volgen van het bestuur in al zijn aspecten en het aansporen tot accreditatie van hun bestuurders. Daarnaast zijn er ook kansen aan de “harde kant”, namelijk het ontslaan van een bestuurder die niet goed functioneert.

177. Timmerman 2009.

178. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (Bruil) met noot Maijer en *JOR* 2007/169 met noot Leijten en Bartman.

stichtingen,<sup>179</sup> aangezien ook een stichtingsbestuurder die een persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de stichting niet optimaal in staat kan worden geacht het belang van de stichting en de daaraan eventueel verbonden onderneming te behartigen.

Het belang van de stichting wordt in overwegende mate bepaald door het stichtingsdoel (zie paragraaf 6.2 hierna) en het stichtingsvermogen dient te worden besteed met het oog op het bereiken van dit doel. Als een bestuurder een rechtshandeling aangaat waar hij zelf voordeel van heeft, maar waar de stichting nadeel van ondervindt, aangezien het de stichting schaadt of kan schaden in het bereiken van het doel en het besteden van het vermogen conform dat doel, zal sprake zijn van een tegenstrijdig belang.<sup>180</sup> De vraag of sprake is van tegenstrijdig belang dient niet slechts formeel maar eerder materieel bekeken te worden. Indien een stichtingsbestuurder tevens bestuurder is bij een andere (gelieerde) stichting en deze twee stichtingen een overeenkomst met elkaar aangaan (bijvoorbeeld een samenwerkingsovereenkomst), hoeft dat niet noodzakelijkerwijs een tegenstrijdig belang op te leveren.<sup>181</sup>

In de statuten en/of in een reglement kan worden geregeld dat, indien een bestuurder twijfelt over de vraag of hij een tegenstrijdig belang heeft, de raad van toezicht daarover (dus: over de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang) beslist.

#### *Geen wettelijke regeling voor stichtingen*

Tegenstrijdig belang van bestuurders van een stichting is op dit moment niet in de wet geregeld. Het is echter mogelijk om in de statuten te bepalen dat, indien een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft bij een voorgenomen besluit, hij dit dient te melden aan (de voorzitter van) de raad van toezicht en dat het desbetreffende bestuursbesluit moet worden goedgekeurd door de raad van toezicht.<sup>182</sup>

179. Zie ook Rechtbank Rotterdam 5 juli 2017, ECLI: NL:RBROT:2017:5177 (Stichting Humanitas). Zie voorts de verwijzingen van Verdam naar het Bruil-arrest (Verdam 2013a).

180. Zie ook Van Veen 2017 over de relatie tussen tegenstrijdig belang en het stichtingsdoel.

181. Zie Rechtbank Rotterdam 5 juli 2017, ECLI: NL:RBROT:2017:5177 (Stichting Humanitas).

182. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of in de statuten een regeling kan worden opgenomen waarbij – ondanks het ontbreken van een wettelijke regeling – de vertegenwoordiging van het bestuur in geval van tegenstrijdig belang beperkt wordt. Veel auteurs stellen mijns inziens terecht dat het niet mogelijk is om het bestuur in bepaalde, niet in de wet genoemde, gevallen extern onbevoegd te maken en in zodanige gevallen de bevoegdheid tot vertegenwoordiging, bijvoorbeeld, toe te kennen aan een door de raad van toezicht aangewezen persoon (zie bijvoorbeeld Quist in zijn noot bij Hof Leeuwarden 9 september 2008, *JOR* 2008/329). Een dergelijke vertegenwoordigingsregeling lijkt strijdig te zijn met de dwingendrechtelijke bepaling van artikel 2:292 lid 3 BW.

## HOOFDSTUK 5

In sectorale regels is een dergelijke regeling voor een aantal soorten stichtingen voorgeschreven.<sup>183</sup>

### *Regeling voor vennootschappen*

Boek 2 BW schrijft ten aanzien van vennootschappen sinds 1 januari 2013 voor dat een met tegenstrijdig belang besmette bestuurder niet aan de besluitvorming over de tegenstrijdig belang transactie mag deelnemen (artikel 2:129/239 lid 6 BW). Met dit voorschrift wordt de besmette bestuurder uitgeschakeld. De tegenstrijdig belangregeling voor vennootschappen is van dwingend recht, aangezien niet alleen de belangen van aandeelhouders beschermd moeten worden maar ook de belangen van crediteuren en werknemers die binnen de vennootschap niet altijd zelf voor hun belang op kunnen komen.

### *Wetsvoorstel btrp*

In het Wetsvoorstel btrp is een uniforme tegenstrijdig belangregeling voor alle rechtspersonen voorgesteld die overeenkomt met de sinds 1 januari 2013 geldende regeling voor NV's en BV's. De raad van toezicht krijgt op grond van het Wetsvoorstel btrp, evenals de raad van commissarissen, een wettelijke rol in het geval dat sprake is van tegenstrijdig belang van alle bestuurders. Mijns inziens is het terecht dat de raad van toezicht van een stichting op grond van de wet een rol krijgt bij tegenstrijdig belang van bestuurders, aangezien niet valt in te zien waarom voor stichtingen geen wettelijke regeling zou moeten gelden.<sup>184</sup> De vraag is vervolgens hoe de wettelijke rol van de raad van toezicht bij tegenstrijdig belang er uit zou moeten zien.

Lid 5 van artikel 2:9 Wetsvoorstel btrp bepaalt voor alle soorten rechtspersonen dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming als hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen (in het geval van een stichting: de raad van toezicht). Dit doet zich in ieder geval voor als de enig bestuurder of als alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben.

In de literatuur is bepleit om in de wet, middels het Wetsvoorstel btrp, te regelen dat de bestuurder een tegenstrijdig belang meldt.<sup>185</sup> Ook ik ben van mening dat de tegenstrijdig belangregeling slechts werkt als het tegenstrijdig belang

---

183. Zie bijvoorbeeld voor culturele instellingen 8.2 GCC 2014 en voor hogescholen II.2.1 en II.2.2 Code HBO 2013.

184. In gelijke zin onder meer Helder 2016, p. 13 e.v.

185. Wezeman 2016, p. 89-90, en Quist en Rensen 2017. Overigens wordt door de Minister ook in de MvT btrp opgemerkt dat een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft dat tijdig aan zijn medebestuurders kenbaar dient te maken (*Kamerstukken II 2015-2016*, 34 491, nr. 3, p. 12).

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

tijdig gemeld wordt, maar ik merk op dat het praktisch is als hierbij enige flexibiliteit wordt gelaten teneinde een passende statutaire regeling op te stellen. Zo kan bijvoorbeeld in de statuten (of in een reglement) geregeld worden dat de bestuurder aan zijn medebestuurders of, indien sprake is van een omvangrijk bestuur, aan de voorzitter van het bestuur, het tegenstrijdig belang meldt. Voor het geval dat de bestuursvoorzitter zelf een tegenstrijdig belang heeft, kunnen de statuten bepalen dat hij zijn tegenstrijdig belang bijvoorbeeld meldt aan de vicevoorzitter. Als er een raad van toezicht is ingesteld, kan statutair geregeld worden dat bestuurders hun tegenstrijdig belang eveneens melden aan de voorzitter van de raad van toezicht.

Het Wetsvoorstel btrp bevat dus een regeling waarbij besluitvorming verschuift naar de raad van toezicht indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben (een escalatieregeling naar de raad van toezicht), waarvan niet bij de statuten kan worden afgeweken. Indien alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, *moet* de raad van toezicht het besluit dus namens het bestuur nemen. Dit heeft tot gevolg dat de raad van toezicht een besluit moet nemen dat normaliter tot het domein van het bestuur behoort.<sup>186</sup> Daarmee krijgt de raad van toezicht een bevoegdheid om het ondernemingsbeleid gestalte te geven, dus een bestuursbevoegdheid.<sup>187</sup> Ik ben het eens met auteurs die menen dat er bezwaren zijn verbonden aan het promoveren van de raad van commissarissen of raad van toezicht tot beleidsmaker.<sup>188</sup> Hoewel de raad van toezicht het besluit neemt in plaats van, in feite namens, het bestuur, lopen leden van de raad mogelijk toch het risico verantwoordelijk te worden gehouden voor een besluit op een terrein dat verder gaat dan het toezichthoudende terrein. In de literatuur is bovendien, mijns inziens terecht, opgemerkt dat de bevoegdheidsverschuiving naar de raad van toezicht niet rijmt met de aanbevelingen van de Commissie Halsema die onder meer constateerde dat van belang is dat de verantwoordelijkheden van

---

186. Helder 2016, p. 13 e.v.

187. Lennarts 2009, p. 112-113, en Lennarts & Boschma 2008.

188. Anders dan de escalatie naar de algemene vergadering kan de escalatie naar de raad van toezicht of raad van commissarissen statutair niet worden “weggeschreven”. Volgens verschillende auteurs kan het wenselijk zijn om gebruik te maken van de mogelijkheid om escalatie naar de algemene vergadering weg te schrijven teneinde te voorkomen dat de bestuursbevoegdheid naar de algemene vergadering verschuift. Zie onder meer Lennarts en Boschma (Lennarts & Boschma 2008), die opmerken dat de verschuiving van de bevoegdheid naar de algemene vergadering gepaard gaat met een verandering van het in acht te nemen richtsnoer, nu aandeelhouders bij het uitoefenen van hun stemrecht hun eigen belang mogen dienen, terwijl bestuurders en commissarissen zich moeten richten naar het belang van de vennootschap. Lennarts en Boschma noemen bovendien het argument dat de algemene vergadering in veel gevallen niet beschikt over alle informatie en/of deskundigheid om de voor de vennootschap meest adequate beslissing te nemen. Zie ook Gepken-Jager 2012.

organen, met name in de semipublieke sector, duidelijk(er) moeten zijn.<sup>189</sup> Daar valt tegen in te brengen dat behoorlijk toezicht onder omstandigheden kan meebrengen dat het toezichthoudend orgaan (tijdelijk) een leidende rol krijgt en besluitvorming voor zijn rekening moet nemen.

*Goedkeuringsregeling in plaats van escalatieregeling*

Ik ben het eens met het voorstel in het Wetsvoorstel btrp dat ook voor een stichtingsbestuurder die een tegenstrijdig belang heeft zou moeten gelden dat hij zich moet onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Een bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft kan immers de besluitvorming door zijn medebestuurders beïnvloeden.

Ik meen echter dat als sprake is van tegenstrijdig belang van alle bestuurders, de beslissingsbevoegdheid niet zou moeten verschuiven naar een ander orgaan. Mijns inziens zou het besluit in dat geval genomen moeten worden door het bestuur, maar dient de raad van toezicht het bestuursbesluit, vanuit zijn eigen toezichthoudende perspectief, goed te keuren. Overigens zou dit naar mijn mening niet alleen voor stichtingen maar ook voor andere rechtspersonen dienen te gelden. Met een goedkeuringsregeling wordt bereikt dat zowel het bestuur als de raad van toezicht een besluit moeten nemen, maar wel ieder vanuit hun eigen (bestuurlijke respectievelijk toezichthoudende) perspectief.

Een dergelijke regeling is wat betreft stichtingen ook meer in lijn met regelingen die zijn opgenomen in sectorcodes. Daarin is in veel gevallen bepaald dat in situaties waarin sprake is van (een mogelijk) tegenstrijdig belang van één of meer bestuurders, de desbetreffende bestuurder dit dient te melden aan de raad van toezicht en dat de raad van toezicht betrokken wordt middels een goedkeuringsbevoegdheid.<sup>190</sup>

*Statutaire aanvulling en aanvulling in codes*

In veel gevallen verdient het aanbeveling om in de statuten of in een reglement te bepalen dat, indien sprake is van een besluit dat van materiële betekenis is voor de stichting – dat wil zeggen: (mogelijk) ingrijpende gevolgen heeft voor de stichting – en ten minste één van de bestuurders een tegenstrijdig belang heeft, de raad van toezicht het bestuursbesluit moet goedkeuren. Het gaat dan bijvoorbeeld om besluiten tot het doen van investeringen of het aangaan van contractuele verplichtingen boven een bepaald bedrag. Het risico is immers aanwezig dat de overige bestuurders ook “besmet” zijn door de bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft. Indien een tegenstrijdig belangstransactie van een bestuurder mogelijk een nadelig effect heeft op het doelgebonden vermogen, is het van belang dat de raad van toezicht uitdrukkelijk goedkeuring verleent.

---

189. Helder 2016, p. 13 e.v.

190. Zie bijvoorbeeld voor culturele instellingen 8.2 GCC 2014 en voor hogescholen II.2.1 en II.2.2 Code HBO 2013.

Niet altijd is duidelijk welke besluiten van materiële betekenis zijn voor de stichting. Indien er een sectorale code van toepassing is zou deze voorbeelden kunnen geven van transacties die in ieder geval van materiële betekenis zijn en daarbij eventueel, voor bepaalde soorten stichtingen, drempelbedragen kunnen noemen. Daarmee wordt een handvat gegeven welke bestuursbesluiten in ieder geval goedkeuring van de raad van toezicht behoeven indien één of meer bestuurders een tegenstrijdig belang hebben.

#### 5.5.8 *Vertegenwoordiging bij belet of ontstentenis van bestuurders*

Van belet is sprake als een bestuurder tijdelijk niet in staat is om zijn taak te verrichten, bijvoorbeeld omdat hij door de raad van toezicht geschorst is. Van ontstentenis is bijvoorbeeld sprake als een bestuurder is gedefungeerd of is ontslagen. Het gevolg van belet of ontstentenis kan zijn dat het aantal bestuurders onder het statutair voorgeschreven minimum daalt of dat er in het geheel geen bestuurders zijn. Voor NV's en BV's geldt een wettelijke verplichting om in de statuten voorschriften op te nemen over de wijze waarop voorlopig in het bestuur wordt voorzien in geval van belet en ontstentenis (artikel 2:134 en 244 lid 4 BW). Voor andere rechtspersonen, zoals stichtingen, bevat Boek 2 BW vreemd genoeg geen regeling. Juist bij stichtingen is het van belang belet en ontstentenis van bestuurders te regelen. Een stichting heeft immers geen aandeelhouders of leden die altijd nieuwe bestuurders kunnen benoemen. Hoewel dit wettelijk niet geregeld is, is het wel mogelijk (maar niet verplicht) om een statutaire regeling te treffen. Bij stichtingen is een statutaire belet of ontstentenisregeling van belang teneinde een gang naar de rechter bij het ontbreken van bestuurders (artikel 2:299 BW)<sup>191</sup> te voorkomen. Indien een raad van toezicht is ingesteld, ligt het mijns inziens voor de hand in de statuten aan de raad van toezicht een rol toe te bedelen bij belet en ontstentenis van bestuurders.

#### *Wetsvoorstel btrp*

Anders dan het Voorontwerp btrp, voorziet het Wetsvoorstel btrp wel in een wettelijke bepaling over ontstentenis en belet. In reacties op de internetconsultatie en in de literatuur werd opgemerkt dat er behoefte bestaat om een verplichte statutaire regeling inzake belet en ontstentenis van bestuurders (en overigens ook van leden van de raad van toezicht) op te nemen in Boek 2 BW.<sup>192</sup> Artikel 2:9 lid 6 Wetsvoorstel btrp bepaalt dat de statuten voorschriften moeten bevatten omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en de bevoegdheden

191. Hiermee kunnen procedures worden voorkomen; zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 1 oktober 2003, *JOR* 2003/277 en HR 7 september 2012, *JOR* 2012/351 (Stichting Parkeerverwijssysteem Den Haag) met noot Schmieman.

192. Zie bijvoorbeeld de reactie van het Instituut voor Ondernemingsrecht, Groningen 28 maart 2014, p. 17 en Rensen 2015. Zie hierover ook Koelemeijer 2016.

## HOOFDSTUK 5

voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders. De statuten *kunnen* deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet, aldus het voorgestelde wetsartikel. Ten slotte is in het voorgestelde artikellid te lezen dat degene die bij ontstentenis of belet van elk van de bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld wordt.

De statuten kunnen bijvoorbeeld bepalen dat in geval van belet of ontstentenis van alle bestuurders of van de enige bestuurder, het bestuur tijdelijk berust bij een door de raad van toezicht, al dan niet uit zijn midden, daartoe aangewezen persoon. Bij het aanwijzen van tijdelijk bestuurders dient er rekening mee gehouden te worden dat de tijdelijk bestuurders voor de duur van hun bestuur eigen bestuursverantwoordelijkheid en -aansprakelijkheid hebben, ook al zijn zij geen echte “bestuurders” en maken zij geen deel uit van het “bestuur” in de zin van de wet.<sup>193</sup> Opmerkelijk is overigens dat het Wetsvoorstel btrp slechts degene die bij ontstentenis of belet van *elk van de bestuurders* ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, voor wat betreft deze bestuursdaden met een bestuurder gelijk stelt.<sup>194</sup> Het toepassingsbereik van de regel is dus beperkt tot gevallen van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders. In de MvT btrp is te lezen dat hiermee wordt voorkomen dat derden, zonder dat toepassing is gegeven aan de wettelijke en statutaire besluitvormingsregels en waarborgen voor benoeming van een bestuurder, feitelijk voor enige tijd deel kunnen uitmaken van het bestuur.<sup>195</sup> Voorts is in de MvT btrp te lezen dat voor de gevallen dat slechts ten aanzien van een deel van de bestuurders sprake is van ontstentenis of belet, in de statuten bijvoorbeeld geregeld kan worden dat de resterende bestuurders bepaalde bestuurshandelingen vooraf voor advies dienen voor de leggen aan een derde. Ook is het volgens de MvT btrp mogelijk te bepalen dat de resterende bestuurders voor bepaalde besluiten voorafgaande goedkeuring dienen te krijgen van de raad van toezicht. Als de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, ligt dit laatste mijns inziens meer voor de hand dan het betrekken van een derde.

---

193. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/437 en 477. Uit de rechtspraak volgt overigens dat de *door de rechter* benoemde tijdelijk bestuurder van zijn bevoegdheden in zoverre terughoudend gebruik dient te maken dat hij in beginsel niet meer doet dan past bij de hem als tijdelijk bestuurder opgedragen taak en in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is voor het bestuur van de stichting. Zie hierover Koelemeijer 2016.

194. Zie de laatste zin van artikel 2:9 lid 6 Wetsvoorstel btrp.

195. *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 491, nr. 3, p. 13-14.



*Sectorale regelingen*

In sommige sectorregels wordt al voorgeschreven dat de statuten een belet- en ontstentenisregeling voor het bestuur moeten bevatten.<sup>196</sup> Hieraan is in sommige gevallen, mijns inziens terecht, toegevoegd dat een lid van de raad van toezicht dat zelf tijdelijk in het bestuur voorziet, voor die periode terugtreedt als lid van de raad van toezicht.<sup>197</sup> Ik meen dat deze regel voor alle soorten stichtingen geldt: vanwege de scheiding van de bestuurlijke en toezichthoudende functie, kan een lid niet tegelijk het bestuur waarnemen en toezicht uitoefenen op het bestuur. Als de desbetreffende persoon na afloop van zijn tijdelijke bestuur weer zitting neemt in de raad van toezicht, dient hij er rekening mee te houden dat tevens toezicht wordt uitgeoefend over “zijn” bestuursperiode. Hij zou bij toezicht over zijn eigen bestuursperiode naar mijn mening niet betrokken mogen worden aangezien hij geen toezicht over zijn eigen gevoerde beleid zou moeten uitoefenen. In zekere zin heeft hij ook een tegenstrijdig belang, bijvoorbeeld als de raad van toezicht de mogelijkheid heeft om na het vaststellen van de jaarrekening decharge te verlenen voor bestuurshandelingen. Deze persoon zou zich mijns inziens dan ook moeten onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming indien het bestuurshandelingen in zijn bestuursperiode betreft. Onder omstandigheden zou het zelfs raadzaam kunnen zijn als degene die heeft voorzien in tijdelijk bestuur wacht langer met het terugkeren in de raad van toezicht, bijvoorbeeld totdat de jaarrekening is vastgesteld over het boekjaar waarin hij tijdelijk bestuurder was.

*Tegenstrijdig belang als vorm van belet*

De vraag kan worden gesteld of de statuten van een stichting kunnen regelen dat tegenstrijdig belang van bestuurders als een vorm van belet wordt aangemerkt. Uit de hiervoor aangehaalde overwegingen uit de MvT btrp kan worden afgeleid dat straks, als het Wetsvoorstel btrp wet is geworden, slechts in het geval dat de enig bestuurder (of alle bestuurders) een tegenstrijdig belang heeft, een “echte” beletfunctionaris kan worden aangewezen die wordt gelijkgesteld met een bestuurder.

In de literatuur bestaat wat betreft NV's en BV's discussie over de vraag of de statutaire beletregeling kan inhouden dat de enig bestuurder (of alle bestuurders) bij tegenstrijdig belang wordt vervangen door een tijdelijke beletfunctionaris terwijl er ook een raad van commissarissen is. Sommige auteurs menen dat een dergelijke regeling geoorloofd is.<sup>198</sup> Anderen wijzen er op dat deze statutaire regeling de volgorde die is opgenomen in de dwingendrechtelijke tegenstrijdig

196. Zie bijvoorbeeld voor woningstichtingen: artikel 30 lid 11 van de Woningwet.

197. Zie bijvoorbeeld voor culturele instellingen Principe 7 onder 11 GCC 2014.

198. Bijvoorbeeld Nowak 2013 en Quist 2013.

belangregeling doorkruist.<sup>199</sup> Op grond van artikel 2:129/239 lid 6 BW wordt immers in geval alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben het besluit genomen door de raad van commissarissen.

Zoals opgemerkt, is het op zich mogelijk om in de statuten van een stichting een beletregeling en/of een tegenstrijdig belangregeling op te nemen. Volgens sommige auteurs bestaat er geen bezwaar om bij stichtingen in de statuten een regeling te formuleren waarbij de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang wordt aangemerkt als een vorm van belet.<sup>200</sup> Ik meen dat terughoudendheid betracht dient te worden bij het opstellen van een statutaire beletregeling die er toe leidt dat de raad van toezicht geen rol speelt bij tegenstrijdig belang van alle bestuurders of de enig bestuurder, bijvoorbeeld doordat de statuten of een in de statuten genoemde instantie een derde aanwijzen als beletfunctionaris. Boek 2 BW kent, als gezegd, vooralsnog geen tegenstrijdig belangregeling voor stichtingen. Op grond van de in het Wetsvoorstel btrp voorgestelde regeling zal echter ook voor stichtingen gaan gelden dat, als alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, de raad van toezicht het besluit neemt. Mijns inziens kan dan net als bij NV's en BV's beargumenteerd worden dat een statutaire regeling de wettelijke tegenstrijdig belangregeling niet zou moeten doorkruisen.<sup>201</sup>

#### 5.5.9 *Instructiebevoegdheid*

Een middel om invloed op het bestuur uit te oefenen is het geven van instructies. Alvorens in te gaan op de mogelijkheid van het statutair toekennen van instructiebevoegdheid aan de raad van toezicht van een stichting, wordt de wettelijke regeling bij NV's en BV's en de discussie in de literatuur over instructiebevoegdheid van de raad van commissarissen geschetst.

#### *Wettelijke regeling voor NV's en BV's*

De wet bevat voor de NV en de BV verschillende regelingen. Voor een NV bepaalt de wet dat de statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar “de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen” (artikel 2:129 lid 4 BW). Voor 2012 gold voor de BV dezelfde bepaling als voor de NV. Er bestond echter discussie over de vraag of ook concrete aanwijzingen door een ander orgaan, meestal de algemene vergadering, gegeven konden worden. In concernverhoudingen was het inmiddels eerder regel dan uitzondering dat de moedervernootschap concrete aanwijzingen gaf aan het

---

199. Kuijers-Tollenaar & Van Uchelen-Schipper 2014 en Boschma, Lennarts & Schutte-Veenstra 2014.

200. Van Duuren 2017.

201. Zie ook de argumenten genoemd in Kuijers-Tollenaar & Van Uchelen-Schipper 2014.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

bestuur van haar dochtervennootschap.<sup>202</sup> Voor de BV is om die reden het onderscheid tussen algemene en concrete aanwijzingen vervallen en is de bepaling gewijzigd bij de invoering van de Wet Flex BV. Sindsdien staat in de wet dat de statuten van een BV kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (artikel 2:239 lid 4 BW). Volgens de MvT bij het Wetsvoorstel Flex BV ging de rechtspraak over instructiebevoegdheid bij BV's minder over het onderscheid tussen algemene en concrete instructies, maar meer over de inhoudelijke beoordeling van de vraag of het bestuur de aanwijzingen had mogen opvolgen.

Aan de wettelijke bepaling over instructiebevoegdheid voor de BV werd in 2012, in lijn met de reeds geldende rechtspraak,<sup>203</sup> toegevoegd dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het bestuur mag instructies van een ander orgaan niet slaafs volgen maar dient een zelfstandige belangenafweging uit te voeren, aldus de MvT bij de Wet Flex BV.<sup>204</sup>

In concernrelaties is sprake van een feitelijke afhankelijkheidsrelatie maar ook dan geldt dat een dochterrechtspersoon zelfstandige rechten en verplichtingen heeft en het bestuur van de dochter een zelfstandige afweging moet maken van alle betrokken belangen.<sup>205</sup> Een voorbeeld van concrete instructies in concernverhoudingen zijn instructies tot het aangaan van een kredietovereenkomst, het doen van een investering of het ontslaan van personeel.<sup>206</sup> In concernverhoudingen dient het bestuur van de dochter de instructies van de moeder als aandeelhouder te toetsen aan het belang van de dochtervennootschap, aldus de MvT bij het Wetsvoorstel Flex BV.<sup>207</sup>

Over de afwijkende tekst bij de NV wordt wel gezegd dat de problematiek bij de NV niet wezenlijk anders is. Om die reden zou een zelfde wijziging als bij de BV bij de NV overwogen kunnen worden, waarmee het voor de praktijk lastig te hanteren onderscheid tussen algemene en concrete instructies zou komen te vervallen.<sup>208</sup>

---

202. *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 90.

203. In het Forumbank-arrest (HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43 met noot Bröring) oordeelde de HR dat het bestuur van een kapitaalvennootschap een eigen verantwoordelijkheid heeft en dat de stelling dat bestuurders ondergeschikt zijn aan de algemene vergadering als hoogste macht binnen de vennootschap onjuist is.

204. *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 90.

205. Groeneveld-Louwerse 2004, p. 321.

206. Zaman 2012.

207. *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 058, nr. 3, p. 90.

208. Portengen 2006, p. 59-60.

*Instructiebevoegdheid voor de raad van commissarissen?*

Artikel 2:129 en 239 lid 4 BW kennen de bevoegdheid om aanwijzingen te geven toe aan *een orgaan* van de vennootschap. Ook de raad van commissarissen is een orgaan van de vennootschap en zou, hoewel de parlementaire geschiedenis er niets over zegt, op grond van de wettekst instructiebevoegdheid kunnen hebben.

Sommige auteurs, zoals Van den Ingh, menen echter dat de functiescheiding tussen bestuur en raad van commissarissen zich verzet tegen statutaire instructiebevoegdheid van de raad van commissarissen (zie ook paragraaf 4.7.4).<sup>209</sup> Daar kan tegenin worden gebracht dat instructiebevoegdheid, afhankelijk van de omvang en invulling van deze bevoegdheid, juist ondersteunend kan zijn aan de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen.<sup>210</sup> Andere auteurs, zoals Lennarts en Portengen, menen dat nog zou kunnen worden verdedigd dat het geven van *algemene aanwijzingen* (aanwijzingen omtrent algemene lijnen) past binnen de taak van de raad van commissarissen, maar dat dit anders ligt voor het geven van concrete instructies.<sup>211</sup> Concrete aanwijzingen die bepaling of uitvoering van beleid betreffen, verdragen zich volgens deze auteurs niet met de toezichthoudende en adviserende rol van commissarissen.

Terstegge merkt op dat een statutair instructierecht zich goed kan verdragen met de aan de raad van commissarissen opgedragen taak, aangezien de raad van commissarissen ingeval van een dreigende deconfiture van, of misstanden binnen de vennootschap, het bestuur moet kunnen instrueren om bepaalde acties te ondernemen.<sup>212</sup>

Ik meen dat het statutair toekennen van instructiebevoegdheid ondersteunend kan zijn aan de toezichthoudende taak en mogelijk zou moeten zijn. Naar mijn mening wordt in de literatuur terecht opgemerkt dat sommige soorten (concrete) instructies waarmee de raad van commissarissen op bestuursterrein treedt, zonder dat dit direct noodzakelijk is, bijvoorbeeld in verband met de continuïteit van de vennootschap, buiten de toezichthoudende taak en bevoegdheid van de raad van commissarissen vallen. Bijvoorbeeld de instructie van de raad van commissarissen om bepaalde commerciële activiteiten te *initiëren* zal buiten de toezichthoudende taak van de raad van commissarissen vallen.<sup>213</sup>

---

209. Van den Ingh 2002, p. 25, en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/413. Van den Ingh ontleent een argument aan het feit dat een commissaris – anders dan een aandeelhouder – niet tevens bestuurder mag zijn.

210. Rensen 2013, noot 22. Zie ook Dortmund in Handboek NV en BV 2013, nr. 275.

211. Lennarts 2005, p. 21. Zie ook Portengen 2006, p. 60.

212. Terstegge 2014. Zo ook Burggraaf 2014 en Assink & Verbrugh 2016, p. 77.

213. Terstegge 2014.

*Stichtingen: geen wettelijke regeling*

Anders dan voor de NV en de BV is voor de stichting niet in de wet geregeld dat de statuten instructiebevoegdheid ten aanzien van het bestuur kunnen toekennen aan een stichtingsorgaan.<sup>214</sup> In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het toekennen van instructiebevoegdheid niettemin mogelijk is en of dit dan slechts algemene instructies of ook concrete instructies kunnen zijn. Evenals bij NV's en BV's is het bij stichtingen de vraag of de instructiebevoegdheid kan worden toegekend aan een orgaan dat toezicht houdt.

Sommige auteurs, zoals Rensen,<sup>215</sup> achten het mogelijk dat een orgaan van de stichting instructiebevoegdheid heeft, mits deze instructiebevoegdheid een statutaire grondslag heeft. Deze auteurs merken mijns inziens terecht op dat, net als voor NV's en BV's, voor stichtingen geldt dat het instructierecht wordt begrensd door het belang van de stichting.

*Statutaire instructiebevoegdheid en bindend adviesrecht*

Instructies kunnen lijken op bindende adviezen, zoals het bindend adviesrecht van de Geestelijk Leider in de hiervoor reeds genoemde uitspraak.<sup>216</sup> Uit de uitspraak van de Hoge Raad over de Geestelijk Leider is af te leiden dat het enkele bestaan van een bindend adviesrecht of een instructiebevoegdheid onvoldoende is om te twijfelen aan de zelfstandigheid van het bestuur. Blanco Fernández schrijft in zijn noot bij dit arrest dat hij het oordeel van de Hoge Raad in dit geval juist acht, maar dat dit onverlet laat dat in andere gevallen statutaire bepalingen wel als ongeldig moeten worden beschouwd, ongeacht hoe zij zijn geïmplementeerd.

Schwarz schrijft naar aanleiding van het Geestelijk Leider-arrest dat beperkingen van de bestuursbevoegdheid niet zo ver kunnen gaan dat het bestuur het *initiatief tot besturen* kan worden ontnomen c.q. het bestuur kan worden afgehouden van de mogelijkheid om op te treden overeenkomstig het door haar uitgezette beleid. Schwarz meent dat de statutaire bepaling waarbij de (onbeperkte) mogelijkheid wordt toegekend bindende adviezen te geven

214. Overigens is dit voor verenigingen ook niet wettelijk geregeld.

215. Asser/Rensen 2-III\* 2012/334 en 308.

216. HR 21 mei 2000, *JOR* 2000, 145 (Geestelijk Leider), met noot Blanco Fernández. In de statuten van de desbetreffende stichting was bepaald dat de Geestelijk Leider het bestuur gevraagd en ongevraagd van advies kan dienen, welke adviezen voor het bestuur bindend zijn. Van deze bevoegdheid had de Geestelijk Leider nog geen gebruik gemaakt en de Geestelijk Leider had verklaard daarvan alleen in "noodsituaties" gebruik te zullen maken. De Hoge Raad oordeelde evenals het Hof dat het gebruik zo nodig aan artikel 2:8 juncto 2:15 BW kan worden getoetst. De enkele statutaire positie van de Geestelijk Leider levert nog geen blokkade op voor het optimaal functioneren van de stichting en het bestuur, aldus het Hof en de Hoge Raad; het gaat er om op welke wijze de Geestelijk Leider zijn bevoegdheid tot het geven van bindend advies uitoefent.

aan het bestuur, nietig is.<sup>217</sup> Rensen meent echter dat Schwarz miskent dat het bestuur, ongeacht het bindend adviesrecht of instructierecht van een ander orgaan, autonoom is om de instructie niet op te volgen indien deze in strijd is met het belang van de stichting.

*Algemene en concrete instructies; ledenverbod*

Ik meen dat, ondanks het ontbreken van een wettelijke basis, aan een stichtingsorgaan instructiebevoegdheid kan worden toegekend, in ieder geval ten aanzien van algemene lijnen van het bestuursbeleid, zoals de algemene lijnen van het financiële beleid. Ik ben het eens met auteurs die menen dat als voorwaarde geldt dat de instructiebevoegdheid een statutaire basis heeft. Op de vraag of in de statuten specifiek aan de raad van toezicht instructiebevoegdheid toegekend kan worden ga ik hierna in.

In ieder geval zal het bestuur dat te maken krijgt met een instructie voldoende ruimte dienen te krijgen om een eigen afweging te maken of het opvolgen van de instructie in strijd is met het belang van de stichting (vergelijk artikel 2:239 lid 4 voor BV's). Het bestuur zou de instructie naast zich neer moeten kunnen leggen indien deze in strijd is met het belang van de stichting.<sup>218</sup>

Zou de wetgever helderheid kunnen bieden door voor stichtingen een bepaling over (algemene) instructiebevoegdheid in de wet op te nemen, die vergelijkbaar is met de bepaling voor BV's of NV's? Een belangrijke vraag is mijns inziens voor welke organen dat dan zou gelden. Een wettelijke "vrijbrief" voor een (algemeen) instructierecht voor alle soorten organen van de stichting ligt minder voor de hand in verband met het ledenverbod. In paragraaf 4.7.4. werd opgemerkt dat spanning met het ledenverbod aan de orde is als het instructiebevoegde orgaan (middels het bestuur) beslissend kan ingrijpen in het wezen van de stichting en in haar werkzaamheden. Zie over de vraag of een statutaire instructiebevoegdheid van een moederstichting bij een dochterstichting leidt tot overtreding van het ledenverbod paragraaf 6.5.4. Zeker als een instructiebevoegdheid wordt toegekend aan een orgaan dat qua samenstelling en taakopdracht lijkt op de algemene vergadering, zoals bijvoorbeeld een deelnemersraad, zal spanning met het ledenverbod aan de orde kunnen zijn. Als gezegd zal de raad van toezicht vanwege zijn toezichthoudende taak naar mijn mening niet snel worden aangemerkt als een orgaan zijn dat het ledenverbod overtreedt.

---

217. Schwarz 2000. Bosse merkt op dat bij een goedkeuringsbevoegdheid het initiatief bij het bestuur blijft terwijl bij een bindend advies het initiatief ligt bij degene die bevoegd is bindend advies te geven. Hij is het met Schwarz eens dat door het toekennen van de bevoegdheid aan de Geestelijk Leider tot het geven van bindend advies het initiatief om te besturen aan het bestuur wordt ontnomen, hetgeen naar zijn mening in strijd is met het wettelijk systeem (Bosse 2009).

218. Zie ook Asser/Rensen 2-III\* 2012/308 en Groeneveld-Louwerse 2004, p. 322-324.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

Naar mijn mening zou het nuttig zijn als de wetgever zich in ieder geval uitsprekt over de mogelijkheid om in de statuten aan de *raad van toezicht* de bevoegdheid toe te kennen om (algemene of concrete) aanwijzingen te geven, aangezien over die mogelijkheid in de literatuur onduidelijkheid bestaat.

### *Instructierecht en toezichthoudende taak*

Mijns inziens is het reeds nu (dus zonder wettelijke basis) mogelijk om statutair aan de raad van toezicht instructiebevoegdheden toe te kennen. Ik meen dat de raad van toezicht algemene instructies maar ook bepaalde meer concrete instructies zou moeten kunnen geven, zolang deze instructies verband houden met en ondersteunend zijn aan de toezichthoudende taak. Een raad van toezicht die een statutaire instructiebevoegdheid heeft gekregen heeft een extra middel om op te treden als het bestuur handelingen verricht die in strijd zijn met het belang van de stichting. Bij gebreke aan een algemene vergadering bij stichtingen kan het nuttig zijn als de raad deze mogelijkheid heeft om het bestuur bij te sturen, zodat hij (nog) geen gebruik hoeft te maken van zijn verder strekkende bevoegdheid om de desbetreffende bestuurder(s) te schorsen. Bij het toekennen van instructiebevoegdheden aan de raad van toezicht dient bedacht te worden dat als de raad van toezicht ook de bevoegdheid heeft om bestuurders te ontslaan en/of te schorsen, de raad het bestuur feitelijk meer onder druk kan zetten dan wanneer de raad die bevoegdheden niet heeft. Het bestuur zal sneller geneigd zijn om een instructie op te volgen, dan wanneer een ander orgaan de bevoegdheid heeft om bestuurders te ontslaan. Statutaire instructiebevoegdheid zal dus met name werken in combinatie met schorsings- en/of ontslagbevoegdheid.

De hiervoor genoemde discussie over instructiebevoegdheid van de raad van commissarissen, geldt ook voor de raad van toezicht: het is de vraag of en hoe de instructiebevoegdheid van de raad van toezicht zich verhoudt met de toezichthoudende taak. Ik ben met Rensen eens dat het statutair toekennen van een algemene instructiebevoegdheid op het gebied van het financiële beleid geoorloofd is en in bepaalde gevallen zelfs ondersteunend kan zijn aan de toezichthoudende taak. Bijvoorbeeld indien het bestuur voornemens is om een risicovolle investering te doen, kan de raad een instructie geven om eerst een grondig onderzoek uit te (laten) voeren en een deugdelijke financiële onderbouwing op te (laten) stellen. Een voorbeeld van een concrete instructie bij een stichting met een grote onderneming kan zijn de instructie om een reorganisatie door te voeren, om een deel van de werknemers te ontslaan, teneinde de onderneming gezond en toekomstbestendig te maken. Een dergelijke (instructie tot het doorvoeren van een) reorganisatie kan in het belang van de continuïteit van de onderneming zijn en daarmee in het belang van de stichting en het bereiken van haar doelstelling.

Ik meen dat de wet, bijvoorbeeld middels een bepaling in het Wetsvoorstel btrp, zou dienen te bepalen dat de statuten aan de raad van toezicht de bevoegdheid kunnen toekennen om aan het bestuur van de stichting aanwijzingen te geven.

Net als bij BV's zou aan de wettelijke bepaling toegevoegd kunnen worden dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de stichting.

#### *Grenzen*

Instructiebevoegdheden mogen er in beginsel niet toe leiden dat de raad van toezicht zich, zonder directe noodzaak, op bestuursterrein begeeft en zijn toezichthoudende taak te buiten gaat. Het bestuur is immers het orgaan dat beleid voorbereidt, vaststelt en uitvoert in concrete situaties.

Hiervoor werd reeds ingegaan op het onderscheid tussen de beleidsbepalende taak van het bestuur en de beleidscontroleerende taak van de raad van toezicht. Daarbij werd opgemerkt dat het bestuur in staat gesteld moet worden zijn bestuurlijke taak autonoom uit te voeren binnen de door de wet en statuten aangegeven grenzen.<sup>219</sup> Het bestuur moet instructies naast zich neer kunnen leggen als het bestuur meent dat de instructies niet in het belang van de stichting zijn. Bij het formuleren van statutaire instructiebevoegdheid en het gebruik maken daarvan dient bovendien bedacht te worden dat aan het bestuur een zekere beleidsvrijheid gelaten moet worden om zijn bestuurstaak te verrichten en het stichtingsdoel te realiseren.<sup>220</sup>

#### *5.5.10 Aan wie komt de "restbevoegdheid" toe?*

##### *Restbevoegdheid van de algemene vergadering*

Voor wat betreft corporatieve rechtspersonen bepaalt de wet dat aan de algemene vergadering alle bevoegdheden toekomen die niet door de wet of de statuten aan andere organen (zoals het bestuur en de raad van commissarissen) zijn toebedeeld.<sup>221</sup> Vanwege deze wettelijke bepaling, wordt wel gezegd dat de algemene vergadering van een (niet-structuur)vennootschap of vereniging de hoogste macht is. Het is echter zuiverder om te spreken van de "uiteindelijke macht", aangezien er geen sprake is van hoogste macht ten aanzien van alle aangelegenheden van de vennootschap.<sup>222</sup> De algemene vergadering is in laatste instantie – al dan niet na enige vertraging door ontslag van onwillige bestuurders en/of commissarissen en benoeming van meer inschikkelijke bestuurders en/of commissarissen – het orgaan dat de dienst kan uitmaken.<sup>223</sup> De algemene vergadering

---

219. Zoals gezegd kan een raad van toezicht die de bevoegdheid heeft om bestuurders te ontslaan het bestuur onder druk zetten door te dreigen met ontslag en op die manier een wijziging bewerkstelligen. In zoverre dient de bestuursautonomie dus gerelativeerd te worden.

220. Zie ook Groeneveld-Louwerse 2004, p. 323.

221. Artikel 2:40 BW voor de vereniging, artikel 2:107 BW voor de NV en artikel 2:217 BW voor de BV.

222. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2 II\* 2009/316.

223. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 62.



heeft immers beslissende bevoegdheden tot benoeming van bestuurders en (een meerderheid van) commissarissen (behoudens bindende voordrachten die echter met een bepaalde meerderheid kunnen worden doorbroken) en voorts tot schorsing en ontslag van deze functionarissen.

De algemene vergadering mag zich niet rechtstreeks begeven op het door de wet aan het bestuur voorbehouden terrein: het besturen van de rechtspersoon, het voorbereiden, vaststellen en uitvoeren van beleid in concrete situaties en het optreden namens de rechtspersoon. Andersom mag het bestuur handelingen die diep ingrijpen in de structuur van de vennootschap of onderneming, of de zeggenschap van de algemene vergadering uithollen, alleen in uitzonderingsgevallen tot de bestuursbevoegdheid rekenen.<sup>224</sup>

#### *Restbevoegdheid bij stichtingen*

Stichtingen kennen geen algemene vergadering. Indien er een raad van toezicht is ingesteld kan aan de raad, zoals hiervoor aangegeven, de “zelfstandige bevoegdheid” tot benoeming en ontslag van bestuurders en leden van de raad van toezicht worden toegekend. Ook voor de raad van toezicht geldt dat deze zich niet mag begeven op het aan het bestuur voorbehouden terrein. Voor toezichthoudende organen vloeit dit voort uit het feit dat deze de bestuursautonomie dienen te respecteren, maar ook uit de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan zelf.

Bij gebreke aan een algemene vergadering mag het stichtingsbestuur handelingen die diep ingrijpen in de structuur van de rechtspersoon wel tot haar bevoegdheid rekenen. Hiervoor heb ik echter opgemerkt dat als er een raad van toezicht is ingesteld, deze bij dergelijke handelingen betrokken dient te worden. Het is echter niet zo dat de raad van toezicht een “restbevoegdheid” heeft. Aan de raad van toezicht komen niet alle bevoegdheden toe die niet door de wet of de statuten aan het bestuur (en een eventueel ander statutair ingesteld orgaan) zijn toebedeeld.<sup>225</sup> Eerder is het zo dat “restbevoegdheden” aan het bestuur toekomen,<sup>226</sup> waarbij het bestuur moet overwegen of de handelingen en besluiten

224. Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 42. Zie in deze zin ook artikel 2:107a BW dat voor NV's uitdrukkelijk bepaalt dat bestuursbesluiten omtrent een belangrijke verandering in de identiteit of het karakter van de vennootschap of onderneming de goedkeuring van de algemene vergadering behoeven.

225. Deze restbevoegdheid kan vanwege het ledenverbod al helemaal niet toekomen aan een ander stichtingsorgaan, zoals een deelnemersraad.

226. Zie bijvoorbeeld ook de GCC 2013 voor culturele instellingen, p. 30: “In zowel het raad-van-toezicht-model als het bestuur-model heeft het bestuur alle bevoegdheden die door de wet of de statuten niet aan anderen zijn toegekend.

## HOOFDSTUK 5

dusdanig ingrijpend zijn dat de raad van toezicht hierbij betrokken moet worden. Om onduidelijkheid hierover te voorkomen kan in statuten bijvoorbeeld bepaald worden dat in alle gevallen, waarin de wet en de statuten niet voorzien, het bestuur beslist.

### 5.5.11 *Samenvatting en conclusies*

Wat betreft de bevoegdheden van de raad van toezicht kan een onderscheid worden gemaakt tussen zelfstandige bevoegdheden en goedkeuringsbevoegdheden.

Bij zelfstandige bevoegdheden heeft de raad van toezicht zelf een eigen rol en een zelfstandige, ongedeelde verantwoordelijkheid. Bepaalde bevoegdheden, die bij corporatieve rechtspersonen door de wet aan de algemene vergadering worden toebedeeld (benoeming en ontslag van bestuurders, vaststelling jaarrekening), kunnen bij de stichting aan de raad van toezicht worden toebedeeld. De raad van toezicht heeft in dat geval meer zelfstandige bevoegdheden dan de raad van commissarissen, waarover hij zich ten volle moeten verantwoorden.

Daarnaast kan aan de raad van toezicht de bevoegdheid om bepaalde besluiten goed te keuren worden toegekend. In sommige gevallen, bij sommige ingrijpende beslissingen, zoals het besluit tot fusie of ontbinding van de stichting, zullen besluiten door het bestuur en de raad van toezicht in gezamenlijkheid genomen worden.

Indien de stichting een raad van toezicht heeft ingesteld, is de raad van toezicht bevoegd om de jaarrekening vast te stellen, tenzij de statuten anders bepalen. Het ligt mijns inziens in de rede aan te nemen dat, als de raad van toezicht bevoegd is de jaarrekening van de stichting vast te stellen, aan de raad van toezicht eveneens de bevoegdheid kan worden toegekend om decharge te verlenen aan bestuurders. De raad van toezicht is immers het orgaan waaraan het bestuur verantwoording aflegt. Bij gebreke aan een wettelijke regeling, verdient het aanbeveling de eventuele dechargebevoegdheid in de statuten vast te leggen. De wet zou bij de stichting, net als bij andere rechtspersonen, dienen te verduidelijken dat vaststelling van de jaarrekening geen decharge impliceert, dus dat een afzonderlijk besluit vereist is.

De wetgever heeft mijns inziens terecht in het Wetsvoorstel btrp voorgesteld dat de raad van toezicht de bevoegdheid heeft om iedere bestuurder te schorsen, ook de bestuurders die door anderen dan de raad van toezicht zijn benoemd. De wet zou het mijns inziens voor de stichting niet mogelijk moeten maken om in de statuten hiervan af te wijken. Ik meen dat schorsingsbevoegdheid een kernbevoegdheid is die iedere raad van toezicht zou moeten hebben. In sommige situaties zal de raad van toezicht gehouden zijn van zijn schorsingsinstrument

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

gebruik te maken, bijvoorbeeld als het bestuur door een bepaalde rechtshandeling het stichtingsvermogen besteedt of dreigt te besteden aan zaken die in strijd zijn met het doel en/of het uitkeringsverbod overtreedt of dreigt te overtreden.

Wat betreft tegenstrijdig belang van bestuurders is in het Wetsvoorstel btrp terecht een wettelijke rol voor de raad van toezicht voorgesteld. Ik meen dat het bovendien bij de taak van de raad van toezicht past om bestuursbesluiten te beoordelen indien een tegenstrijdig belang van ten minste een bestuurder speelt en het besluit van materiële betekenis is voor de stichting en haar vermogen. Het Wetsvoorstel btrp bevat een regeling waarbij, in geval van tegenstrijdig belang van alle bestuurders, de beslissingsbevoegdheid verplicht verschuift naar de raad van toezicht. De raad van toezicht krijgt hiermee een zelfstandige bevoegdheid op bestuursterrein. Ik meen dat de wettelijke tegenstrijdig belangregeling, in ieder geval voor stichtingen maar wellicht ook voor andere rechtspersonen, zou moeten inhouden dat in geval van tegenstrijdig belang van alle bestuurders, het besluit niettemin wordt genomen door het bestuur, maar dat goedkeuring van de raad van toezicht is vereist.

In de statuten of in een reglement kan reeds nu bepaald worden dat bepaalde besluiten (bijvoorbeeld het doen van investeringen of het aangaan van contractuele verplichtingen boven een bepaald bedrag) waarbij één of meer bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht behoeven. Daarmee wordt bereikt dat zowel het bestuur als de raad van toezicht het besluit moeten beoordelen, maar wel ieder vanuit hun eigen (bestuurlijke respectievelijk toezichthoudende) perspectief.

In het Wetsvoorstel btrp is voorts terecht een bepaling opgenomen die inhoudt dat de statuten van iedere rechtspersoon, dus ook stichtingen, voorschriften moeten bevatten over de wijze waarop in het bestuur wordt voorzien ingeval van belet en ontstentenis van alle bestuurders. Een stichting die een raad van toezicht heeft kan, ook onder huidig recht, in de statuten bepalen dat ingeval van belet of ontstentenis van alle bestuurders het bestuur tijdelijk berust bij een door de raad van toezicht, al dan niet uit zijn midden, daartoe aangewezen persoon. Een dergelijke persoon wordt wat betreft zijn bestuursdaden gelijkgesteld met een bestuurder. Een lid van de raad van toezicht die deze functie vervult dient dan ook terug te treden uit de raad van toezicht, in ieder geval zolang hij tijdelijk voorziet in het bestuur.

De wet bepaalt, anders dan bij NV's en BV's, niets over de mogelijkheid voor stichtingsorganen om aanwijzingen (instructies) te geven aan het bestuur. Het is mijns inziens reeds nu, dus zonder wettelijke basis, mogelijk om in de statuten instructiebevoegdheid toe te kennen aan de raad van toezicht. Ik meen dat de raad van toezicht ook bepaalde concrete instructies kan geven zolang deze

## HOOFDSTUK 5

instructies verband houden met en ondersteunend zijn aan de toezichhoudende taak. Statutaire instructiebevoegdheden geven de raad van toezicht een extra middel om op te treden als het bestuur handelingen verricht die in strijd zijn met het belang van de stichting. Bij gebreke aan een algemene vergadering bij stichtingen kan het nuttig zijn als de raad deze mogelijkheid heeft om het bestuur bij te sturen, zeker in combinatie met de bevoegdheid om de desbetreffende bestuurder(s) te schorsen. Een concrete instructie is bijvoorbeeld de instructie om over te gaan tot reorganisatie als dat in verband met de continuïteit van de met de stichting verbonden onderneming en/of het bereiken van haar doelstelling nodig is. Een instructiebevoegdheid mag niet zo ver gaan dat de raad van toezicht zich rechtstreeks op bestuursterrein begeeft zonder dat daartoe noodzaak bestaat. De instructiebevoegdheid en het opvolgen van instructies worden in ieder geval begrensd door het belang van de stichting, dat niet onevenredig mag worden geschaad.

Waar bij corporatieve rechtspersonen “restbevoegdheden” toekomen aan de algemene vergadering, zullen deze restbevoegdheden bij een stichting aan het bestuur toekomen. Om onduidelijkheid hierover te voorkomen kan in de wet en de statuten bepaald worden dat in alle gevallen, waarin zowel de wet als deze statuten niet voorzien, het bestuur beslist. Het bestuur dient echter in dergelijke gevallen steeds te overwegen of sprake is van bevoegdheden en besluiten die dusdanig ingrijpend zijn voor de stichting dat de raad van toezicht hierbij betrokken dient te worden.

### 5.6 Informatievoorziening

#### 5.6.1 *Inleiding*

Teneinde de toezichhoudende taak goed te kunnen vervullen, is het niet alleen van belang dat de raad van toezicht voldoende bevoegdheden (instrumenten) heeft, maar is het ook essentieel dat de raad van toezicht tijdig voldoende concrete informatie krijgt over de stichting, de organisatie en de eventueel met de stichting verbonden onderneming. Het gaat daarbij om informatie in brede zin, zowel financiële als niet-financiële informatie. Zoals ook in de MvT btrp wordt opgemerkt vloeit uit de taakomschrijving voort dat de raad van toezicht in beginsel gekend dient te worden in belangrijke beslissingen van het bestuur. Voorwaarde is dan natuurlijk dat de raad van toezicht op de hoogte is van deze beslissingen.<sup>227</sup>

---

227. MvT btrp, p. 21.

*Parlementaire enquête woningcorporaties*

In het rapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties is te lezen dat de raad van commissarissen volgens de enquêtecommissie in veel van de onderzochte casussen tekortschoot, doordat de raad te weinig tegenwicht bood aan de bestuurder. Bestuurders hadden bijvoorbeeld een (te) ruim “bestuursmandaat”.<sup>228</sup> Bij enkele casussen valt volgens de Enquêtecommissie op dat het functioneren van het toezicht ook wordt ondergraven doordat relevante informatie onvolledig, achteraf of zelfs helemaal niet verstrekt wordt.

Zo noemt het rapport het voorbeeld van woningcorporatie WSG. De directeur-bestuurder van deze woningcorporatie informeerde zijn raad van toezicht niet volledig over de grondposities die waren gekocht. Hierdoor ontstond een vertekend beeld van de risico’s die WSG liep en kreeg de voormalige directeur-bestuurder ten onrechte letterlijk en figuurlijk te veel krediet, aldus het rapport. Ook wordt het voorbeeld genoemd van een raad van toezicht die zich in zijn oordeel over het functioneren van de organisatie en de bestuurder voornamelijk baseerde op de jaarlijkse accountantscontrole, terwijl de accountant niet altijd even indringende signalen afgaf bij de controle van de jaarrekening of zaken over het hoofd zag.

*5.6.2 Wettelijke regeling en het Wetsvoorstel btrp*

Voor NV’s, BV’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen is in de wet geregeld dat het bestuur de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft.<sup>229</sup> De wet regelt daarbij bewust niet welke informatie hier precies onder moet worden verstaan.<sup>230</sup>

Bovendien is voor NV’s en BV’s wettelijk bepaald dat het bestuur ten minste een keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico’s en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Deze bepaling werd in de wet opgenomen bij de wijziging van de structuurregeling voor NV’s en BV’s, maar geldt voor alle NV’s en BV’s.<sup>231</sup>

228. Bij Rentree en bij Rochdale was het omzeilen van de interne toezichthouder mogelijk door de manier waarop het bestuursmandaat was vormgegeven, aldus het rapport. “De voormalig bestuursvoorzitter van Rochdale kan, dankzij een buitenproportioneel bestuursmandaat van 50 miljoen euro, aanzienlijke investeringen voor volkshuisvestelijke activiteiten doen zonder toestemming van zijn raad.” Deelrapport Casussen, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 6, p. 264-265.

229. Artikel 2: 57 lid 8 BW, 2:141 lid 2 BW, artikel 2:251 lid 2 BW.

230. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 27.

231. De wetgever koos er toen – anders dan de SER – voor om de verplichting niet te beperken tot beursvennootschappen. Voor wat betreft beursvennootschappen had de Commissie Peters reeds een aanbeveling met een vergelijkbare inhoud gedaan. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 27.

## HOOFDSTUK 5

De verantwoordelijkheid voor informatieverstrekking ligt blijkens deze wettekst in beginsel bij het bestuur. Als uitgangspunt geldt dat de raad van commissarissen mag afgaan op informatie die hem gevraagd of ongevraagd door het bestuur wordt verstrekt en die hem betrouwbaar voorkomt.<sup>232</sup> Uit de jurisprudentie en uit de parlementaire geschiedenis volgt echter ook dat de raad van commissarissen niet altijd een passieve houding kan innemen. Onder omstandigheden wordt de raad geacht zelf (aanvullende) informatie op te halen (zie ook hierna).

### *Wetsvoorstel btrp*

In verschillende reacties op de internetconsultatie van het Voorontwerp btrp is opgemerkt dat voor de raad van commissarissen van alle soorten rechtspersonen geldt dat hij zijn werk alleen goed kan doen als hij de daarvoor benodigde informatie krijgt. Er zou daarom in het algemeen gedeelte van Boek 2 BW een bepaling opgenomen moeten worden over de verstrekking van informatie aan de raad van commissarissen (waaronder de raad van toezicht van de stichting).<sup>233</sup> De wetgever heeft deze suggestie overgenomen in het voorgestelde artikel 2:11a van het Wetsvoorstel btrp dat nagenoeg gelijklopend is aan het huidige artikel voor NV's en BV's. In lid 1 is een algemene informatieplicht opgenomen (het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens) en in lid 2 een specifieke jaarlijkse informatieplicht (schriftelijke informatie over hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem).

### *Algemene informatieplicht*

De MvT btrp merkt op dat het bestuur de raad van commissarissen informatie dient te verschaffen die deze nodig heeft voor een adequate uitvoering van zijn toezichthoudende en adviserende taak.<sup>234</sup> Ook hier wordt opgemerkt dat de verantwoordelijkheid voor informatieverstrekking primair bij het bestuur ligt maar dat dit niet betekent dat de raad van commissarissen telkens kan volstaan met het beoordelen van de informatie die door het bestuur aangeleverd wordt. De raad van commissarissen heeft ook zelf een taak in het verkrijgen van de relevante en juiste informatie. Een raad van commissarissen die geen initiatief neemt op het moment dat hij signalen ontvangt dat de reeds verstrekte informatie onjuist of ontoereikend is, handelt dan ook onzorgvuldig, aldus de MvT btrp.

---

232. HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466 (Ogem) en Hof Amsterdam (OK) 16 oktober 2003, *JOR* 2003/260 (Laurus), r.o. 3.6.

233. MvT btrp, p. 9.

234. MvT btrp, p. 24-25.

*Informatie over risico's en beheersings- en controlesystemen*

Het Wetsvoorstel btrp stelt voor alle rechtspersonen voor de thans voor de NV en BV geldende bepaling over te nemen dat het bestuur ten minste één keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte stelt van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap. Van elke rechtspersoon waar aanleiding is geweest voor de instelling van een toezichthoudend orgaan, mag verwacht worden dat aan dit minimum wordt voldaan, aldus de MvT btrp.

Stichtingen met een grote onderneming zijn op grond van sectorcodes en op grond van de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving, evenals grote vennootschappen, in het kader van het beheersen van risico's verplicht een risicomanagement-systeem of risicobeheersingssysteem op te zetten en daarover te rapporteren. Het bestuursverslag geeft informatie over de opzet en de werking van deze systemen.<sup>235</sup> In veel sectorregels, bijvoorbeeld voor semipublieke instellingen, is reeds bepaald voor stichtingen in die sector dat het bestuur van de stichting de raad van toezicht op de hoogte stelt van de algemene en financiële risico's en het interne risicobeheersings- en controlesysteem.<sup>236</sup> Voor semipublieke instellingen geldt bovendien dat zij risico's in kaart brengen,<sup>237</sup> en deze minimaal twee keer per jaar bespreken met de raad van toezicht.<sup>238</sup>

De frequentie van de informatie over risico's en beheersingssystemen is op grond van het voorgestelde wetsartikel (artikel 11a lid 2) ten minste één keer per jaar, maar in sectorregels of in statuten of een reglement kan worden geregeld dat deze informatie (en andere informatie) vaker, bijvoorbeeld een keer per kwartaal, aan de raad van toezicht ter beschikking wordt gesteld.

235. Voor stichtingen met een (grotere) onderneming gelden bovendien de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving voor grote en middelgrote rechtspersonen, die regels voor de inhoud van het bestuursverslag bevatten. De uitgebreidheid van de informatie wordt mede bepaald door de omvang en complexiteit van de rechtspersoon en haar activiteiten en de daaraan gerelateerde risico's en onzekerheden, aldus de toelichting bij de Richtlijnen.

236. Zie bijvoorbeeld artikel 32 lid 2 Woningwet en Principe 5 van de Governancecode Woningcorporaties 2015 waarin onder 5.5. staat vermeld dat het bestuur de raad van commissarissen alle relevante informatie verschaft ten behoeve van (het toezicht op) de risicobeheersing.

237. "Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht", Bijlage bij Brief van de Minister van Financiën van 27 november 2013, Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken* 2013-2014, 33 822, nr. 1. De risico's worden in kaart gebracht vanuit de strategische doelstelling van de instelling en de karakteristieke eigenschappen van de sector. Een semipublieke instelling moet rapporteren over haar belangrijkste risico's op financieel gebied, op het gebied van bedrijfsvoering en investeringen, maar ook risico's in verband met de doelstelling en prestaties van de instelling. In de rapportage wordt inzicht gegeven in: (a) organisatie- en branche specifieke (externe) risico's; (b) waarschijnlijkheid- en impactanalyse (o.a. financieel) van risico's in de toekomst; (c) beheersmaatregelen met betrekking tot deze risico's

238. Daarnaast kan de raad van toezicht dit onderwerp periodiek in afwezigheid van het bestuur met de financieel directeur/controller en de accountant bespreken.

*Risicobeheersingssysteem niet verplicht*

Kleinere stichtingen zullen lang niet altijd beschikken over een risicobeheersingssysteem. In de MvT btrp wordt opgemerkt dat de voorgestelde wettelijke bepaling op zichzelf de rechtspersoon niet verplicht tot het gebruik van een of meer beheers- of controlesystemen. Bedoeling is echter dat het gebruik van dergelijke systemen, of het ontbreken van dat gebruik, wel de aandacht heeft van het bestuur en de raad van commissarissen, aldus de MvT btrp.<sup>239</sup>

Het bestuur beschrijft in het bestuursverslag jaarlijks de voornaamste risico's en de risicobereidheid (*risk appetite*) van de stichting en legt verantwoording af over de wijze waarop risico's worden geïnventariseerd en hoe daarmee omgegaan wordt. Echter, niet alleen ten behoeve van het bestuursverslag maar ook in het kader van bijzondere transacties, zoals een voorgenomen samenwerking of fusie of een grote investering, dienen de daaraan verbonden risico's in kaart gebracht te worden en dient de raad van toezicht hiervan op de hoogte gesteld te worden.<sup>240</sup>

5.6.3 *Tijdstip en frequentie van informatieverstrekking*

Zoals ook blijkt uit het eerste lid van artikel 2:11a Wetsvoorstel btrp is van belang dat het bestuur de raad van toezicht *tijdig* de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft.

*Tijdige informatie*

Wat moet worden verstaan onder *tijdig* hangt af van de inhoud, de hoeveelheid en de complexiteit van de informatie. *Tijdig* wil naar mijn mening in ieder geval zeggen: op een dusdanig moment dat de raad van toezicht voldoende gelegenheid heeft om zich een oordeel te kunnen vormen over de ontvangen informatie. Bovendien hangt de vraag of de informatie *tijdig* is af van de rol en de bevoegdheden die de raad van toezicht in dat verband heeft. Indien in de statuten of in een reglement bepaald is dat de raad van toezicht goedkeuringsbevoegdheid

---

239. MvT btrp, p. 25.

240. De Ondernemingskamer overwoog in de Meavita-beschikking dat in het kader van de (bestuurlijke) fusie in een fusiedocument niet alleen een financiële paragraaf (met meetbare financiële doelstellingen) maar ook een risicoparagraaf opgenomen had moeten worden, waarin reeds bekende risico's waren omschreven. Onzekerheden over turbulente omgevingsveranderingen en toekomstige ontwikkelingen zijn geen reden om een dergelijke paragrafen niet op te nemen, aldus de OK. Deze worden volgens de OK nu juist opgenomen om een onzekere toekomst zoveel mogelijk te beschrijven en mogelijke ontwikkelingen en de daarvan te verwachten gevolgen in kaart te brengen. Ingeval van een grote fusie in de zorgsector waarbij allerlei belangen zijn betrokken (waaronder de belangen van patiënten en werknemers) en waarbij het fusieproces lange tijd in beslag neemt en met tal van complexiteiten en risico's is omgeven, hecht de OK er aan dat de risico's vooraf voldoende in kaart worden gebracht en worden besproken. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 en *RO* 2016/8 (Meavita).



## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

heeft, zal de raad van toezicht moeten worden geïnformeerd voorafgaand aan de vergadering waarin wordt besloten over de goedkeuring. Over kwesties die publiciteitsgevoelig zijn of die imagoschade kunnen opleveren zal de raad van toezicht zo spoedig mogelijk geïnformeerd moeten worden.

Een onderwerp waarover de raad van toezicht onverwijld geïnformeerd moet worden betreft misstanden en onregelmatigheden binnen de stichting. Wat betreft beursvennootschappen bepaalt de NCGC dat de voorzitter van de raad van commissarissen door het bestuur *onverwijld* geïnformeerd wordt over signalen van (vermoedens van) materiële misstanden en onregelmatigheden binnen de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.<sup>241</sup>

De raad van toezicht dient in ieder geval in de gelegenheid te zijn naar aanleiding van de informatie een weloverwogen beslissing te nemen en zo nodig maatregelen te treffen. Bijvoorbeeld als bij een bepaalde transactie sprake is van belangenverstremgeling, dient de raad van toezicht zo spoedig mogelijk geïnformeerd te worden. Een voorbeeld is de vermeende belangenverstremgeling bij stichting Het Nieuwe Instituut (HNI) in 2015. De raad van toezicht van HNI liet een onafhankelijke onderzoekscommissie instellen teneinde onderzoek naar de belangenverstremgeling en de naleving van de Governance Code Cultuur uit te voeren. Uit het rapport van deze onderzoekscommissie blijkt dat de informatie over de tegenstrijdig belangtransactie pas na vijf maanden aan de raad van toezicht ter beschikking werd gesteld. Bovendien liet de voorzitter na om de overige leden van de raad van toezicht direct te informeren. Hierdoor had de raad van toezicht onvoldoende tijd om een weloverwogen beslissing te kunnen nemen, aldus de onderzoekscommissie.

### *Noodzakelijke gegevens*

Wat “noodzakelijke” gegevens zijn in verband met de toezichthoudende en adviserende taak, is evenmin vastomlijnd. Gezegd zou kunnen worden dat dit bepaald wordt door de redelijkheid.<sup>242</sup> Onder noodzakelijke gegevens vallen in ieder geval gegevens die direct betrekking hebben op en relevant zijn voor de onderwerpen waarop toezicht wordt gehouden. Het gaat dus om informatie die de raad van toezicht nodig heeft om als toezichthouder naar behoren (met het oog op het belang van de stichting) te kunnen functioneren. Dit betreft niet alleen informatie die door het bestuur wordt verstrekt volgens vooraf gemaakte afspraken, maar ook andere informatie waarover het bestuur beschikt en waarvan hij weet of zou moeten weten dat de raad van toezicht deze nodig heeft om naar behoren te kunnen functioneren.

---

241. 2.6.2 NCGC 2016.

242. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuw Weme 2-III\* 2009/492.

Om goed te functioneren heeft de raad van toezicht niet alleen informatie over de stichting zelf nodig, maar ook informatie over de omgeving waarin de stichting opereert (trends, maatschappelijke ontwikkelingen). Dit hoeft niet noodzakelijkerwijs informatie te zijn die het bestuur aan de raad van toezicht moet aanleveren, maar ook informatie die de raad van toezicht zelf dient te vergaren (bijvoorbeeld door het lezen van relevante publicaties en nieuwsberichten).

*Haalplicht; aanvullende informatie*

Van de raad van toezicht wordt, als gezegd, verwacht dat hij proactief is, ook ten aanzien van het verkrijgen van informatie. De omstandigheden kunnen meebrengen (bijvoorbeeld met het oog op continuïteit van de onderneming) dat het toezicht geïntensiveerd moet worden, in welk geval de raad van toezicht niet langer genoeg kan nemen met de informatie die het bestuur (of de adviseurs van het bestuur) normaliter aan hem verstrekt. De raad van toezicht zal dan kritische vragen moeten stellen, adequate (vervolg)informatie moeten verlangen en zo nodig zelf (nadere) noodzakelijke informatie moeten vergaren.<sup>243</sup>

Onder meer in de Van der Moolen-beschikking<sup>244</sup> werd nadruk gelegd op de zogenoemde “haalplicht” van de raad van commissarissen ten aanzien van het vergaren van informatie. In de parlementaire geschiedenis van de Wet bestuur en toezicht is te lezen dat ook de wetgever uitgaat dat commissarissen onder omstandigheden zelf extra informatie ophalen. Daarbij wordt door de Minister van Justitie opgemerkt dat slechts de rechter kan beoordelen of een commissaris zich in een concreet geval voldoende heeft ingespannen om relevante informatie boven tafel te krijgen.<sup>245</sup>

Uit governancecodes en uit jurisprudentie in verband met stichtingen in de semi-publieke sector volgt eveneens dat de raad van toezicht een eigen verantwoordelijkheid heeft voor actieve informatievergaring.<sup>246</sup> Intensievere bemoeienis en het ophalen van extra informatie bij het bestuur en eventueel externe deskundigen wordt bijvoorbeeld verlangd wanneer het bestuur kiest voor een risicovol beleid, wanneer de stichting in financiële moeilijkheden verkeert, wanneer een tegenstrijdig belangssituatie wordt geconstateerd of wanneer de stichting een

243. Hoge Raad 10 januari 1990, *NJ* 1990/466 (Ogem), Burggraaf 2014, p.112.

244. Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen) met noot Strik.

245. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 8.

246. Houwen 2015, p. 143. Houwen verwijst naar art 4.1.8. Zorgbrede Governancecode 2010, bpb III.1.8 Governancecode Woningcorporaties 2011; bpb II.1.6 Branche-code goed bestuur hogescholen. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61.

belangrijke transactie (zoals het aankopen van vastgoed) aangaat.<sup>247</sup> Daarbij dient de raad van toezicht steeds te letten op signalen uit de organisatie waaruit blijkt dat er iets mis is, zoals cash flow problemen, onenigheid binnen het bestuur, het vertrek van meerdere belangrijke functionarissen of geconstateerde gebrekkige financiële informatie.<sup>248</sup> De raad van toezicht kan in dergelijke situaties van het bestuur verlangen dat het uitgebreidere informatie verstrekt, maar ook op een regelmatigere basis rapporteert.

#### 5.6.4 Informatie van anderen dan het bestuur

De raad van toezicht verkrijgt zijn informatie primair van het bestuur, maar wordt tegelijkertijd geacht toezicht te houden op het bestuur en in zekere mate onafhankelijk te zijn. Indien de raad van toezicht slechts informatie ontvangt van het bestuur, loopt hij het risico eenzijdig of onvolledig geïnformeerd te zijn. Om die reden kan het raadzaam zijn om ook informatie buiten het bestuur op te halen, extern of intern.

Voorbeelden van externe adviseurs zijn accountants, maar ook juridische adviseurs kunnen de raad van toezicht helpen met het objectiveren en structureren van de situatie en de mogelijkheden inventariseren. Intern kan de raad informatie ophalen bij een medezeggenschapsorgaan. Indien de raad van toezicht is ingesteld bij een stichting die aan het hoofd staat van een groep en leiding geeft aan groepsmaatschappijen, strekt het toezicht zich uit over het concernbeleid van het bestuur. In dat geval kan het nuttig of noodzakelijk zijn om informatie te verkrijgen over dochterondernemingen, bijvoorbeeld middels functionarissen van deze dochters.<sup>249</sup>

In het rapport van de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties wordt opgemerkt dat leden van de raad van toezicht van een woningcorporatie contacten kunnen hebben met de accountant of de werkorganisatie. “Ook andersom moet iedereen die voor de raad van commissarissen relevante informatie meent

247. Zie wat betreft dat laatste: Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, *RO* 2014/41 (Servatius), r.o. 4.30. Stichting Servatius ging een transactie aan in verband met omvangrijk project voor de bouw van een campus. De rechtbank oordeelde in verband met de vraag of de leden van de raad van toezicht intern aansprakelijk konden worden gehouden voor onbehoorlijk toezicht dat de raad van toezicht op serieuze wijze invulling had gegeven aan zijn toezichthoudende taak door de voorbereiding en voortgang van het campusproject nauwlettend te volgen, door vragen te stellen en door informatie van deskundige derden in te winnen.

248. Burggraaf 2014, p.112. Zie ook de *red flags* van Stolp (Stolp 2015).

249. De Kluiver (De Kluiver 2016) merkt op dat het soms voor de uitoefening van de toezichtstaak op holdingniveau noodzakelijk kan zijn om via een ‘lager echelon’ aan juiste informatie te komen.

## HOOFDSTUK 5

te hebben, deze kunnen verstrekken zonder tussenkomst van het bestuur.” De raad van commissarissen dient over een eigen “postbus” te beschikken, aldus het rapport.<sup>250</sup> Als het gaat om (een vermoeden van) een misstand die het functioneren van de bestuurder betreft, moet de werknemer dit rechtstreeks aan (de voorzitter van) de raad van toezicht kunnen melden (vergelijk ook 2.6.6 NCGC).

### *Bepalingen in governancecodes*

Voor beursvennootschappen is in de NCGC te lezen dat de raad van commissarissen en iedere commissaris afzonderlijk een eigen verantwoordelijkheid heeft om van het bestuur, de interne audit functie, de externe accountant en, indien aanwezig, het medezeggenschapsorgaan de informatie in te winnen die de raad van commissarissen nodig heeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen vervullen.<sup>251</sup> Volgens de NCGC kan de raad van commissarissen, als hij dat geboden acht, informatie inwinnen van functionarissen en externe adviseurs van de vennootschap. De vennootschap stelt hiertoe de benodigde middelen ter beschikking. De raad van commissarissen kan overigens ook verlangen dat bepaalde functionarissen en externe adviseurs bij de vergaderingen aanwezig zijn.

Vergelijkbare bepalingen zijn opgenomen in sectorale governancecodes voor stichtingen.<sup>252</sup> Volgens de Governancecode Zorg 2017 dient de raad van toezicht met het bestuur afspraken te maken over de wijze van omgang van de raad van toezicht met de medezeggenschapsorganen. Daarbij kan de raad van toezicht buiten aanwezigheid (maar niet buiten medeweten) van het bestuur contact hebben met de medezeggenschapsorganen voor zover dat voor de uitoefening van de toezichtfunctie wenselijk is of voor zover deze behoefte kenbaar gemaakt is door de medezeggenschapsorganen.

### *Extra onderzoek door externe deskundige en kosten*

In de MvT btrp wordt opgemerkt dat de raad van toezicht alle bevoegdheden heeft die in redelijkheid nodig zijn om zich een juist beeld te kunnen vormen van de toestand van de stichting en van het gevoerde beleid. De MvT btrp vervolgt dat de raad bijvoorbeeld door een derde onderzoek kan laten doen naar een bepaalde activiteit. De kosten van dat onderzoek worden gedragen door de stichting, maar de raad van toezicht dient bij het gebruik van dergelijke bevoegdheden wel telkens de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW in acht te nemen. Kleinere stichtingen zullen eerder tegen financiële grenzen aanlopen dan grote stichtingen.<sup>253</sup>

---

250. Rapport ‘Ver van huis’ van de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties onder voorzitterschap van R.A. van Vliet, op 30 oktober 2014 aangeboden aan de Tweede kamer, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 4, p. 188.

251. 2.4.8 NCGC 2016

252. Zie bijvoorbeeld 3.1.3 GCZ 2017

253. Zie ook Lennarts & Roest 2016, p. 117.

*Informatie van de externe toezichthouder*

In de Kabinetsreactie op een tweetal rapporten van de WRR uit 2013 en 2014 wordt ingegaan op het belang van contacten tussen intern en extern toezicht bij semipublieke instellingen.<sup>254</sup> “Tussen extern en intern toezicht bestaat doorgaans nauwelijks contact. Als er vanuit een externe toezichthouder contact is met deze organisaties, is dat in de regel met de bestuurder(s).”<sup>255</sup> Teneinde de contacten tussen intern en extern toezicht te versterken, stelt het Kabinet voor dat externe toezichthouders niet-openbare inspectie-informatie die bestemd is voor het bestuur in afschrift te verstrekken aan de raad van toezicht. Vooralsnog is echter niet duidelijk hoe dit uitgewerkt is (of moet worden).

5.6.5 *Rol van de voorzitter; informatie voor de hele de raad van toezicht*

*Rol van de voorzitter*

De voorzitter van de raad van toezicht speelt doorgaans een belangrijke rol in de contacten met het bestuur en met het eventuele medezeggenschapsorgaan.<sup>256</sup> Aan de voorzitter kan de taak worden gegeven om namens de raad informatie te vergaren en te zorgen dat alle leden die informatie krijgen. Blijkens sommige codes dient de voorzitter er voor te zorgen dat leden van de raad van toezicht tijdig informatie ontvangen die nodig is voor de uitoefening van hun toezicht-houdende taak.<sup>257</sup> De (praktische) rol van de voorzitter op andere gebieden, zoals het zorgen voor de jaarlijkse beoordeling van bestuurders en (zelf)evaluatie van leden van de raad van toezicht komt overigens in hoofdstuk 8 aan de orde. De rol van de voorzitter in verband met *good governance*, waaronder zorgvuldige besluitvorming door de raad van toezicht, komt in hoofdstuk 7 aan de orde.

*Collegialiteitsbeginsel*

In de literatuur wordt aangenomen dat wat betreft het recht op informatie het collegialiteitsbeginsel geldt: het informatierecht komt toe aan de gehele raad van toezicht en niet aan een individueel lid.<sup>258</sup> Vooral als de tijd dringt kan het bestuur informatie verstrekken aan de voorzitter van de raad van toezicht, waarna de voorzitter de andere leden zo spoedig mogelijk op de hoogte stelt en – voor zover nodig – een vergadering bijeenroept.

254. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 822, nr. 3, waarin is opgenomen een reactie op het WRR Rapport 2013 en het WRR Rapport 2014.

255. *Kamerstukken II*, 2013-2014, 33 822, nr. 3, p. 7-8.

256. Zie wat betreft de rol van de voorzitter van de raad van toezicht van een woningcorporatie 3.22 GCW 2015 en wat betreft de voorzitter van de raad van commissarissen van een beursvennootschap: bepaling 2.3.6 NCGC 2016.

257. Zie wat betreft de voorzitter van de raad van commissarissen van een beursvennootschap: bepaling 2.3.6 NCGC 2016.

258. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/492.

Van belang is dat een lid van de raad van toezicht informatie die hij ontvangt en die voor alle leden van de raad van toezicht relevant is, deelt met de andere leden van de raad van toezicht. Dit werd reeds genoemd naar aanleiding van het rapport over vermeende belangenverstremming bij Het Nieuwe Instituut (HNI).<sup>259</sup> In de Meavita-beschikking van de Ondernemingskamer (OK) kwam eveneens het belang van het delen van de informatie met de overige leden aan de orde.<sup>260</sup> De OK verweet de voorzitter van de raad van commissarissen van Stichting Meavita Nederland in het bijzonder dat hij het functioneren van de raad van commissarissen belemmerde door informatie over het slecht presteren van de bestuurder niet met zijn medecommissarissen te delen. De voorzitter had volgens de OK afbreuk gedaan aan het goede functioneren van de raad van commissarissen en aan de raad van commissarissen de mogelijkheid ontnomen in een eerder stadium over de positie van de bestuurder te beraadslagen en de ontbrekende informatie daarin te betrekken en naar aanleiding daarvan al dan niet maatregelen te nemen.<sup>261</sup> Het niet informeren van medecommissarissen was volgens de OK in dit geval onaanvaardbaar; de vrees voor oppositie en/of aftreden van de raad van commissarissen vormden daarvoor geen rechtvaardiging.

#### 5.6.6 *Het regelen van informatievoorziening*

##### *Kwaliteit van informatie*

Voor de raad van toezicht is het van belang dat de informatie bruikbaar en hanteerbaar is. Het bestuur dient zijn informatieplicht na te komen door tijdig informatie te verstrekken, die redelijkerwijze betrouwbaar te achten is, middels een regelmatige en hanteerbare stroom.<sup>262</sup>

Informatie hoeft niet altijd volledig of uitputtend te zijn. Van belang is dat de informatie kernachtig (*to the point*) maar ook consistent is.<sup>263</sup> Ook de “verpakking” van informatie kan relevant zijn. De wijze waarop de informatie wordt gepresenteerd kan immers tot verschillende reacties leiden (in sommige gevallen ook wel het *framing-effect* genoemd). Informatie is bovendien vaak bewust of onbewust eenzijdig.

259. Zie het rapport op [www.cultuur-ondernemen.nl/rapport-governance-het-nieuwe-instituut-gepubliceerd2](http://www.cultuur-ondernemen.nl/rapport-governance-het-nieuwe-instituut-gepubliceerd2).

260. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, met noot Van Schilfgaarde, *RO* 2016/8, Raaijmakers 2016 en Oostwouder & Scholten 2016.

261. R.o. 13.2 sub f.

262. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/492. Rechtbank Breda 1 mei 1990, *NJ* 1990/740 (Tilburgsche Hypotheekbank).

263. Volgens Kahneman is het de consistentie van de informatie die een verhaal goed maakt, niet de volledigheid. Je kunt volgens hem minder informatie vaak beter in een samenhangend verhaal inpassen. Kahneman 2011, p. 95.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

De kwaliteit van de informatie is dus van groot belang en de raad van toezicht wordt geacht hieraan eisen te stellen. Dergelijke eisen en voorschriften over de frequentie en de wijze van informatievoorziening kunnen worden vastgelegd in een reglement of een speciaal informatieprotocol.

### *Bepalingen in governancecodes*

In de NCGC is te lezen dat het bestuur van een beursvennootschap zorg draagt voor het instellen en handhaven van interne procedures die ervoor zorgen dat alle relevante informatie tijdig bij het bestuur en bij de raad van commissarissen bekend is.<sup>264</sup> De raad van commissarissen houdt toezicht op de instelling en handhaving van deze procedures. Ook in de Governancecode Zorg is een bepaling opgenomen dat in overleg tussen het bestuur en de raad van toezicht wordt bepaald welke informatie relevant is. Dit wordt regelmatig geëvalueerd en afspraken hierover worden bovendien schriftelijk vastgelegd.<sup>265</sup>

### *Inhoud reglement of protocol*

In het reglement kan de wijze van beschikbaarstelling van informatie worden opgenomen. Informatie kan bijvoorbeeld met de agenda van reguliere vergaderingen van de raad van toezicht worden meegestuurd, bij voortgangsverslagen worden gevoegd of op verzoek beschikbaar worden gesteld. Ook bij de mondelinge toelichting in een vergadering van de raad van toezicht, een commissie van de raad van toezicht of een overlegbijeenkomst waarbij het bestuur aanwezig is, kan informatie worden overlegd.

Een ander onderwerp dat in het informatieprotocol geadresseerd kan worden is de frequentie van bepaalde informatievoorziening. Zo kan bijvoorbeeld bepaald worden dat bepaalde cijfers, zoals exploitatiecijfers of verzuimcijfers, voor elke periodieke vergadering van de raad van toezicht beschikbaar worden gesteld.

Voorts kan geregeld worden met welke functionarissen van de stichting de raad van toezicht op zijn verzoek contact kan hebben over bepaalde onderwerpen en hoe het bestuur dat contact faciliteert. Te denken is bijvoorbeeld aan het contact met een manager in verband met een bepaald project zoals een verbouwing of periodiek contact met een directeur van een groepsmaatschappij of jaarlijks contact met de ondernemingsraad.<sup>266</sup> Op deze wijze is de raad van toezicht niet alleen afhankelijk van het bestuur maar kan hij ook zelf informatie via andere kanalen verzamelen.

---

264. 2.4.7 NCGC 2016.

265. Bepaling 3.1 onder 4 van de Zorgbrede Governancecode 2010 en bepaling 5.6 van de GCZ 2017.

266. Zie ook 5.6 GCZ 2017.

## HOOFDSTUK 5

Ook in de statuten kunnen bepalingen over informatievoorziening worden opgenomen. Daarin kan bijvoorbeeld worden geregeld dat de raad van toezicht bevoegd is tot inzage van de boeken, bescheiden en gegevensdragers van de stichting.

### 5.6.7 *Samenvatting en conclusies*

Van belang is dat raad van toezicht tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verkrijgt. Het bestuur is primair verantwoordelijk voor de informatievoorziening van de raad van toezicht. In het Wetsvoorstel btrp is terecht voorgesteld om voor alle rechtspersonen, dus ook voor stichtingen, een algemene informatieplicht van het bestuur jegens de raad van toezicht vast te leggen.

Wat moet worden verstaan onder tijdige informatievoorziening hangt af van de inhoud, hoeveelheid en de complexiteit van de informatie. Over sommige kwesties, zoals misstanden of onregelmatigheden binnen de stichting, dient de raad van toezicht onverwijld geïnformeerd te worden. Wat noodzakelijke gegevens zijn is evenmin vastomlijnd, maar daaronder vallen in ieder geval gegevens die van belang zijn voor de onderwerpen waarop toezicht wordt gehouden.

Naast een algemene informatieplicht voor het bestuur, is in het Wetsvoorstel btrp een specifieke jaarlijkse informatieplicht voorgesteld: het bestuur dient de raad van toezicht jaarlijks te informeren over de hoofdlijnen van het strategisch beleid, de algemene en financiële risico's en het beheers- en controlesysteem. Niet alle stichtingen hebben een risicobeheersingssysteem, maar het gaat er volgens de wetgever om dat het gebruik van dergelijke systemen, of het ontbreken van dat gebruik, de aandacht heeft van het bestuur en de raad van toezicht.

De raad van toezicht dient er voor te zorgen dat hij van het bestuur regelmatig en tijdig hanteerbare informatie ontvangt die redelijkerwijze betrouwbaar is te achten. Ook de consistentie van informatie is van belang. Ondanks de informatieplicht van het bestuur wordt van de raad van toezicht blijkens jurisprudentie en MvT btrp verwacht dat hij ook zelf proactief is en informatie ophaalt. Onder omstandigheden dient het toezicht geïntensiveerd te worden en zal de raad van toezicht kritische vragen moeten stellen, adequate (vervolg)informatie moeten verlangen en zo nodig zelf (nadere) noodzakelijke informatie moeten vergaren.

Teneinde een juist beeld te kunnen vormen van de toestand van de stichting en van het gevoerde beleid, kan de raad van toezicht op kosten van de stichting (voor zover deze kosten redelijk zijn) een derde onderzoek laten doen naar een bepaalde activiteit. Voor de raad van toezicht kan het van belang zijn om ook



## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

informatie buiten het bestuur op te halen, bijvoorbeeld bij de externe accountant of bij de ondernemingsraad. Het is echter raadzaam als de raad van toezicht hierover vooraf afspraken maakt met het bestuur.

Van belang is dat een lid van de raad van toezicht informatie, die voor de overige leden van de raad van toezicht relevant is of kan zijn, onverwijld deelt met de andere leden. Afspraken over het delen van informatie onderling, over informatievoorziening door het bestuur en eventueel informatievoorziening door anderen binnen de organisatie van de stichting kunnen worden vastgelegd in een reglement of een speciaal informatieprotocol. In het informatieprotocol kunnen worden geregeld: de wijze van beschikbaarstelling van informatie, de frequentie van bepaalde informatie, de frequentie en de wijze van het contact met de accountant en met de ondernemingsraad.

### 5.7 Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen

De raad van toezicht is een orgaan met een intern toezichthoudende taak. Voor de kwalificatie “raad van toezicht” is van belang wat de statutaire taak en de statutaire bevoegdheden van het orgaan zijn. Bovendien is mijns inziens relevant of en hoe de statuten aanwijzing of benoeming van de leden van dat orgaan regelen. Leden van een raad van toezicht moeten *als zodanig* in de statuten worden aangewezen of worden benoemd door degene die daartoe volgens de statuten bevoegd is; deze aanwijzing of benoeming moet bovendien worden aanvaard. Mijns inziens zou voor de raad van toezicht van de stichting, net als voor de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, moeten gelden dat slechts natuurlijke personen tot lid van dat orgaan benoemd kunnen worden.

De raad van toezicht van een stichting heeft, ook zonder dat dit expliciet in de wet is vastgelegd, dezelfde algemene taak als de raad van commissarissen van een corporatieve rechtspersoon: het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en het adviseren van het bestuur. Meer concreet ziet de raad van toezicht van een stichting erop toe dat het bestuur werkt aan de realisatie van het doel van de stichting. Het bestuursbeleid dient afgestemd te zijn en gericht te zijn op het verwezenlijken van het stichtingsdoel. De raad van toezicht kan van het bestuur van de stichting verlangen dat het een beleidsplan opstelt. Indien het vermogen van de stichting wordt gevormd door bijdragen van derden (bijvoorbeeld donateurs), kan de raad van het bestuur verlangen dat het de hoofdlijnen van het beleidsplan en de uitvoering van het beleidsplan periodiek ten behoeve van derden beschikbaar stelt, bijvoorbeeld via een website of een nieuwsbrief.

## HOOFDSTUK 5

Binnen de kaders van het stichtingsdoel dient het bestuur het stichtingsvermogen deugdelijk te beheren. De raad van toezicht ziet toe op deugdelijk vermogensbeheer en neemt daarbij in aanmerking de belangen van degenen van wie het stichtingsvermogen afkomstig is, maar ook de belangen van degenen voor wie het stichtingsvermogen bestemd is. De rol van het doel van de stichting en de gerichtheid op de verwezenlijking van dat doel, zou mijns inziens in de algemene wettelijke taakomschrijving van zowel het bestuur als de raad van toezicht van de stichting tot uitdrukking dienen te komen (zie ook de aanbevelingen hierna).

De concrete inhoud van de toezichthoudende taak hangt af van de wettelijke en statutaire bevoegdheden die het toezichthoudend orgaan heeft gekregen binnen de rechtspersoon. Aan de raad van toezicht van een stichting kunnen bevoegdheden worden toegekend die bij andere (corporatieve) rechtspersonen aan de algemene vergadering worden toegekend, zoals het vaststellen van de jaarrekening, benoeming, ontslag en decharge van bestuurders en benoeming/ontslag van leden van de raad van toezicht zelf. Een raad van toezicht die dergelijke bevoegdheden heeft, heeft een andere (“zwaardere”) rol en positie dan de raad van commissarissen van een corporatieve rechtspersoon, zoals bijvoorbeeld de raad van commissarissen van een gewone (niet-structuur) NV of BV.

Het huidige recht laat, net als het Wetsvoorstel btrp, aan de stichting de keuze om in de statuten de bevoegdheid om bestuurders te benoemen wel of niet aan de raad van toezicht toe te kennen. Bij sommige soorten stichtingen kan het voor de hand liggen om de bevoegdheid tot benoeming van een of meer bestuurders (mede) aan een ander orgaan (zoals een belanghebbendenorgaan) of aan een derde (zoals een overheidsinstantie) over te laten. Veel governancecodes die voor stichtingen in bepaalde sectoren zijn opgesteld gaan echter uit van een raad van toezichtmodel waarbij de raad van toezicht bestuurders benoemt. Om die reden zou de basisregel (*default rule*) in Boek 2 BW mijns inziens kunnen zijn dat de raad van toezicht bestuurders benoemt en ontslaat, maar dat de statuten anders kunnen bepalen.

Indien de raad van toezicht bestuurders kan ontslaan en nieuwe bestuurders kan benoemen heeft hij een belangrijk instrument in handen om bestuurders die niet goed functioneren te vervangen. Een ander belangrijk, minder vergaand instrument waarmee de raad van toezicht direct kan ingrijpen als een bestuurder het belang van de stichting schaadt, is de bevoegdheid tot schorsing van bestuurders. Met name deze bevoegdheid zou de wet mijns inziens standaard aan de raad van toezicht moeten toebedelen, zoals ook gebeurt in het Wetsvoorstel btrp. Anders dan in het Wetsvoorstel btrp is voorgesteld, zou de wet het mijns inziens

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

niet mogelijk moeten maken om in de statuten de schorsingsbevoegdheid van de raad van toezicht weg te schrijven. Het niet toekennen van de bevoegdheid om bestuurders te schorsen doet naar mijn mening afbreuk aan de kracht en de mogelijkheden van de raad van toezicht, bijvoorbeeld in het geval dat het bestuur, ondanks aanmaningen door de raad van toezicht, zijn boekhoudplicht niet nakomt of in het geval dat het bestuur uitkeringen doet die evident in strijd zijn met het stichtingsdoel. Bovendien is er, anders dan bij andere rechtspersonen, bij een stichting geen algemene vergadering die bestuurders kan schorsen of ontslaan.

Een raad van toezicht die juridische instrumenten, zoals schorsingsbevoegdheid, tot zijn beschikking heeft dient deze instrumenten in bepaalde omstandigheden ook in te zetten. Het schorsen of ontslaan van bestuurders zal op zich nog niet hoeven te betekenen dat sprake is van medebesturen. Indien het bestuur echter (al dan niet tijdelijk) komt te ontbreken en een lid van de raad van toezicht zelf het bestuur overneemt, zal hij, in ieder geval voor de periode dat hij het bestuur op zich neemt, terug moeten treden uit de raad van toezicht.

De algemene wettelijke regeling zou de raad van toezicht, net als de raad van commissarissen, een rol moeten geven bij situaties waarin sprake is van tegenstrijdig belang van bestuurders. Controle van tegenstrijdig belangtransacties is van belang aangezien dergelijke transacties er toe kunnen leiden dat het stichtingsvermogen wordt uitgehold.

Ik ben het eens met het voorstel in het Wetsvoorstel btrp dat een stichtingsbestuurder die een tegenstrijdig belang heeft zich moet onthouden van deelname aan de beraadslaging en besluitvorming. Het Wetsvoorstel btrp bevat bovendien een escalatieregeling naar de raad van toezicht in geval van tegenstrijdig belang van *alle* bestuurders of de enig bestuurder. Mijns inziens zou het, in verband met een heldere verdeling van de bestuurlijke en toezichthoudende taken en bevoegdheden, zuiverder zijn als de regeling (niet alleen bij de stichting maar ook bij andere rechtspersonen) inhoudt dat, ingeval van tegenstrijdig belang van alle bestuurders, het bestuur het besluit niettemin neemt maar dat de raad van toezicht daaraan goedkeuring dient te verlenen. Een dergelijke regeling leidt er toe dat zowel het bestuur als de raad van toezicht, ieder vanuit hun eigen perspectief, bij de besluitvorming zijn betrokken.

De raad van toezicht zou naar mijn mening ook, zoals veel governance-codes terecht regelen, bestuursbesluiten moeten goedkeuren indien sprake is van een tegenstrijdig belang van één of meer bestuurders bij een transactie die van materiële betekenis is voor de stichting (zoals het doen van investeringen of het aangaan van contractuele verplichtingen boven een bepaald bedrag). Daarnaast kan in statuten of in een reglement bepaald worden dat de vraag of in een concreet geval sprake is van een tegenstrijdig belang (dat van materiële betekenis is), kan worden voorgelegd aan de raad van toezicht.

## HOOFDSTUK 5

Binnen de wettelijke grenzen kan de toezichthoudende taak van de raad van toezicht, evenals de taak van de raad van commissarissen, door de stichting naar eigen inzicht nader vorm gegeven worden. De statuten kunnen aan de raad van toezicht verdergaande bevoegdheden toekennen, zoals bijvoorbeeld instructiebevoegdheden. Statutaire instructiebevoegdheid geeft de raad van toezicht, net als schorsingsbevoegdheid, een instrument in handen om in te grijpen als het bestuur het belang van de stichting schaadt. Een dergelijke bevoegdheid mag er echter niet toe leiden dat de raad van toezicht in feite zelf gaat besturen, dat wil zeggen: initiatieven kan nemen op bestuursterrein zonder dat daartoe, gelet op het belang van de stichting, noodzaak bestaat. De instructiebevoegdheid en het opvolgen van instructies wordt in ieder geval begrensd door het belang van de stichting, dat niet onevenredig mag worden geschaad.

De raad van toezicht kan alleen daadwerkelijk goed toezicht houden als hij over voldoende, kwalitatief goede informatie beschikt. Sectorale governancecodes kunnen hierop inspringen en voorschriften en regels bevatten die bevorderen dat het bestuur aan de raad van toezicht informatie over de stichting en haar eventuele dochtermaatschappijen ter beschikking stelt in een regelmatige, beheersbare stroom.

### Aanbevelingen aan de wetgever:

- [Zie paragraaf 5.2.3] Het Wetsvoorstel btrp biedt terecht een wettelijke basis voor de instelling van een raad van toezicht en legt zijn algemene taak vast. Daarbij zou als randvoorwaarde vastgelegd dienen te worden dat leden van de raad van toezicht niet benoemd kunnen worden door bestuurders.
- [Zie paragraaf 5.3.5] De wettelijke taak van het bestuur van een stichting zou mijns inziens als volgt dienen te luiden (onderstreepte deel is toegevoegd ten opzichte van de tekst van het Wetsvoorstel btrp): “Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de stichting ter verwezenlijking van het stichtingsdoel.” De wettelijke taak van de raad van toezicht van een stichting zou als volgt dienen te luiden: “De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur ter verwezenlijking van het stichtingsdoel en op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. De raad van toezicht staat het bestuur met raad terzijde.”
- [Zie paragraaf 5.5.4] In de wet zou, evenals bij andere rechtspersonen, bepaald dienen te worden dat vaststelling van de jaarrekening door een ander orgaan (zoals de raad van toezicht) geen decharge van bestuurders impliceert. Indien het verlenen van decharge van bestuurders door de raad van toezicht gewenst is, dient daarvoor een afzonderlijk besluit genomen te worden.

## ALGEMENE TAAK EN TOEZICHTHOUDENDE BEVOEGDHEDEN

- [Zie paragraaf 5.5.5] De wet zou moeten bepalen dat de raad van toezicht bevoegd is iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. Anders dan bij andere rechtspersonen zou daaraan *niet* toegevoegd moeten worden “tenzij de statuten anders bepalen”.
- [Zie paragraaf 5.5.6] Als basisregel zou in Boek 2 BW opgenomen kunnen worden dat als de stichting een raad van toezicht heeft, bestuurders worden benoemd en ontslagen door de raad van toezicht, tenzij de statuten anders bepalen.
- [Zie paragraaf 5.5.7] Wat betreft tegenstrijdig belang zou het Wetsvoorstel btrp mijns inziens dienen te bepalen dat in geval van tegenstrijdig belang van alle bestuurders, het besluit niettemin genomen wordt door het bestuur maar dat de raad van toezicht aan het besluit goedkeuring moet verlenen.
- [Zie paragraaf 5.5.9] Het Wetsvoorstel btrp zou aangevuld dienen te worden met een bepaling die inhoudt dat de statuten van een stichting aan de raad van toezicht de mogelijkheid kunnen bieden om aan het bestuur aanwijzingen te geven. Daaraan zou toegevoegd dienen worden dat het bestuur gehouden is de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.

### Aanbevelingen voor sectorregels en sectorcodes:

- [Zie paragraaf 5.6.6] Sectorale governancecodes zouden meer guidance moeten bieden teneinde regelmatige en beheersbare informatievoorziening aan de raad van toezicht over de stichting maar ook over de eventuele dochtermaatschappijen van de stichting te bevorderen, bijvoorbeeld door een informatieprotocol voor te schrijven.
- [Zie paragraaf 5.5.7] Sectorale governancecodes zouden voorbeelden dienen te geven van transacties die van materiële betekenis zijn voor de stichting en eventueel drempelbedragen kunnen noemen, waarmee duidelijk gemaakt kan worden welke besluiten waarbij ten minste één bestuurder een tegenstrijdig belang heeft, in ieder geval goedkeuring van de raad van toezicht behoeven.



## Hoofdstuk 6. Soorten stichtingen; invulling van de toezichthoudende taak

### 6.1. Inleiding

Bij de uitoefening van hun toezichthoudende taak dienen leden van de raad van toezicht alle bij de stichting betrokken belangen in acht te nemen en tegen elkaar af te wegen. In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde welke belangen concreet bij de stichting betrokken (kunnen) zijn.

De stichting onderscheidt zich van andere rechtspersonen door het feit dat een algemene vergadering ontbreekt en dat het vermogen doelgebonden is. Stichtingen onderscheiden zich onderling van elkaar door hun doelstelling en – als uitvloeisel daarvan – door de herkomst en de samenstelling van hun vermogen, dat wordt aangewend om het stichtingsdoel te bereiken.

In dit hoofdstuk zal een aantal soorten stichtingen nader beschreven worden en zal nagegaan worden wat de rol van de raad van toezicht bij verschillende soorten stichtingen is. Waar ziet de raad van toezicht in het bijzonder op toe bij bepaalde soorten stichtingen en welke risicofactoren zijn relevant voor die stichtingen. Nagegaan wordt hoe bepaalde risico's gesignaleerd en beheerst kunnen worden. Bekeken zal of stichtingen in bepaalde categorieën in te delen zijn en of een bepaalde categorie, een subtype stichting, een eigen regeling in Boek 2 BW rechtvaardigt.

### 6.2 Belang van de stichting; betrokken belangen en belanghebbenden

#### 6.2.1 *Inleiding*

In paragraaf 5.3 werd beargumenteerd dat in de wettelijke taakomschrijving van bestuurders en leden van de raad van toezicht van de stichting tot uitdrukking gebracht zou moeten worden dat zij hun taak verrichten ter verwezenlijking van het stichtingsdoel. In de literatuur wordt de verwevenheid met het doel ook wel

## HOOFDSTUK 6

aldus omschreven dat “het belang van de stichting primair wordt bepaald door het statutaire doel”.<sup>1</sup> Hierna wordt ingegaan op het “belang van de stichting” en de verwevenheid van het stichtingsbelang met het stichtingsdoel.

### 6.2.2 *Norminstructie en het stichtingsdoel*

Algemeen wordt aangenomen dat leden van de raad van toezicht van de stichting zich bij de uitoefening van hun taak dienen te richten naar het belang van die stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.<sup>2</sup> Deze norminstructie is echter voor (bestuurders en) leden van de raad van toezicht van de stichting voornamelijk niet in de wet vastgelegd.

De norminstructie voor (bestuurders en) commissarissen van een coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV of BV is wel neergelegd in de wet in een bepaling die volgt op de taakomschrijving.<sup>3</sup> Deze norm hangt in zekere mate samen met de institutionele gedachte: de vennootschap (NV of BV) wordt in de literatuur door verschillende auteurs wel gezien als een eigen “instituut”. Deze opvatting impliceert dat het belang van de vennootschap in beginsel moet worden onderscheiden van het belang van degenen die bij de vennootschap betrokken zijn en de deelbelangen die zij behartigen.<sup>4</sup> Overigens is het begrip

---

1. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/220.

2. Zie onder meer Van Veen 2017.

3. Artikel 2:57, 140 en 250 lid 2 BW. Zoals omschreven in hoofdstuk 3 werd de wettelijke taak van de raad van commissarissen van NV's en BV's in 1971 voor het eerst geregeld. Bij gelegenheid van de eerste wettelijke taakomschrijving werd ook de wettelijke norminstructie voor de raad van commissarissen geïntroduceerd, die nagenoeg overeenkomt met de huidige norminstructie. Op 1 januari 2013 werd met het van kracht worden van de Wet bestuur en toezicht (*Stb.* 2011, 275 en *Stb.* 2012) ook een norminstructie in de wet opgenomen voor bestuurders van NV's en BV's (artikel 2:129 en 239 lid 5 BW), die gelijklopend is aan de norm voor commissarissen: “bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”. Reeds voor die datum werd toepasselijkheid van deze norm algemeen al aangenomen. Daarvan getuigt onder meer de op dat moment reeds geldende NGCG (Principe II.1 NCGC). In de parlementaire geschiedenis van de Wet bestuur en toezicht werd verduidelijkt dat bestuurders evenals toezichthouders onder meer de belangen van kapitaalverschaffers, werknemers, crediteuren en andere contractspartijen (de zogenoemde *stakeholders*) moeten afwegen. Bovendien werd opgemerkt dat bestuurders niet bij voorbaat het belang van de aandeelhouders dan wel de werknemers mogen laten prevaleren. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 9, *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, C, p. 2. Zie ook de parlementaire geschiedenis bij de Flex BV, *Kamerstukken I* 2011-2012, 31 058, E, p. 15.

4. Zie hierover ook MvT btp (*Kamerstukken II* 2015-2016, 34 491, nr. 3), p. 11-12.



“vennootschapsbelang” geen eenduidig begrip, zo blijkt ook uit de uitvoerige discussies en uiteenlopende opvattingen daarover in de literatuur.<sup>5</sup> Uit rechtspraak volgt dat de inhoud van het begrip vennootschapsbelang in een concreet geval afhangt van de omstandigheden van dat geval.<sup>6</sup>

*Wetsvoorstel btrp*

Het Wetsvoorstel btrp introduceert een algemene norm, die zowel geldt voor de raad van commissarissen van verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, NV's en BV's als voor de raad van toezicht van stichtingen (artikel 2:9 lid 3 en 2:11 lid 4 Wetsvoorstel btrp). Hiermee krijgt de norminstructie voor leden van de raad van toezicht van de stichting een wettelijke basis.<sup>7</sup> Aanvankelijk werd voorgesteld om voor alle rechtspersonen te bepalen dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de *met hem verbonden organisatie*.<sup>8</sup> In verschillende reacties op het Voorontwerp werd opgemerkt dat de vervanging van het woord “onderneming” door het woord “organisatie”, betekende dat de belangen van degenen die bij de onderneming zijn betrokken, met name de belangen van de werknemers, als richtsnoer wegvallen.<sup>9</sup>

De vraag kan worden gesteld of het terecht is dat voor alle soorten rechtspersonen één wettelijke norm vastgelegd wordt. Met welke verschillen tussen stichtingen en andere rechtspersonen dient bij de toepassing en invulling van die norm rekening gehouden te worden? En welke verschillen tussen soorten stichtingen onderling zijn relevant?

- 
5. Zie hierover ook De Jongh 2014, p. 472-474 en Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/394.
  6. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (Cancun), r.o. 4.2.1.
  7. MvT btrp (*Kamerstukken II* 2015-2016, 34 491, nr. 3), p. 4.
  8. Artikel 2:9a lid 1 Voorontwerp luidde als volgt: Elk lid van het toezichthoudend orgaan is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie. Hierover zei de Concept MvT btrp (p. 9) dat de term “organisatie” in het kader van een algemene regeling meer voor de hand dan “onderneming”, omdat verenigingen en stichtingen weliswaar een onderneming kunnen drijven, maar zulks niet altijd het geval is.
  9. Zie bijvoorbeeld de Reactie ZIFO, p. 2. Volgens de Concept MvT btrp was echter met de wijziging van het woord “onderneming” in “organisatie” uitdrukkelijk geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van de voor NV's en BV's geldende bepaling (artikel 2:140/250 lid 2 BW) beoogd. Bovendien werd bij de belangen die mogelijk bij een stichting zijn betrokken uitdrukkelijk het belang van werknemers genoemd. Niettemin is in het Wetsvoorstel btrp alle twijfel weggenomen door te verwijzen naar de *aan de rechtspersoon verbonden onderneming of organisatie*.

## HOOFDSTUK 6

### *Verschillen tussen stichtingen en corporatieve rechtspersonen*

Stichtingen kennen geen leden of aandeelhouders, maar wel personen of instanties die een bijdrage leveren aan de vorming van het stichtingsvermogen en begunstigden van dat stichtingsvermogen. Bestuurders en commissarissen van een NV of BV kunnen niet zonder meer als vertegenwoordigers van de aandeelhouders worden gezien. Hetzelfde geldt voor stichtingen: bestuurders en leden van de raad van toezicht zijn niet zonder meer vertegenwoordigers van de begunstigden en/of financiers van de stichting. Het feit dat de stichting, net als een NV of BV, een eigen rechtspersoon is, betekent dat bestuurders en leden van de raad van toezicht de belangen van al degenen die bij die rechtspersoon zijn betrokken in aanmerking dienen te nemen.

Hoewel het belang van de aandeelhouders van een kapitaalvennootschap in een concreet geval, bij de afweging van verschillende betrokken belangen door het bestuur en de raad van commissarissen, niet altijd doorslaggevend hoeft te zijn, kan niet worden ontkend dat het aandeelhoudersbelang een dominant belang is. Aandeelhouders hebben immers, als zij zijn verenigd in de algemene vergadering, de bevoegdheid om het doel te bepalen (eventueel aan te passen) en de bevoegdheid om bestuurders en commissarissen te ontslaan (zie ook paragraaf 5.3.3). Een dergelijk dominant belang van aandeelhouders, die de vennootschap voorzien van eigen vermogen (zie hierover ook paragraaf 5.3.4), is bij de stichting niet aanwezig. Wel zou het belang van oprichters als een dominant belang gezien kunnen worden, waarover hierna meer.

Tussen stichtingen en “commerciële” corporatieve rechtspersonen (NV’s, BV’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) bestaat nog een ander verschil: aan een stichting is niet noodzakelijkerwijs een onderneming verbonden. Hierop gaat paragraaf 6.2.5 nader in.

### *Bij de stichting betrokken belangen*

Voor stichtingen geldt mijns inziens, net als voor andere rechtspersonen, dat de inhoud van het “stichtingsbelang” afhangt van de bij de stichting betrokken belangen en de omstandigheden van het geval. Als belanghebbenden bij de stichting zijn in ieder geval aan te merken: de oprichters en degenen die op grond van het stichtingsdoel kunnen worden aangemerkt als (potentiële) begunstigden. Verder kunnen als belanghebbenden worden aangemerkt: degenen die bijdragen of hebben bijgedragen aan het stichtingsvermogen. Dit kunnen de oprichters zelf zijn maar ook anderen, dat wil zeggen: derden die aan de stichting geld verstrekken, zoals donateurs en subsidiegevers.

De belangen van de hiervoor genoemde groepen, te weten: (1) de oprichters; (2) de begunstigden; en (3) de vermogensverstrekkers van de stichting, zijn mijns inziens gerelateerd aan het stichtingsdoel; zij vloeien uit het stichtingsdoel voort. Op elk van deze belangen zal in de volgende paragraaf worden ingegaan.

### 6.2.3 *Het belang van de oprichters, de begunstigden en de vermogensverstrekkers*

#### *Het belang van de oprichters*

De inhoud van het oprichtersbelang blijkt mijns inziens primair uit het stichtingsdoel. Oprichters hebben hetgeen zij voor ogen hebben met de stichting, hetgeen ook de bestaansreden van de stichting genoemd kan worden,<sup>10</sup> bij de oprichting neergelegd in het statutaire stichtingsdoel. In paragrafen 4.4.2 en 4.4.3 werd het statutaire stichtingsdoel de geobjectiveerde wil van de oprichter genoemd. Indien het statutaire doel op enig moment wordt gewijzigd (door een stichtingsorgaan of, voor zover doelwijziging niet mogelijk is gemaakt, door de rechter), wordt het nieuwe doel geacht de nieuwe “wil van de oprichter” te zijn.

#### *Het belang van de begunstigden*

Begunstigden zijn degenen die op grond van het stichtingsdoel een uitkering uit het stichtingsvermogen ontvangen. Een stichting studiefonds doet bijvoorbeeld conform haar doelstellingen uitkeringen aan bepaalde studenten. In bredere zin kunnen onder begunstigden ook worden verstaan: degenen die gebruik maken van de diensten van de stichting, zoals de leerlingen van een onderwijsinstelling die de vorm van een stichting heeft. Wie begunstigden van de stichting zijn volgt soms heel concreet uit het doel maar soms is de groep algemeen aangeduid en meer abstract.

#### *Het belang van de vermogensverstrekkers*

Een stichting kan haar vermogen hebben verkregen van oprichters, maar ook van derden, bijvoorbeeld van een gemeente die subsidie verstrekt of bijvoorbeeld van een particulier die een donatie doet aan de stichting. Dit vermogen wordt verstrekt met het oog op het bereiken van het stichtingsdoel.

#### *Overige belangen*

Hiervoor bleek al dat sommige stichtingen ook het “maatschappelijk belang” in acht dienen te nemen. Ook dit blijkt, als het goed is, uit het stichtingsdoel, waarover hierna in paragraaf 6.2.4 meer. Andere belangen die kunnen meespelen zijn de belangen van contractanten, de wederpartijen van de stichting, zoals de verhuurder van een pand of de leverancier van goederen die door de stichting worden gebruikt. Zij hebben veelal belang bij continuïteit van de onderneming verbonden aan de stichting, waarover hierna in paragraaf 6.2.5 meer.

---

10. Aldus Van Veen 2017.

## HOOFDSTUK 6

### *Betrokkenheid op grond van het doel; samenvallend met stichtingsdoel?*

Opvallend is dat de belangen van veel betrokkenen in belangrijke mate gerelateerd zijn aan het stichtingsdoel. Bij sommige stichtingen kan zelfs gezegd worden dat de belangen van de bij de stichting betrokkenen samenvallen met het doel. Het is mijns inziens dan ook terecht dat er in de literatuur van uitgegaan wordt dat het statutaire doel een prominente rol speelt bij de interpretatie van het belang van de stichting.

De gerichtheid op het statutaire doel laat mijns inziens onverlet dat in *bijzondere omstandigheden, in concrete gevallen* een ander belang dat niet direct verwant is aan of voortvloeit uit het doel zwaarder kan wegen dan de belangen die wel voortvloeien uit het doel.

In paragraaf 5.3.3. werd het voorbeeld genoemd van een stichting die als doel heeft: het bestrijden van een bepaalde ziekte, terwijl die ziekte zich niet meer voordoet. Mogelijk heeft de stichting nog wel geld beschikbaar en kan dit gebruikt worden om een andere ziekte te bestrijden. Het hangt echter van de omstandigheden af of en in welke mate het doel en daarmee de bestemming van het doelvermogen aangepast kan worden teneinde belangen die niet genoemd zijn in of voortvloeien uit het op dat moment geldende statutaire doel te gaan behartigen. In het bijzonder hangt dit ook af van de ruimte die door de oprichter is geboden om af te wijken van de (primaire) doelstelling. Als het statutaire doel niet langer werkbaar is of niet meer van deze tijd is, is het bestuur en, in het verlengde daarvan, de raad van toezicht mijns inziens gehouden om na te gaan of en in hoeverre het doel gewijzigd kan worden. In sommige gevallen zal mogelijk geconcludeerd worden dat de stichting ontbonden moet worden en het stichtingsvermogen vereffend moet worden.

Zie over de (on)mogelijkheden in verband met doelwijziging ook paragraaf 4.4.3 (doelwijziging door de rechter), paragraaf 4.4.4 (geoorloofdheid van doelwijziging door een stichtingsorgaan) en paragraaf 5.3.3.

### *Stichtingsbelang en oprichtersbelang*

Hoewel het oprichtersbelang naar mijn mening, net als de belangen van andere betrokkenen, los gezien dient te worden van het belang van de stichting, speelt het oprichtersbelang, net als het aandeelhoudersbelang bij vennootschappen, een belangrijke rol en kan het oprichtersbelang onder omstandigheden nagenoeg samenvallen met het stichtingsbelang.

Blanco Fernández heeft een andere opvatting over het stichtingsbelang en het belang van de oprichter. Hij merkt naar aanleiding van de MvT bij het Wetsvoorstel btrp op dat de wetgever ten onrechte als uitgangspunt neemt dat het

belang van de stichting en het belang van de oprichter van elkaar onderscheiden moeten worden.<sup>11</sup> Blanco Fernández noemt de situatie, waarin de oprichter in de statuten van “zijn stichting” bepaalt dat in de vervulling van hun taak bestuurders en leden van de raad van toezicht zich dienen te richten naar de meest concrete aanwijzingen van de oprichter. Bestuurders en leden van de raad van toezicht zijn volgens Blanco Fernández gehouden deze aanwijzingen op te volgen zolang zij rechtmatig zijn. De autonomie van bestuurders en leden van de raad van toezicht als functionarissen van de rechtspersoon is in zoverre begrensd door de wijze waarop de oprichter wenst dat het doel van de rechtspersoon wordt verwezenlijkt, aldus Blanco Fernández.

Ik meen, als gezegd, dat uitgangspunt is dat de geobjectiveerd wil van de oprichter is neergelegd in het stichtingsdoel (zie ook paragraaf 4.4). Dat vastgelegde stichtingsdoel is hetgeen waarnaar bestuurders en leden van de raad van toezicht zich primair moeten richten. Zij hoeven daarbij naar mijn mening in beginsel niet zomaar aanvullende of zelfs afwijkende instructies van de oprichter te aanvaarden. Bestuurders en leden van de raad van toezicht zouden anders te maken kunnen krijgen met een flexibel richtsnoer. Ook anderen, zoals bijvoorbeeld subsidieverstrekkingen, donateurs en leningverstrekkers, kunnen dan worden geconfronteerd met het feit dat het doel steeds wordt ingevuld door (aanwijzingen van) de oprichter, waarmee het doelvermogen in feite een steeds wisselende bestemming kan krijgen.

Dat laat onverlet dat de oprichter in de statuten bevoegdheden aan zichzelf kan toekennen. Het toekennen van de bevoegdheid om instructies te geven impliceert naar mijn mening, nog afgezien van de vraag of iedere instructiebevoegdheid *kan* worden toegekend (zie paragraaf 5.5.9), dat de oprichter deel gaat uitmaken van de interne organisatie van de stichting en daarmee mogelijk een stichtingsorgaan wordt (zie ook paragraaf 5.2.2).<sup>12</sup>

---

11. Volgens Blanco Fernández (Blanco Fernández 2016, p. 45) kan wel gezegd worden dat een “altruïstische” stichting een eigen belang heeft dat onderscheiden moet worden van het persoonlijke belang van de betrokkenen. Hij noemt het voorbeeld van een weldoener die een museum aan de gemeenschap ter beschikking stelt en daarvoor een stichting opricht. De weldoener/oprichter kan de stichting zodanig inrichten dat hij geen enkele bemoeienis heeft met de wijze waarop het museum in stand moet worden gehouden. De stichtingsfunctionarissen zijn in dat geval autonoom in de verwezenlijking van het doel van de stichting.

12. Hij geeft de instructies dan ook in een andere hoedanigheid: niet als oprichter maar als degene die een bepaalde statutaire bevoegdheid heeft. Een andere bevoegdheid die de oprichter zichzelf bij oprichting kan toekennen is de bevoegdheid om het statutaire doel te wijzigen. Ook die bevoegdheid leidt er toe dat hij een rol binnen de organisatie van de stichting krijgt en dat zijn rol niet bij de oprichting is uit gewerkt. De oprichter kan er uiteraard ook voor kiezen een raad van toezicht in het leven roepen en zichzelf bij oprichting aan te wijzen als lid van de raad van toezicht.

## HOOFDSTUK 6

### *Rol van het statutaire doel benadrukken?*

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (“GCV”) schreef in haar reactie op het Voorontwerp btrp, mijns inziens terecht, dat het van belang is in de MvT bij het voorgestelde nieuwe artikel 2:9 en 9a BW duidelijk te maken dat het statutaire doel bij stichtingen een prominente rol speelt. De GCV schrijft:

“Gelet op het specifieke karakter van de stichting als non-corporatieve rechtsvorm die typologisch gericht is op het verwezenlijken van een veelal door de oprichters geformuleerde doelstelling, verdient het volgens de GCV dan ook aanbeveling om in de MvT met zoveel woorden tot uitdrukking te brengen dat het ‘belang van de stichting’ in overwegende mate door de statutaire doelomschrijving wordt bepaald.”<sup>13</sup>

In reactie hierop is in de MvT (voor bestuurders, maar hetzelfde zou gezegd kunnen worden over leden van de raad van toezicht) te lezen dat voor bestuurders van stichtingen, evenzeer als voor bestuurders van andere rechtspersonen, geldt dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon. De MvT vervolgt dat daaraan niet afdoet dat dit belang in overwegende mate bepaald *kan* worden door de statutaire doelstelling.

Ik meen dat de toevoeging van het woord “kan” in de MvT afbreuk doet aan de duiding van de norminstructie en te vrijblijvend is. Ik meen – in lijn met de opmerking van de GCV en gelet op de eerder beargumenteerde typologische kenmerken van de stichting – dat bij iedere stichting, ook een stichting met een onderneming, het uitgangspunt moet zijn dat het belang van de stichting primair (of in overwegende mate) *wordt* bepaald door de statutaire doelstelling. Dit is immers een belangrijk richtsnoer voor alle soorten stichtingen.

Naar mijn mening dient het belang van het stichtingsdoel echter niet tot uitdrukking te komen in de norminstructie maar in de wettelijke taakomschrijving van het bestuur en de raad van toezicht van de stichting (besturen en toezicht houden “ter verwezenlijking van het stichtingsdoel”, zie paragraaf 5.3.5 hiervoor).

De primaire gerichtheid op het statutaire doel is voor veel soorten stichtingen, waaronder bijvoorbeeld semipublieke instellingen, een helder richtsnoer. Voorwaarde is uiteraard dat de statutaire doelomschrijving duidelijk omschreven is. Bij semipublieke instellingen zal het statutaire doel (mede) een maatschappelijke element omvatten, bijvoorbeeld het verlenen van patiëntenzorg of het verzorgen van onderwijs.

---

13. Reactie GCV op het Voorontwerp btrp, p. 5.

#### 6.2.4 *Het maatschappelijke belang of het publieke belang*

Bij de stichting behoeven niet slechts private belangen betrokken te zijn, maar kunnen ook publieke of maatschappelijke belangen betrokken zijn. Een bijzonder soort stichting waarbij in ieder geval het publieke belang betrokken is, is de semipublieke instelling. Ook bij andere soorten stichtingen, zoals een stedelijk museum dat subsidie van de gemeente ontvangt, is een maatschappelijk belang betrokken. Bij een pensioenstichting, die wordt aangemerkt als een financiële instelling, is in zoverre een maatschappelijk belang betrokken dat de pensioensector en de maatschappij er belang bij hebben dat deze niet, net als banken, zomaar “omvallen” (zie in dit verband ook paragraaf 6.4.2 hierna over extern toezicht op de pensioensector).

Het bestuur en de raad van toezicht van een dergelijke stichting dienen het semipublieke of maatschappelijk belang mee te wegen.<sup>14</sup> In de literatuur is terecht opgemerkt dat in de algemene norminstructie in het geval van een semipublieke instelling of een maatschappelijke onderneming de maatschappelijke belangen, net als de belangen van de overige betrokken *stakeholders*, zijn verdisconteerd.<sup>15</sup>

- 
14. Zie ook Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, *RO* 2014/41 en *JOR* 2014/126 (Woningstichting Servatius).
15. Desalniettemin werd in de Concept MvT btrp uitdrukkelijk vermeld dat het Voorontwerp ruimte liet om, indien daaraan behoefte bestaat, in sectorale wetgeving een aanvullende norm op te nemen. In sectorregels zou voorgeschreven kunnen worden dat bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van zijn taak *specifiek acht moeten slaan op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen*. Concept MvT btrp, p. 18 en 28. Het Instituut voor Ondernemingsrecht (IvO) schreef in reactie op het Voorontwerp btrp dat reeds uit het feit dat de raad van toezicht zich moet richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie volgt dat de belangen van de verschillende stakeholders bij de rechtspersoon en zijn organisatie in acht genomen moeten worden: “In de huidige NV/BV-bepalingen is toch evenmin expliciet opgenomen dat bestuurders en commissarissen met de belangen van bijvoorbeeld werknemers en schuldeisers rekening moeten houden? De vraag is dan welk doel wordt gediend met het in de sectorale wetgeving opnemen van dergelijke aanvullingen op de algemene norm. Overigens is het begrip maatschappelijk belang multi-interpretabel en nauwelijks objectiveerbaar. Semipublieke instellingen in de volkshuisvesting leveren weliswaar een bijdrage aan het maatschappelijk belang, maar kunnen hier niet verantwoordelijk voor worden gesteld.” Reactie Instituut voor Ondernemingsrecht 28 maart 2014, p. 6. Zie ook Boschma & Schutte-Veenstra 2012, p. 162. Het Zuidas Instituut voor Ondernemingsrecht (ZIFO) merkte eveneens op dat het de vraag is of aanvulling van de regels met betrekking tot de taakvervulling van het toezichthoudend orgaan in sectorspecifieke wetgeving in overeenstemming is met de doelstelling van het (voor)ontwerp namelijk het bieden van een heldere uniforme regeling. Reactie ZIFO 6 mei 2014, p. 2-3. In de uiteindelijke MvT btrp is de passage dat in sectorale wetgeving kan worden voorgeschreven dat het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van haar taak specifiek acht moet slaan op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen, weggelaten.

*Inhoud publiek belang*

Niet altijd is duidelijk wat het publieke belang inhoudt en welk gewicht hieraan moet worden toegekend.<sup>16</sup> Het “publieke belang” of de “publieke taak” is geen eenvormig begrip.<sup>17</sup> Op sectorniveau worden publieke belangen echter soms concreter omschreven, zoals het belang van goed en toegankelijk onderwijs, het belang van goede, bereikbare en betaalbare zorg of het belang dat er voldoende betaalbare woningen beschikbaar zijn voor mensen met een bescheiden inkomen. Het betrokken maatschappelijke belang kan als gezegd ook genoemd en eventueel verduidelijkt worden in het statutaire doel van de semipublieke instelling.

*Norminstructie in sectorwetten*

Op dit moment is in bepaalde sectorwetgeving, in ieder geval voor woningstichtingen, een specifieke norminstructie opgenomen voor de raad van toezicht. Ten aanzien van woningstichtingen bepaalt artikel 31 Woningwet, na de algemene taakomschrijving van de raad van toezicht: “Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de toegelaten instelling en de door haar in stand gehouden onderneming, *naar het te behartigen maatschappelijke belang* en naar het belang van de betrokken belanghebbenden.” Volgens de MvT bij de Woningwet wordt hiermee een bijzondere nadruk gelegd op het maatschappelijke belang.<sup>18</sup>

Zoals gezegd meen ik dat deze bepaling in de Woningwet overbodig is, omdat het maatschappelijk belang, evenals de overige betrokken belangen, is verdisconteerd in “het belang van de stichting en de met de stichting verbonden onderneming of organisatie”.<sup>19</sup> Bovendien blijkt dit maatschappelijke belang mijns inziens uit de doelstelling van de woningstichting.<sup>20</sup> Ik meen dat doelgerichtheid een duidelijker norminstructie oplevert dan dat in sectorregels het “maatschappelijk belang” als richtsnoer wordt genoemd.

Een bepaling zoals de bepaling die is opgenomen in de Woningwet, is bovendien verwarrend en kan er toe leiden dat discussie ontstaat hoe deze specifieke norm zich verhoudt tot de interne aansprakelijkheidsregeling van

---

16. Zie ook Overes 2013. Zij geeft aan dat er door de rechter geen objectieve criteria aan “het publieke belang” kunnen worden ontleend bij de toetsing naar de vraag of de toezichthouder zijn taak behoorlijk heeft vervuld. Zie voorts Houwen 2016.

17. Helder 2014, p. 36-42.

18. *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 769, nr. 3, p. 48.

19. Zie ook Overes 2016, p. 58 en 59.

20. Dat wil zeggen: de doelstelling in ruime zin. Het stichtingsdoel kan bijvoorbeeld mede blijken uit de statutaire naam van de stichting (zie ook par. 4.3).



Boek 2 BW (artikel 2:9 BW). Daarin wordt gesproken over behoorlijke vervulling van de taak. Is dat de algemene wettelijke taak of de in sectorwetgeving opgenomen algemene taak?<sup>21</sup>

Ik meen dat de algemene taakstelling en de algemene norminstructie van de raad van toezicht in Boek 2 BW thuishoren en niet in sectorwetgeving. Dit laat onverlet dat de algemene toezichthoudende taak evenals de algemene wettelijke bevoegdheden vervolgens uitgewerkt kunnen worden in sectorregels of in een sectorcode.<sup>22</sup> Een stichting kan ook in haar statuten, reglementen of verslagen een verwijzing naar het maatschappelijk belang of haar maatschappelijke verantwoordelijkheid opnemen. Zo is in het jaarverslag van het Rijksmuseum te lezen dat de raad van toezicht zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie, waarbij hij rekening houdt met het feit dat de organisatie een instelling is met een bijzondere maatschappelijke verantwoordelijkheid.

#### 6.2.5 *De aan de stichting verbonden onderneming*

##### *Vennootschapsbelang*

Wat betreft vennootschappen heeft de Hoge Raad in de Cancun-beschikking overwogen dat, indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het vennootschapsbelang in de regel vooral wordt bepaald door het bevorderen van het bestendige succes (de continuïteit) van de onderneming. Als een vennootschap een onderneming heeft, hebben alle betrokkenen immers een gedeeld belang bij het succes van de onderneming op lange termijn.<sup>23</sup>

Aan beursvennootschappen is doorgaans een (grote) onderneming verbonden. De NCGC bepaalt voor beursvennootschappen dat het bestuur zich richt op de lange termijn waardecreatie van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Niet alle vennootschappen hebben echter een (grote) onderneming.<sup>24</sup> Waar aan de ene kant van het spectrum de (beurs)vennootschap met een wijd verspreid aandelenbezit staat, staat aan de andere kant de vennootschap die te maken heeft met besloten verhoudingen. In het geval van een kleine BV met een beperkt aantal aandeelhouders zal het vennootschappelijk belang dichter

---

21. Reactie ZIFO 6 mei 2014, p. 2-3. “Toevoeging van het maatschappelijk belang als richtsnoer zou bovendien kunnen leiden tot een ontwikkeling dat de overheid van besturen en raden van toezicht verlangt dat zij het overheidsbeleid als richtsnoer nemen. Dit kan gemakkelijk tot onwerkbaar situaties leiden omdat het belang van de rechtspersoon niet met het overheidsbeleid hoeft samen te vallen.”

22. Zie ook Houwen 2016.

23. De Jongh 2014, p. 481 e.v. en 550.

24. Een holdingvennootschap hoeft geen eigen onderneming te hebben. De continuïteit van de onderneming van de holdingvennootschap speelt in dat geval niet, maar relevant is wel het belang van de groep waartoe de vennootschap behoort (Dortmond in Handboek NV en BV 2013, nr. 231).

## HOOFDSTUK 6

liggen bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers en maatschappelijke belangen, aldus de MvT bij de Wet Flex BV.<sup>25</sup> Bij vennootschappen met een kleine onderneming en weinig andere belanghebbenden dan aandeelhouders kan gezegd worden dat het belang van de vennootschap grotendeels parallel loopt aan het belang van de aandeelhouder(s).

### *Stichtingsbelang*

Stichtingen kunnen een onderneming hebben, in welk geval net als bij vennootschappen, continuïteit van de onderneming een factor is die door het bestuur en het interne toezichthoudende orgaan meegewogen moet worden. Een kenmerk van de stichting is echter dat de stichting een doelgebonden vermogen heeft en ik meen dat ook de onderneming van de stichting primair dienstbaar zou moeten zijn aan het bereiken van het stichtingsdoel.

Net als bij kapitaalvennootschappen, kan bij stichtingen gezocht worden naar een gezamenlijk belang van alle betrokkenen. Ik meen dat voor stichtingen geldt dat het gezamenlijk belang van alle betrokkenen in feite is: het verwezenlijken van het stichtingsdoel. Een stichting heeft succes als zij slaagt in het zo goed mogelijk bereiken van haar doelstelling met het vermogen dat zij voor dat doel tot haar beschikking heeft.

### *Stichtingen met en zonder onderneming*

Over vennootschappen werd reeds opgemerkt dat naarmate in een concreet geval bij een rechtspersoon minder in aanmerking te nemen belangen betrokken zijn (bijvoorbeeld bij vennootschappen met één aandeelhouder en/of een kleine onderneming zonder werknemers), het belang van de vennootschap in sterkere mate bepaald wordt door het aandeelhoudersbelang.

Stichtingen kunnen een zuiver privaat doel hebben. Bijvoorbeeld een stichting die is opgericht om een landgoed in stand te houden ten behoeve van een bepaalde familie. Het belang van deze stichting kan dan nagenoeg samenvallen met het belang van de familie, zoals verwoord in de stichtingsdoelstelling.

Stichtingen waaraan een onderneming is verbonden kunnen werknemers in dienst hebben en kunnen bijvoorbeeld een huurcontract voor bedrijfsruimte hebben gesloten.<sup>26</sup> De onderneming van de stichting is naar mijn mening primair dienstbaar aan het bereiken van het stichtingsdoel. Net als bij een NV of BV met een onderneming hebben bepaalde belanghebbenden, zoals werknemers en leveranciers, belang bij de continuïteit van de met de stichting verbonden onderneming. Dit belang kan onder omstandigheden zwaar meewegen. Hiervoor

---

25. *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 3.

26. Zie bijvoorbeeld een stichting, die een buurtrestaurant exploiteerde en bedrijfsruimte had gehuurd in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1 augustus 2012, *RO* 2012/72.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

in paragraaf 6.2.3. en paragraaf 5.3.3. werd het voorbeeld genoemd van een stichting die als doel heeft: het bestrijden van een bepaalde ziekte, terwijl die ziekte zich niet meer voordoet. Een dergelijke stichting kan een zorgonderneming hebben en artsen in dienst hebben, die ook andere ziekten kunnen bestrijden. Het bestuur en de raad van toezicht zullen na moeten gaan of en hoe het doel gewijzigd kan worden. Als het doel aangepast kan worden, kunnen de artsen mogelijk in dienst van de stichting blijven. In sommige gevallen is dat wellicht niet mogelijk en moet de stichting ontbonden worden, waardoor de onderneming wordt gestaakt en de artsen hun baan verliezen.

### *Geüniformeerde norminstructie?*

Zoals aangegeven is in het Wetsvoorstel btrp voorgesteld om niet alleen de taak maar ook de norminstructie voor het bestuur en de raad van commissarissen (waaronder de raad van toezicht) van alle rechtspersonen te uniformeren. Deze norminstructie houdt in dat de raad van toezicht zich dient te richten naar het belang van de stichting. De voorgestelde uniforme norminstructie zal gaan gelden voor *alle soorten stichtingen*. Ik meen dat een dergelijke algemene norm niet tot problemen hoeft te leiden. De algemene normstelling voor leden van het bestuur en de raad van toezicht geeft mijns inziens voldoende ruimte om bij de invulling van die norm (de afweging van de betrokken belangen) rekening te houden met de verschillen tussen stichtingen onderling.<sup>27</sup>

Bij stichtingen met een private doelstelling zonder onderneming (en zonder werknemers) zal het belang van de stichting vaak samenvallen met het belang zoals dat uit het stichtingsdoel voortvloeit, maar de algemene omschrijving staat hieraan niet in de weg.

### 6.2.6 *Wettelijke mogelijkheden van belanghebbenden*

#### *Betrokkenheid bij de organisatie van de stichting en institutionele betrokkenheid*

Belanghebbenden bij een rechtspersoon kunnen worden gecategoriseerd langs de lijnen van betrokkenheid bij de organisatie (artikel 2:8 BW). Dat wil zeggen:

- (1) belanghebbenden die vallen binnen de kring van artikel 2:8 lid 1 BW en in de organisatie van een rechtspersoon zijn verenigd (intern belanghebbenden), zoals leden van organen en de ondernemingsraad; en
- (2) belanghebbenden die buiten die kring vallen en in die zin derden zijn (extern belanghebbenden) in welke verhouding hoe dan ook artikel 6:162 BW van toepassing is (maar niet ook artikel 2:8 BW), zoals werknemers, crediteuren en begunstigen.<sup>28</sup>

---

27. Zie ook Van Veen 2017.

28. Assink 2015.

## HOOFDSTUK 6

Intern belanghebbenden kunnen weer onderscheiden worden in institutioneel betrokkenen (leden van stichtingsorganen) en anderen. Dergelijke onderscheid is echter in beperkte mate relevant voor de raad van toezicht. De raad van toezicht dient immers alle betrokken interne en externe belangen bij de uitoefening van zijn taak mee te wegen. Het onderscheid heeft wel relevantie voor de wettelijke middelen die de desbetreffende belanghebbenden hebben om actie te ondernemen indien bestuurders en/of toezichthouders naar hun mening onvoldoende functioneren of handelen in strijd met het stichtingsbelang.

### *Kwalificatie als belanghebbende in verband met wettelijke acties*

Sommige belanghebbenden hebben wettelijke middelen tot hun beschikking staan, zoals het via de rechter vorderen van ontslag van stichtingsbestuurders in geval van wanbeheer (artikel 2:298 BW), het vorderen van ontbinding van de stichting (artikel 2:21 BW), maar ook vernietiging van besluiten van het bestuur en de raad van toezicht (artikel 2:15 BW). Zoals ook in de literatuur wordt opgemerkt is de vraag wie belanghebbenden bij de stichting zijn afhankelijk van de wetbepaling waarop een beroep gedaan wordt.<sup>29</sup>

### *Belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW*

Op grond van artikel 2:298 BW kan een belanghebbenden via de rechter ontslag van stichtingsbestuurders vorderen. In het Wetsvoorstel btrp is mijns inziens terecht voorgesteld dat niet alleen ontslag van bestuurders maar ook van leden van de raad van toezicht via de rechter kan worden bewerkstelligd (artikel 2:298 Wetsvoorstel btrp). Bij de beantwoording van de vraag of iemand als belanghebbende in de zin van artikel 2:298 BW kan worden aangemerkt speelt een rol in hoeverre hij (a) door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij mag opkomen om dit belang te beschermen, of (b) anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.<sup>30</sup>

In de rechtspraak worden (rechts)personen binnen de organisatie van de stichting (leden van stichtingsorganen) aangemerkt als belanghebbenden, maar ook de stichting zelf en onder omstandigheden ook een voormalig bestuurder van

---

29. Zie ook Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 10.3.3.

30. HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486 en *JOR* 2003/161 met noot Josephus Jitta (Scheipar), HR 10 november 2006, *NJ* 2007/45 met noot Maeijer, *JOR* 2007/6 met noot Schmieman en *Ondernemingsrecht* 2007/37 met noot Rensen (Stichting IHD) en HR 29 juni 2007, LJN: AZ7705. Zie hierover ook MvT btrp, p. 35.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

de stichting.<sup>31</sup> Als belanghebbenden in de zin van artikel 2:298 BW komen voorts in aanmerking: degenen die op grond van het stichtingsdoel uitkeringsgerechtigd zijn en overheidsinstanties, zoals een gemeente die de stichting subsidie heeft verleend. Zoals gezegd kan uit het stichtingsdoel niet altijd concreet worden afgeleid wie als begunstigen kunnen worden aangemerkt. Mede in verband met mogelijke discussies hierover en onzekerheid wie een vordering tot ontslag kunnen indienen, kan het van belang zijn het stichtingsdoel zo veel mogelijk te concretiseren.

In de MvT btrp bij het nieuwe voorgestelde artikel 2:298 BW wordt opgemerkt dat, naar aanleiding van misstanden bij stichtingen die actief zijn in semipublieke sectoren, de vraag is gesteld of de Staat in een ontslagprocedure als belanghebbende kan worden aangemerkt. Volgens de MvT btrp is in dat kader van belang dat in gevallen waarin sprake is van een financieringsrelatie tussen de Staat en de stichting, de Staat in zijn belangen kan worden geraakt wanneer de stichtingsbestuurder het belang van de stichting schaadt. De MvT btrp vervolgt dat de Staat mogelijk ook vanwege zijn stelselverantwoordelijkheid als belanghebbende kan worden aangemerkt; dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een stichting die actief is in de onderwijssector.<sup>32</sup>

Degenen die niet een aantoonbare relatie met de stichting hebben (bijvoorbeeld als financier, als uitkeringsgerechtigde of (ex)lid van een stichtingsorgaan), zullen niet snel door de rechter als belanghebbende worden aangemerkt. In een uitspraak van het Hof Den Haag inzake Stichting ANV werd een persoon die niet bestuurder bij Stichting ANV zelf, maar bij een gelieerde vereniging (Vereniging ANV) was geweest niet aangemerkt als belanghebbende van Stichting ANV in de zin van artikel 2:298 BW.<sup>33</sup> Stichting ANV was opgericht door Vereniging ANV met als doel de fondsen van Vereniging ANV te gaan beheren. Stichting ANV en Vereniging ANV waren met elkaar verbonden middels een gedeeltelijke personele unie van bestuurders, beide rechtspersonen stonden op hetzelfde adres ingeschreven. Een oud-bestuurder van Vereniging ANV, die geen bestuurder van Stichting ANV was geweest, wilde via een procedure het bestuursbeleid inzake de vergoedingen van Stichting ANV aan Vereniging ANV aan de orde stellen. Het Hof overwoog dat artikel 2:298 BW een bepaling is die buitengewoon zwaar ingrijpt in (de governance van) de

---

31. Wat betreft een voormalige bestuurder van de stichting overweegt de Hoge Raad in het *Stichting IHD*-arrest dat een dergelijke persoon belanghebbende is als de feiten, op basis waarvan een beroep op artikel 2:298 BW kan worden toegewezen, zijn voorgevallen tijdens zijn bestuursperiode en het verzoek binnen redelijke termijn na het einde van zijn bestuursfunctie is ingediend.

32. MvT btrp, p. 35.

33. Hof Den Haag 25 april 2017, *RO* 2017/54 (Stichting ANV).

## HOOFDSTUK 6

stichting aangezien dit er toe kan leiden dat het bestuur ontslagen en vervangen wordt. Om een dergelijk verzoek in te kunnen stellen en als belanghebbende aangemerkt te kunnen worden, is volgens het Hof een nauwere betrokkenheid noodzakelijk dan de betrokkenheid die de oud-bestuurder van Vereniging ANV bij het bestedingsbeleid van Stichting ANV heeft getoond.

### *Belanghebbende in de zin van andere wetsartikelen*

Belanghebbenden kunnen bij de rechter een vordering tot ontbinding van de stichting wegens overtreding van het uitkeringsverbod en/of ledenverbod indienen (artikel 2:21 BW). Onder meer uit de hiervoor genoemde uitspraak van Stichting ANV volgt dat ook bij een beroep op dit wetsartikel een persoon kan worden aangemerkt als belanghebbende als hij door de uitkomst van de procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij mag opkomen om dit belang te beschermen, of anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.

Een andere grond waarop belanghebbenden een beroep kunnen doen is vernietiging van besluiten van stichtingsorganen op grond van artikel 2:15 BW wegens: (a) strijd met de wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen; (b) strijd met de redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geëist; of (c) strijd met een reglement.<sup>34</sup> Een dergelijke vernietiging dient in rechte gevorderd te worden door iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen (dus: de verplichting die voortvloeit uit de wet, de statuten, het reglement of de redelijkheid en billijkheid). Wat betreft de vernietigingsgrond ‘strijd met redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 BW wordt geëist’ komt volgens de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking dat het moet gaan om strijd met de redelijkheid en billijkheid in *interne verhoudingen* binnen de rechtspersoon. Een redelijk belang van een eisende partij is slechts dan aanwezig indien hij door niet-nakoming van de verplichting in een *eigen belang* is of dreigt te worden geschaad.<sup>35</sup> Degenen die deel uitmaken van een stichtingsorgaan, die institutioneel zijn betrokken, worden mogelijk eerder dan “derden” aangemerkt als belanghebbenden.<sup>36</sup>

34. Volgens Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 94 kan hieraan worden toegevoegd: wegens een wilsgebrek of wegens benadeling van crediteuren.

35. Het stichtingenrecht bevat overigens nog een bijzondere grond voor vernietiging van een besluit tot statutenwijziging indien de wijziging tot gevolg heeft dat de stichting kan worden ontbonden (artikel 2:295 BW). Hierbij wordt artikel 2:15 BW, en daarmee ook de invulling van het begrip belanghebbende, van toepassing verklaard.

36. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/316. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de ondernemingsraad belanghebbende kan zijn. In ieder geval biedt de WOR een bijzondere rechtsgang ten aanzien van bepaalde besluiten. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/316.

6.2.7 *Botsende belangen en afweging van belangen*

Bij de vervulling van hun taak dienen leden van de raad van toezicht, evenals bestuurders, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de verschillende bij de stichting betrokken belanghebbenden.<sup>37</sup> Gezegd kan worden dat de raad van toezicht er juist is voor alle bij de stichting betrokken belanghebbenden.

Bij de stichting kan, evenals bij andere rechtspersonen, sprake zijn van een samenloop van verschillende belangen, zoals: de belangen van donateurs, van schuldeisers, van werknemers en van vrijwilligers.<sup>38</sup> De raad van toezicht dient in verband met de uitoefening van zijn taak na te gaan welke belangen in het algemeen of in een concreet geval betrokken zijn en dient steeds af te wegen welk belang in een concreet geval de doorslag geeft.

*Geen hiërarchie*

In de literatuur wordt opgemerkt dat er geen sprake is van een dwingende hiërarchie tussen de genoemde belangen.<sup>39</sup> Evenmin zal standaard sprake zijn van een tegenstelling tussen één of meer betrokken belangen. Zowel de belangen van degenen die bij de organisatie zijn betrokken (de interne belangen) als de externe belangen dienen meegewogen te worden.

Als een raad van toezicht is ingesteld, is één van zijn taken om vast te stellen welke belangen betrokken zijn. Vervolgens dient de raad in een concreet geval alle relevante belangen tegen elkaar af te wegen. Een lastige vraag daarbij is welk belang in welk geval voorrang krijgt. Belangen kunnen onderling botsen, bijvoorbeeld bij een stichting administratiekantoor, waar de (economische) belangen van certificaathouders en het belang van de vennootschap waarin de stichting aandelen houdt kunnen conflicteren. Een ander voorbeeld is een pensioenfonds: de belangen van verschillende betrokkenen bij een pensioenfonds (gepensioneerden, werknemers en werkgever) kunnen botsen wanneer het pensioenfonds tekorten moet alloceren. De pensioenfondsbestuurders en interne toezichthouders dienen in dat geval de belangen van de werkgever, werknemers en de gepensioneerden tegen elkaar af te wegen.<sup>40</sup>

---

37. De zorgvuldigheidsverplichting van bestuurders kan, blijkens de Cancun-beschikking (HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, r.o. 4.2.2), worden gebaseerd op de norm van redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW maar ook op het richtsnoer van het vennootschapsbelang en beginselen van behoorlijk bestuur (artikel 2:9 BW).

38. Zie ook MvT btrp, p. 5.

39. Assink 2015. Dit strookt volgens Assink ook i) met de primaire gerichtheid op het succes van de onderneming (waarin het collectief van de betrokken belangen in wezen samenkomt) en (ii) met de realiteit dat de telkens wisselende omstandigheden van het geval steeds moeten worden betrokken in de juridische analyse.

40. Zie hierover Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.

## HOOFDSTUK 6

### *Belangen verdisconteren in governancestructuur*

Verschillende belangen kunnen worden verdisconteerd in de governancestructuur van de stichting.<sup>41</sup> Indien van tevoren duidelijk is dat bepaalde belangen uiteen lopen of voorzienbaar is dat bepaalde belangen onderling kunnen botsen, kunnen aan de verschillende belanghebbendengroepen benoemingsrechten of voordrachtsrechten ten aanzien van het bestuur en/of de raad van toezicht worden verleend. Ook kunnen goedkeuringsrechten of, in het geval van werknemers of cliënten van een zorginstelling, medezeggenschapsrechten worden verleend ten aanzien van besluiten van het bestuur en/of de raad van toezicht.

Bij sommige soorten pensioenfondsen zijn de belangen van de werkgever, werknemers en de gepensioneerden rechtstreeks vertegenwoordigd in het bestuur.<sup>42</sup> De invloed van deze belanghebbenden kan echter ook “over de band van” de raad van toezicht lopen. Het feit dat een lid van de raad van toezicht is benoemd door of op voordracht van een belanghebbende of een belanghebbendenorgaan betekent overigens niet dat dit lid slechts de belangen van zijn “eigen achterban” mag betrekken; het dient zijn taak te vervullen “zonder last of ruggespraak” (zie hierover de volgende paragraaf 7.3.2).

### *Afweging van belangen; risicofactoren*

Bij ieder soort stichting zijn verschillende soorten belangen betrokken. Zoals gezegd hangt het af van de omstandigheden van het geval welk belang in welk geval de doorslag geeft. In verband met de invulling van de toezichthoudende taak en de afweging van betrokken belangen zal hierna in kaart gebracht worden waarin stichtingen zich onderling van elkaar onderscheiden: welke belangen spelen bij welk type stichting en wanneer, in welke omstandigheden, moet met een bepaald belang in het bijzonder rekening worden gehouden? Nagegaan wordt welke elementen een “risico” voor de stichting en daarmee voor de betrokken belanghebbenden kunnen vormen waarmee de raad van toezicht in het bijzonder rekening dient te houden.

#### 6.2.8 *Samenvatting en conclusies*

Het Wetsvoorstel btrp legt vast wat nu reeds op grond van rechtspraak en ongeschreven recht geldt, te weten: bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie.

---

41. Zie in dezelfde lijn voor vennootschappen: Timmerman 2009.

42. Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.



## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Bij een stichting zijn in ieder geval betrokken: de belangen van de oprichters, de begunstigen en de vermogensverstrekkers van de stichting. Het belang van de oprichter(s) blijkt mijns inziens uit het stichtingsdoel: het stichtingsdoel bevat de geobjectiveerde wil van de oprichter. Ook de belangen van de begunstigen en vermogensverstrekkers zijn gerelateerd aan of vloeien voort uit het stichtingsdoel.

Sommige stichtingen, waaronder in ieder geval semipublieke instellingen, dienen eveneens het “maatschappelijk belang” in acht te nemen. Bij semipublieke instellingen zal het statutaire doel (mede) het maatschappelijke element omvatten, bijvoorbeeld het verlenen van patiëntenzorg of het verzorgen van onderwijs. Het is dan ook overbodig en verwarrend om in sectorregels het maatschappelijk belang als aanvullend richtsnoer te noemen. De algemene taakstelling en norminstructie van (bestuurders en) leden van de raad van toezicht hoort thuis in Boek 2 BW en niet in sectorwetgeving.

Ook voor stichtingen met een onderneming geldt mijns inziens dat bestuurders en leden van de raad van toezicht zich primair dienen te richten op de verwezenlijking van het stichtingsdoel. Stichtingen waaraan een onderneming is verbonden kunnen werknemers in dienst hebben en bijvoorbeeld een huurcontract voor bedrijfsruimte hebben gesloten. De onderneming is naar mijn mening primair dienstbaar is aan het bereiken van het stichtingsdoel. Een werknemer of contractant heeft belang bij de continuïteit van de met de stichting verbonden onderneming, welk belang onder omstandigheden zwaar kan meewegen, bijvoorbeeld bij de vraag of het stichtingsdoel aangepast moet worden aan gewijzigde omstandigheden.

Voor iedere stichting geldt mijns inziens dat het stichtingsbelang primair wordt bepaald door de statutaire doelstelling. Doelverwezenlijking zou je het gedeelde belang van de betrokkenen bij de stichting en het succes van de stichting kunnen noemen.

De uniforme norminstructie die is voorgesteld in het Wetsvoorstel btrp zal gaan gelden voor bestuurders en leden van de raad van toezicht van alle soorten stichtingen, maar geeft voldoende ruimte om bij de invulling van die norm (de afweging van de betrokken belangen) rekening te houden met de verschillen tussen stichtingen onderling. Zo zal bij stichtingen met een private doelstelling zonder onderneming, het belang van de stichting vaak samenvallen met de belangen die voortvloeien uit het statutaire doel (de belangen van de begunstigen). Zo zal bij een familiestichting zonder onderneming het belang van de stichting samenvallen met het belang van de desbetreffende familie. De algemene omschrijving staat hieraan niet in de weg.

## HOOFDSTUK 6

Belanghebbenden kunnen op verschillende manieren worden gecategoriseerd. In verband met de wettelijke mogelijkheden van belanghebbenden, hangt de vraag wie als belanghebbende kan worden aangemerkt af van de bepaling waarop een beroep gedaan kan worden. Voor een aantal wetsartikelen, zoals artikel 2:298 BW, is van belang dat de betrokkene in een eigen belang kan worden geraakt.

Het feit dat verschillende uiteenlopende belangen behartigd moeten worden heeft gevolgen voor de wijze waarop de raad van toezicht zijn taak vervult. Indien van tevoren duidelijk is dat bepaalde belangen uiteen lopen of voorzienbaar is dat bepaalde belangen onderling kunnen botsen, bijvoorbeeld bij een pensioenfonds of bij een stichting administratiekantoor, kunnen aan de verschillende belanghebbendengroepen benoemingsrechten of voordrachtsrechten ten aanzien van bestuurders en/of leden van de raad van toezicht worden verleend. In sommige gevallen kunnen ook goedkeuringsrechten of adviesrechten aan bepaalde groepen belanghebbenden worden gegeven.

### 6.3 Voorbeelden van typen stichtingen en de rol van de raad van toezicht bij die typen

#### 6.3.1 *Inleiding*

De concrete inhoud van de toezichthoudende taak van leden van de raad van toezicht van een stichting hangt af van verschillende factoren, waarbij relevant is welke verschillende belangen bij de stichting zijn betrokken. Bij de onderscheiding (typering) van verschillende soorten stichtingen en de bij de soort stichting betrokken belangen kan ten eerste gekeken worden naar het doel en de werkzaamheden van de stichting. In welke branche opereert zij? Spelen publieke belangen een rol? Voorts kan bekeken worden hoe het vermogen is opgebouwd. Hoe ziet de balans er uit? Is het vermogen van de oprichter zelf afkomstig en/of van derden en is dit mede van de overheid afkomstig (publiek geld)? Relevant is ook of de stichting een onderneming heeft en wat daarvan de omvang is. Hoe ziet de totale organisatie en groep waartoe de stichting behoort er uit?

Hierna zullen voorbeelden van categorieën van stichtingen worden opgesomd waarbij zal worden beschreven wat zij gemeen hebben. Nagegaan wordt of en waarom in sectorregels voor bepaalde soorten stichtingen een raad van toezicht wordt voorgeschreven.

6.3.2 *Voorbeelden van stichtingen met verschillende doelstellingen:  
privaat, maatschappelijk en/of (semi-)publiek*

Stichtingen kunnen worden onderscheiden aan de hand van hun doel en werkzaamheden. Een stichting kan een privaat doel en/of een maatschappelijk doel en/of (semi)publiek doel hebben.

Stichtingen met een private doelstelling kunnen ook besloten stichtingen genoemd worden: de statuten kunnen bewerkstelligen dat sprake van besloten verhoudingen doordat de groep van begunstigden concreet en besloten is. Er zijn talloze voorbeelden te bedenken van stichtingen met private of particuliere doelstellingen. Een voorbeeld dat hierna zal worden uitgewerkt is de “familie-stichting” die vermogen voor een bepaalde met name genoemde familie beheert. Een ander voorbeeld van een stichting met een privaat doel is de “stichting continuïteit”, die kan worden ingezet voor een bepaalde beursgenoteerde vennootschap teneinde de continuïteit van deze vennootschap te waarborgen en de vennootschap zo nodig te beschermen tegen vijandige overnames. Ook een zogenoemde “vriendenstichting” heeft doorgaans een particulier doel, bijvoorbeeld een vriendenstichting die behoort bij een bepaalde schoolvereniging en is opgericht om middels vrijwillige bijdragen en giften van de ouders die school financieel te ondersteunen. Een bijzonder soort stichting die een private doelstelling heeft is de claimstichting die apart aan de orde komt.

Bij stichtingen die kwalificeren als semipublieke instelling zijn publieke belangen betrokken (zie ook paragraaf 2.2). Hierna zullen, aan de hand van een aantal voorbeelden, categorieën van stichtingen met verschillende soorten doelstellingen omschreven worden. Overigens is het onderscheid tussen stichtingen met private, maatschappelijke en (semi) publieke doelen niet altijd zuiver te maken: een familiestichting kan bijvoorbeeld een gemengd privaat/publiek doel hebben.<sup>43</sup> Steeds zal worden nagegaan of en, zo ja, om welke reden een raad van toezicht voor een bepaald soort stichting verplicht gesteld is of door een brancheorganisatie geadviseerd wordt.

*Familiestichtingen*

Een familiestichting heeft een particuliere, aan het belang van de familie gerelateerde doelstelling, bijvoorbeeld het beheren en in stand houden van een familielandgoed dat in eigendom aan de stichting is overgedragen of het beheren van een studiefonds voor familieleden. Aan de familie kan overwegende invloed worden gegeven in de statuten, bijvoorbeeld door te bepalen dat slechts familieleden bestuurder van de stichting kunnen zijn of dat bestuurders worden benoemd en ontslagen door familieleden.

---

43. Waaijer-Linders 2010.

Voor familiestichtingen is het instellen van een raad van toezicht geen verplichting, maar in de statuten kan vrijwillig een raad van toezicht worden ingesteld. Een reden daarvoor kan zijn dat de familie bepaalde kennis en expertise via de raad van toezicht wil “binnen halen”, zodat het bestuur kan “klankborden” met leden van de raad van toezicht die ervaring of kennis hebben op een bepaald gebied. De rol van de raad van toezicht is in dat geval voornamelijk een adviesrol.<sup>44</sup> Indien de familie zelf de zeggenschap over de stichting wil behouden zal aan een raad van toezicht die uit derden (niet-familieleden) bestaat, niet de bevoegdheid worden toegekend om bestuurders te benoemen en te ontslaan.

Familieleden kunnen echter ook besluiten zelf de raad van toezicht te gaan vormen en een derde tot bestuurder benoemen, die bijvoorbeeld tot taak heeft het landhuis te verhuren en de administratie te verzorgen. Een dergelijke raad van toezicht zal zichzelf juist veel macht geven; zij zien de stichting immers als *hun stichting*. De bevoegdheden van een dergelijke raad van toezicht kunnen inhouden: de bevoegdheid om bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan, maar ook de bevoegdheid om transacties goed te keuren, zoals het doen van grotere uitgaven en het tekenen van bepaalde contracten.

#### *Claimstichtingen*<sup>45</sup>

Een claimstichting is een stichting die op grond van haar statuten collectieve belangenbehartiging ten doel heeft. Een dergelijke stichting kan op grond van artikel 3:305a lid 1 BW rechtsvorderingen instellen ten behoeve van een groep (rechts)personen die onderling gelijksoortige belangen hebben, bijvoorbeeld ten behoeve van gedupeerden die zich bij de stichting hebben aangemeld. Blijkens onderzoek is er een behoorlijk aantal claimstichtingen actief, waarbij

---

44. Schwarz beschrijft – enigszins vergelijkbaar – de rol van de raad van commissarissen van een familievennootschap. De raad van commissarissen van een familievennootschap heeft doorgaans een bescheidener, meer adviserende rol dan bijvoorbeeld de raad van commissarissen van een beursgenoteerde vennootschap. In het geval van een familievennootschap speelt bovendien mee dat commissarissen soms toezicht houden op bestuurders (familieleden) die tevens aandeelhouder zijn en het dus in hun macht hebben om de commissarissen te ontslaan. Dat maakt de commissarissen volgens Schwarz “schijnboksers” (Schwarz 2013, p. 189).

45. Een ander voorbeeld van de stichting die optreedt voor een bepaalde groep belanghebbenden, is de collectieve beheersorganisatie (CBO). Een CBO is een stichting die namens kunstenaars, producenten en makers van andere door auteursrechten beschermde werken en prestaties, belast is met het beheer van auteursrechten. Voor CBO’s gelden de Richtlijnen Goed Bestuur en Integriteit en geldt de Wet toezicht en geschillenbeslechting collectieve beheersorganisaties auteurs- en naburige rechten (WTCBO). De CBO zal hier niet verder uitgewerkt worden.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

in een aantal gevallen ophef is ontstaan over het feit dat sommige claimstichtingen onvoldoende maatregelen hebben getroffen om misbruik van de bijdragen (inschrijfgelden) van gedupeerden/deelnemers en belangenverstremgeling van bestuurders van de claimstichtingen te voorkomen.<sup>46</sup> Claimstichtingen beschikken soms over grote bedragen die zij van de gedupeerden waarvoor zij optreden hebben ontvangen. In de politiek en in de literatuur werd opgemerkt dat lang niet altijd sprake is van interne controle van of toezicht op bestuurders van claimstichtingen hetgeen misbruik in de hand kan werken.<sup>47</sup>

In 2011 werd door de Commissie Claimcode een vorm van zelfregulering gepresenteerd: de Claimcode. Volgens de Claimcode dient een claimstichting een bestuur te hebben dat uit ten minste drie natuurlijke personen bestaat en dient de stichting vertegenwoordigd te worden door twee gezamenlijk handelende bestuurders. Bovendien dient een claimstichting volgens de principes van de Claimcode een raad van toezicht in te stellen die eveneens uit ten minste drie natuurlijke personen bestaat en die besluiten “die mogelijk ingrijpend zijn voor de stichting en haar belanghebbenden” moet goedkeuren. Voor kleine claimstichtingen (dat wil zeggen: claimstichtingen met een kleiner vermogen)<sup>48</sup> geldt een uitzondering: zij hoeven geen raad van toezicht in te stellen.

De Claimcode heeft echter geen formeel juridische status. Uit onderzoek blijkt dat lang niet alle claimstichtingen de Claimcode toepassen.<sup>49</sup> Sommige claimstichtingen hebben alleen een bestuur dat slechts uit één persoon bestaat, waardoor het risico bestaat dat namens de stichting financieel nadelige transacties (in strijd met het doel) worden verricht, die slechts ten doel hebben om de enig bestuurder te verrijken.<sup>50</sup>

---

46. Rapport Claimcode 2016, Bauw & Van der Linden 2016, Arons 2017 en Nijland & Ohmann 2016.

47. Lemstra & Okhuijsen 2010.

48. Een stichting wordt voor de toepassing van de Claimcode als klein aangemerkt indien (i) zij maximaal 1000 deelnemers heeft, (ii) de gemiddelde schade per individu maximaal 1000 euro bedraagt, en (iii) de gevraagde bijdrage van de deelnemers maximaal 100 euro bedraagt, p. 5 Claimcode.

49. Rapport Claimcode 2016 en Arons 2017. In 2013 werd het huidige lid 2 aan artikel 3:305a BW toegevoegd op grond waarvan een vordering van een claimstichting niet ontvankelijk is als de belangen van de personen ten behoeve van wie zij is ingesteld onvoldoende gewaarborgd zijn. De Minister van Justitie zei naar aanleiding van Kamervragen dat de Claimcode als uitgangspunt kan dienen bij het bepalen of aan deze waarborg is voldaan. In de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant 29 juni 2016, *RF* 2016/83 (Stichting Renteswapschadeclaim) is daaraan gevolg gegeven en werd Stichting Renteswapschadeclaim in haar vordering in een collectieve actie niet ontvankelijk verklaard, mede omdat zij niet voldeed aan de eisen van de Claimcode.

50. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 31 januari 2017, *RO* 2017/39 (Stichting Loterijverlies).

Eind 2016 werd een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer waarin is voorgesteld om lid 2 van artikel 3:305a BW aan te vullen met een aantal bepalingen die thans in de Claimcode zijn opgenomen.<sup>51</sup> Onderdeel daarvan is de verplichting voor een claimstichting om een raad van toezicht in te stellen (of een bestuur bestaande uit uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders).<sup>52</sup> Bovendien dient de claimstichting een algemeen toegankelijke internetpagina te hebben, waarop onder meer te vinden zijn: de statuten van de stichting, de bestuursstructuur, de laatst vastgestelde jaarlijkse verantwoording op hoofdlijnen van het toezichthoudend orgaan over het uitgevoerde toezicht, het laatst vastgestelde bestuursverslag en de bezoldiging van bestuurders en leden van het toezichthoudend orgaan.

*Algemeen nut beogende instellingen (ANBI's)*

Stichtingen die zich richten op het algemeen nut kunnen de Belastingdienst verzoeken om aangemerkt te worden als algemeen nut beogende instelling (ANBI).<sup>53</sup> Daarmee genieten zij bepaalde belastingvoordelen op schenkingen en erfrechtelijke verkrijgingen. De Belastingdienst wil voorkomen dat het belastingvoordeel dat ANBI's genieten slechts aan particulieren toekomt en bijdraagt aan vermeerdering van het vermogen van die particulieren. Om die reden heeft de Belastingdienst een aantal voorwaarden voor ANBI's geformuleerd. Eén van die voorwaarden is dat de stichting uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen nut beoogt.<sup>54</sup> Het is ook mogelijk dat sprake is van een gecombineerde doelstelling, zoals het in stand houden van een familielandgoed of een kunstcollectie, die mede toegankelijk is voor publiek.<sup>55</sup> In de parlementaire toelichting wordt ook een stichting studiefonds genoemd. Een stichting studiefonds

51. *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 608, nr. 2.

52. Zie hierover ook *Kamerstukken II 2016-2017*, 34 608, nr. 3, p. 19.

53. In artikel 5b lid 3 AWR wordt opgesomd wat onder algemeen nut in de zin van dat artikel wordt verstaan. Een algemeen nut beogende instelling die zich uitsluitend of nagenoeg uitsluitend richt op cultuur, kan verzoeken tevens te worden aangemerkt als "culturele instelling". Een instelling die werkzaamheden verricht die gericht zijn op het bieden van volkshuisvesting kan slechts worden aangemerkt als ANBI indien zij op grond van artikel 19 Woningwet is toegelaten.

54. Artikel 5b AWR. Uit de toelichting op de ANBI-voorwaarden van de Belastingdienst blijkt dat met "uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen belang dienen" minimaal voor 90% wordt bedoeld.

55. Hoewel dit fiscaalrechtelijk mogelijk onaantrekkelijk is. Waaijer-Linders 2010. Zie ook *Kamerstukken I 2009-2010*, 31 930, D, p. 18, en *Kamerstukken I 2009-2010*, 31 930, F, p. 13-14.

voor familieleden zal niet als ANBI kwalificeren, omdat deze een “meer dan bijkomstig particulier belang beoogt”, aldus de toelichting bij de ANBI voorwaarden. De toelichting voegt daar echter aan toe dat als de groep van begunstigden van het studiefonds groot is, de stichting wellicht wel kan kwalificeren als een sociaal belang behartigende instelling (SBBI), een bijzonder soort ANBI.<sup>56</sup>

Bij ANBI's en SBBI's bestaat het risico dat het bestuur of anderen die het beleid bepalen zelf profiteren van het belastingvoordeel en dat dit voordeel niet aan “het algemeen nut” of het “sociale belang” ten goede komt. In het voorbeeld van het landgoed dat toegankelijk is voor het publiek mag het belastingvoordeel niet worden aangewend voor een uitbouw van het (niet-publiek toegankelijke) familiehuis dat op het landgoed staat. Om die reden stelt de Belastingdienst middels de ANBI-regels als eis dat de bestuurders of beleidsbepalers niet over het vermogen van de instelling mogen beschikken alsof het hun eigen vermogen is. Vanwege dit “beschikkingsmacht criterium” geldt als vereiste voor de governancestructuur dat: (1) het bestuur bestaat uit meerdere bestuurders; of (2) er een raad van toezicht of een ander orgaan wordt ingesteld dat toezicht houdt op het bestuur (of de enig bestuurder).

Een raad van toezicht is dus niet verplicht op grond van ANBI-regels. De Belastingdienst acht in verband met het risico dat een bestuurder of beleidsbepaler zelf profiteert van het belastingvoordeel interne controle door medebestuurders voldoende.<sup>57</sup> Wel moet de stichting op grond van de ANBI-regels bepaalde gegevens via internet openbaar maken: haar doelstelling, hoofdlijnen van het beleidsplan, namen en functies van de bestuurders, beloningsbeleid, actueel verslag van de uitgeoefende activiteiten en haar financiële verantwoording. Besluiten tot doelwijziging, fusie, splitsing en ontbinding kunnen door het (meerhoofdig) bestuur genomen worden. Relevant is nog dat de statuten van een ANBI moeten bepalen dat bij ontbinding van de stichting het eventueel batig liquidatiesaldo besteed moet worden aan of ten behoeve van een andere ANBI met een soortgelijke doelstelling.<sup>58</sup> Op die manier wordt voorkomen dat het doelvermogen bij liquidatie wordt besteed aan een andere doelstelling die niet het algemeen nut beoogt en wordt oneigenlijk gebruik (besteding aan een particulier doel) voorkomen.

56. Dit kan echter alleen als “de begunstigden worden geactiveerd tot deelname aan vanuit maatschappelijk oogpunt gezien waardevolle activiteiten”. Een organisatie kwalificeert volgens de Belastingdienst als SBBI als het op de eerste plaats de individuele belangen van de leden of een kleine doelgroep behartigt, maar ook een maatschappelijke waarde heeft. Dat is zo als de activiteiten van de organisatie bijdragen aan: (1) de individuele ontplooiing van de leden; (2) de samenhang van de samenleving; of (3) een gezondere samenleving. Als voorbeelden noemt de Belastingdienst: speeltuinen, sportorganisaties, buurtclubs, kinderkampen, kinderboerderijen en theatergroepen.

57. Artikel 1a Uitvoeringsregeling AWR.

58. Of van een buitenlandse instelling die uitsluitend of nagenoeg uitsluitend het algemeen nut beoogt en die een soortgelijke doelstelling heeft.

## HOOFDSTUK 6

In België wordt in een algemene wettelijke regeling onderscheid gemaakt tussen private stichtingen en stichtingen van openbaar nut.<sup>59</sup> De Nederlandse wetgever heeft er niet voor gekozen om verschillende categorieën stichtingen in een algemene wet te regelen. De voorschriften voor ANBI's worden, mijns inziens terecht, in afzonderlijke wetten en regels opgenomen. Er zijn vanuit governanceperspectief naar mijn mening onvoldoende argumenten om in Boek 2 BW een aparte categorie "stichtingen van algemeen nut" te regelen.

### *Filantropische instellingen/goede doelen*

Stichtingen in de filantropische sector richten zich op het verwerven en/of beheren van fondsen. In de praktijk wordt een onderscheid gemaakt tussen fondsenwervende instellingen die fondsen of "nieuw geld" aantrekken bij het publiek en vermogensfondsen die een eigen "verzameld vermogen" of structurele inkomstenbron beheren en ten behoeve van het algemeen nut steun bieden aan individuen, projecten en organisaties.<sup>60</sup> Zij zijn vaak ontstaan vanuit privaat initiatief maar richten zich op de behartiging van maatschappelijke belangen. Deze stichtingen kunnen kwalificeren als ANBI of SBBI, maar dat is geen verplichting.

De Code Goed Bestuur van de Samenwerkende Brancheorganisaties Filantropie (SBF-Code 2015) omschrijft een filantropische instelling als "een instelling die zich bezighoudt met onzelfzuchtige zorg voor het welzijn en de ontwikkeling van de maatschappij, vaak merkbaar door schenkingen van geld, goederen of tijd aan sociaal nuttige doeleinden".<sup>61</sup> Voor de filantropische sector geldt een Erkenningsregeling op grond waarvan governancenormen zijn voorgeschreven.<sup>62</sup> Volgens deze governanceregels dienen de activiteiten van de met de stichting verbonden organisatie gericht te zijn op het realiseren van het statutair

---

59. België kende van oudsher slechts stichtingen met doelstellingen die gericht waren op het "openbaar nut". Sinds een wetwijziging in 2002 is het mogelijk gemaakt om ook een stichting met een privaat doel (zoals een familiestichting) op te richten. De Belgische wet (V&S Wet) maakt sinds 2002 een onderscheid tussen stichtingen van openbaar nut en private stichtingen. Wat betreft governancevoorschriften wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen beide soorten stichtingen. Voor zowel stichtingen van openbaar nu als private stichtingen geldt dat het bestuur uit ten minste drie personen moet bestaan. Zie het Rapport Stichtingen in België 2017.

60. Aldus de bijlage bij SBF-Code 2015, p. 35.

61. Bijlage bij SBF-Code 2015, p. 34. Filantropie wordt wel omschreven als "het vrijwillig geven van geld, goederen of inspanning door individuen, huishoudens, fondsen en bedrijven primair ten behoeve van algemeen nuttige doelen". Laseur-Eelman & Nolen 2015, p. 433-434 en Visie op toezicht en verantwoording in de filantropische sector, Bijlage bij Aanbiedingsbrief Visie op toezicht en verantwoording in de filantropische sector van 20 september 2012 van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie en de Staatssecretaris van Financiën.

62. Inrichting Validatiestelsel Normen Erkenningsregeling, versie 11 december 2015.



## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

bepaalde doel. Een risico dat bij dergelijke stichtingen wordt gesignaleerd is dat het bestuur niet of onvoldoende integer, effectief en resultaatgericht handelt met geld van derden.<sup>63</sup> Het uitgangspunt van de in de Erkenningsregeling en SBF-Code 2015 geformuleerde normen is dat de overheid en de samenleving moeten kunnen vertrouwen op de integriteit en kwaliteit van het bestuur. Om die reden wordt aandacht besteed aan verantwoording van bestedingen maar ook aan governancemodellen.

De Erkenningsregeling onderscheidt categorieën stichtingen aan de hand van hun totale baten.<sup>64</sup>

Voor elke stichting die valt onder de Erkenningsregeling geldt dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen de functies besturen en toezicht houden, maar een afzonderlijk toezichthoudend orgaan (een raad van toezicht) is slechts verplicht voor stichtingen die baten van € 2 miljoen of meer hebben.<sup>65</sup> In de SBF-Code 2015 is als aanbeveling opgenomen dat een vermogensfonds met een donatievolume van meer dan € 10 miljoen en een omvang van 10 fe of meer de taken ‘bestuur’ en ‘toezicht’ onderbrengt in aparte organen.<sup>66</sup>

### *Maatschappelijke ondernemingen en stichtingen met publieke doelstellingen*

De term “maatschappelijke onderneming” werd gehanteerd in het in 2013 ingetrokken wetsvoorstel M.O. (zie ook paragraaf 3.5.2).<sup>67</sup> Maatschappelijke ondernemingen voeren publieke taken uit die niet noodzakelijkerwijs door de overheid zelf uitgevoerd behoeven te worden.

Het risico van een stichting die geen zuiver particulier doel heeft maar die (mede) een publieke doelstelling heeft, zoals bijvoorbeeld een museum, is er in gelegen dat weliswaar geld aangetrokken is met het oog op dit publieke doel, maar de publieke doelstelling niet (volledig of optimaal) wordt nagestreefd. Meer concreet: dat het stichtingsvermogen aan een ander doel, met name een niet-publiek doel, wordt besteed. Het stichtingsvermogen kan met publiek geld (bijvoorbeeld subsidies) zijn gevormd maar ook met (oorspronkelijk) privaat/particulier geld.

---

63. De SBF-Code 2015 formuleert als kernwaarden van een fondsenwervende instelling: integriteit, kwaliteit en transparantie.

64. Te weten: A) minder dan € 100 000; B) minder dan € 500 000; C) minder dan € 2 000 000; en D) € 2 000 000 of meer. Erkenningsregeling, p. 6.

65. Erkenningsregeling, p. 26 en 32-33. Tegelijk relateert deze regeling de onderverdeling in categorieën door aan te geven dat deze soms “verschillende levensfasen van een organisatie typeren”. Daarbij wordt opgemerkt dat het risico’s met zich meebrengt als een organisatie intern niet de juiste aanpassingen maakt voor de overgang naar de volgende categorie. Als een organisatie snel groeit dient de governancestructuur die groei te ondersteunen, onder andere ter voorkoming van fraudemogelijkheden en verkeerde strategische beslissingen. Erkenningsregeling, p. 7.

66. SBF-Code 2015, Hoofdstuk 4 onder 2.1.

67. Zie over dit wetsvoorstel Helder 2013, p. 72-93, en Helder 2014, p. 36-42.

## HOOFDSTUK 6

Teneinde te voorkomen dat het publieke doel niet of niet optimaal wordt nagestreefd kan een raad van toezicht ingesteld worden. Zoals opgemerkt in paragraaf 3.5.2 adviseert de Governancecode Cultuur (GCC 2014) bij “grotere” culturele instellingen een raad van toezicht in te stellen. Bij kleinere culturele instellingen zijn ook andere modellen, zoals een model met een bestuur en een directie toegestaan.

### *Semipublieke instellingen*

Voor veel semipublieke instellingen, in ieder geval voor grotere zorginstellingen en voor woningcorporaties, is in sectorregels of in een sectorcode een raad van toezicht verplicht voorgeschreven. Zoals werd omschreven bij de definitie van semipublieke instelling in paragraaf 2.2 is een kenmerk van een semipublieke instelling dat een publiek belang betrokken is. Als publiek belang worden in elk geval gezien die belangen waarvan de Grondwet bepaalt dat daar voor de overheid een publieke taak is weggelegd, zoals volksgezondheid, onderwijs en volkshuisvesting. Bovendien beschikt een semipublieke instelling over vermogen dat (mede) van het publiek afkomstig is (ook wel publieke middelen genoemd, waarover paragraaf 6.3.4 hierna). Op semipublieke instellingen wordt extern toezicht gehouden (zie paragraaf 6.4).

### *Overheidsstichtingen*

Een overheidsstichting is een stichting met een (semi)publieke of een wettelijke taak, die door een overheidsinstantie is opgericht en waarop de overheid overwegende invloed heeft. De overheid heeft bijvoorbeeld invloed of zeggenschap door zichzelf de bevoegdheid toe te kennen om (de meerderheid van de) bestuurders te benoemen.<sup>68</sup> Een voorbeeld van een stichting die “met openbaar gezag is bekleed” waarop de overheid overwegende invloed heeft, is Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Een ander voorbeeld is Stichting Etherreclame (STER) die ten doel heeft om reclame te exploiteren en uit te zenden op de kanalen van de publieke omroep en daarmee een bijdrage te leveren aan de financiering van de publieke omroepen. In wetgeving is de governancestructuur, de wijze van benoeming van bestuurders en eventueel leden van de raad van toezicht voorgeschreven. Wat betreft de STER schrijft de Mediawet bijvoorbeeld voor dat bestuurders worden benoemd door de Minister van OCW. Bij sommige overheidsstichtingen, zoals de AFM, is een raad van toezicht wettelijk voorgeschreven, maar bij andere stichtingen, zoals de STER, is dit (vooralsnog) niet het geval.<sup>69</sup>

---

68. Jak & Zijlstra 2011, p. 191-214.

69. Twijnstra Guddé, in opdracht van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Rapport ‘De governance van de Ster’, 29 juni 2016, Bijlage bij *Kamerstukken I 32 827*, nr. C. Op p. 26 van dit Rapport wordt opgemerkt dat andere rechtspersonen met een wettelijke taak, zoals de AFM, het CBR, Staatsbosbeheer en het CAK wel een functiescheiding tussen bestuur en toezicht hebben toegepast.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

### *Tussenconclusie*

De wetgever stelt bij sommige soorten stichtingen met een semipublieke doelstelling, die mede door de overheid worden bekostigd, een raad van toezicht verplicht, tenzij sprake is van een instelling met een kleinere onderneming. Voor algemeen nut beogende instellingen (ANBI's) die belastingvoordelen genieten, schrijft de Belastingdienst geen raad van toezicht voor maar wel ten minste een bestuur dat uit meerdere personen bestaat. In verband met het "beschikkingsmacht-criterium" acht de Belastingdienst interne controle door medebestuurders voldoende.

Governancecodes voor goede doelen en fondsenwervende instellingen schrijven voor stichtingen in die sector een raad van toezicht voor indien sprake is van een grote onderneming of inkomsten of giften die een bepaald bedrag te boven gaan. Voor "grotere" culturele instellingen adviseert de Governancecode Cultuur een model met een raad van toezicht.

Stichtingen met een private doelstelling kunnen in beginsel vrijwillig overgaan tot het instellen van een raad van toezicht, bij de oprichting van de stichting of op een later moment. Een uitzondering vormt de claimstichting, die optreedt voor een groep personen met gelijksoortige belangen die vaak inschrijfgeld betalen. Op grond van de Claimcode is een raad van toezicht voorgeschreven voor claimstichtingen die een bepaald minimumaantal deelnemers met een bepaalde minimumbijdrage hebben.

In verband met de vraag of in een bepaalde sector een raad van toezicht verplicht moet worden voorgeschreven, wordt gekeken naar het doel van de stichting. Van belang is of er publieke belangen zijn betrokken maar ook wat de herkomst van het stichtingsvermogen is (is dit van het publiek afkomstig?). Daarbij wordt relevant geacht wat de omvang van de aan de stichting verbonden onderneming is en wat de omvang van het stichtingsvermogen is.

### *6.3.3 Voorbeelden van stichtingen waarbij belanghebbenden institutioneel zijn betrokken*

In de vorige paragraaf kwam al aan de orde welke verschillende belangen en belanghebbenden kunnen worden onderscheiden. Bij een aantal soorten stichtingen zijn de direct belanghebbenden op grond van de wet georganiseerd in belanghebbendenorganen of medezeggenschapsorganen (voor het gemak spreek ik hierna over belanghebbendenorganen). Stichtingen kunnen ook vrijwillig in de statuten een belanghebbendenorgaan creëren.

## HOOFDSTUK 6

Bij bepaalde soorten stichtingen is betrokkenheid van belanghebbenden middels een belanghebbendenorgaan wettelijk voorgeschreven.

### *Stichtingen met een onderneming*

Indien een stichting een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn is de stichting verplicht om een ondernemingsraad (OR) in de stellen (artikel 2 WOR).<sup>70</sup> Volgens artikel 2 WOR is dit “in het belang van het goed functioneren van die onderneming in al haar doelstellingen”. Een voorbeeld van een stichting waar doorgaans een OR moet worden ingesteld is een grote zorginstelling, zoals een ziekenhuis; deze instelling kan kwalificeren als onderneming in de zin van de WOR. Indien een OR is ingesteld, komen aan de OR wettelijke rechten toe, waaronder adviesrecht ten aanzien van een aantal limitatief opgesomde financieel-economische besluiten (artikel 25 WOR) en adviesrecht ten aanzien van benoeming en ontslag van bestuurders (artikel 27 WOR).<sup>71</sup> Het adviesrecht van artikel 25 WOR speelt bijvoorbeeld een rol als het bestuur het voornemen heeft om over te gaan tot een herstructurering (zoals een juridische fusie met een andere stichting) of tot een wijziging in de organisatie en de bevoegdheidsverdeling (omzetting in een andere rechtsvorm of wijziging van het aantal bestuurders of introductie van een raad van toezichtmodel middels een statutenwijziging).

### *Onderwijsstichtingen*

Scholen in het primair en het voortgezet onderwijs moeten een medezeggenschapsraad (MR) instellen, die voor de helft uit schoolpersoneel en voor de helft uit ouders en leerlingen bestaat.<sup>72</sup> De MR heeft een aantal instemmings- en adviesbevoegdheden. Op grond van sectorwetten heeft de MR in het primair en het voortgezet onderwijs een voordrachtsrecht voor ten minste één zetel in de raad van toezicht. Bij stichtingen voor openbaar onderwijs hebben de ouders een voordrachtsrecht voor ten minste een derde en maximaal de helft van het aantal interne toezichthouders.<sup>73</sup> Op grond van de Wet op het hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek hebben studenten in het hoger onderwijs medezeggenschap ofwel (a) samen met personeelsleden in een MR ofwel (b) via gedeelde medezeggenschap in een studentenraad naast de OR.

---

70. Op grond van artikel 35c WOR kan de ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 10 maar minder dan 50 personen werkzaam zijn en waarvoor geen OR is ingesteld, kan een personeelsvertegenwoordiging instellen op verzoek van de meerderheid van de in de onderneming werkzame personen.

71. Zie hierover Roest 2015, p. 475 e.v. De bestuurder, hij die rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent over de leiding van de arbeid (artikel 1 lid 1 sub e WOR), vertegenwoordigt de stichting (de ondernemer) in de contacten met de OR.

72. Op basis van artikelen 3 en 4 van de Wet medezeggenschap op scholen, moet iedere school een MR hebben en een gemeenschappelijke MR per rechtspersoon, bijvoorbeeld als een stichting meerdere scholen in stand houdt.

73. Laseur-Eelman & Nolen 2015, p. 447.

### *Zorgstichtingen*

Op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz) dient een zorginstelling een cliëntenraad in te stellen. Bovendien kan een centrale cliëntenraad worden gevormd. De cliëntenraad heeft informatierecht en adviesrecht ten aanzien van een aantal besluiten die te vergelijken zijn met de hiervoor genoemde adviesrechten van de OR. Ten minste één lid van de raad van toezicht van de zorgstichting wordt benoemd op bindende voordracht van de cliëntenraad. De cliëntenraad heeft op grond van artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi enquêtebevoegdheid.

### *Woningstichtingen*

Op grond van artikel 53 Woningwet moeten huurdersorganisaties en bewonerscommissies<sup>74</sup> worden betrokken bij een aantal belangrijke besluiten, waaronder een voorgenomen fusie of splitsing van de woningstichting. De huurdersorganisatie(s) of gezamenlijke huurders hebben op grond van artikel 30 lid 9 Woningwet het recht om een bindende voordracht te doen voor de benoeming van twee leden van de raad van toezicht (daar commissarissen genoemd) als de raad van toezicht uit vijf of meer leden bestaat of één lid van de raad van toezicht als de raad van toezicht uit drie of vier leden bestaat (drie is het minimumaantal leden van de raad van toezicht op grond van artikel 30 lid 1 Woningwet).

### *Pensioenstichtingen*

Pensioenfondsen kennen een belanghebbendenorgaan (BO) of een verantwoordingsorgaan (VO).<sup>75</sup> Voor de vraag wanneer een belanghebbendenorgaan en wanneer een verantwoordingsorgaan moet worden ingesteld is bepalend de vraag of de “pariteit” (vertegenwoordiging van werkgevers, werknemers en pensioengerechtigden) in het bestuur (waaronder de *one tier board*) zijn vertegenwoordigd. Als zij zitting hebben in het bestuur, is er een verantwoordingsorgaan waarin vertegenwoordigers van werknemers, pensioengerechtigden en eventueel werkgevers (indien zij dat wensen) zitting hebben. Dit verantwoordingsorgaan heeft slechts adviesrechten. Indien de pariteit niet in het bestuur is vertegenwoordigd, dient een belanghebbendenorgaan ingesteld te worden waarin de deelnemers, pensioengerechtigden en werkgevers verplicht vertegenwoordigd zijn.<sup>76</sup> Het belanghebbendenorgaan heeft adviesrechten en goedkeuringrechten ten aanzien van een aantal belangrijke bestuursbesluiten, waaronder de wijziging of vaststelling van het strategisch beleggingsbeleid (artikel 115c lid 9 Pw).

74. In de zin van artikel 1 lid 1 sub f en g van de Wet op het overleg huurders verhuurder.

75. Anders dan in andere sectoren zijn (vertegenwoordigers van) belanghebbenden organisatorisch betrokken bij het fonds. Aldus Code Pensioenfondsen onder 1.1.

76. Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.

*Botsende belangen*

Indien er meerdere belanghebbendenorganen binnen één stichting zijn, kunnen de belangen en besluiten van deze organen onderling botsen. Als voorbeeld kan worden genoemd de samenloop van bevoegdheden van de OR en de cliëntenraad van een zorginstelling.<sup>77</sup> Ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van een zorginstelling, zoals een fusie, het aangaan van een duurzame samenwerking of een belangrijke wijziging in de organisatie, hebben zowel de cliëntenraad als de OR een adviesrecht. Het bestuur en, in het verlengde daarvan, de raad van toezicht kunnen tegenstrijdige adviezen van verschillende belanghebbendenorganen ontvangen die zij beide in hun belangenafweging moeten betrekken.

*Statutaire belanghebbendenorganen en statutaire invloed van belanghebbenden*

In de statuten kunnen ook bij andere soorten dan de hiervoor genoemde stichtingen belanghebbendenorganen worden gecreëerd. Bijvoorbeeld een stichting die ten doel heeft onderzoek naar de bestrijding van een bepaalde zeldzame ziekte te bevorderen kan een deelnemersraad instellen, die bestaat uit mensen die aan deze ziekte lijden. Een ander voorbeeld van een belanghebbendenorgaan dat kan worden ingesteld is een vergadering van aangeslotenen. Bij het toekennen van bevoegdheden aan een belanghebbendenorgaan dient, zoals in hoofdstuk 4 opgemerkt, het ledenverbod in het oog gehouden te worden. Overigens zou ook de vergadering van certificaathouders van een stichting administratiekantoor als een belanghebbendenorgaan gezien kunnen worden. Hierop kom ik hierna onder het kopje “fiduciaire verhoudingen” terug.

*Verhouding tussen belanghebbendenorgaan en raad van toezicht*

Betekent het feit dat er een belanghebbendenorgaan (of instantie) is met een bepaalde invloed dat een raad van toezicht niet meer nodig is of is deze dan juist wel nodig? De raad van toezicht heeft een andere rol binnen de stichting dan het belanghebbendenorgaan, te weten: een toezichthoudende rol op grond van een (wettelijke) taak. Leden van de raad van toezicht dienen zich te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Belanghebbendenorganen hebben geen wettelijke taak en normstelling. Dergelijke organen behartigen in beginsel slechts de belangen van hun “achterban”.<sup>78</sup>

---

77. Roest 2015, p. 485-486. Aangezien zowel de WOR als de Wmcz voorgenomen besluiten aan het adviesrecht onderwerpen, zal van de cliëntenraad en de OR gelijktijdig advies worden gevraagd. Denkbaar is dat de OR en de cliëntenraad verschillende of zelfs tegenstrijdige adviezen uitbrengen. Roest geeft aan dat geschillen over bijvoorbeeld een fusie van een zorginstelling kunnen worden behandeld door een commissie van vertrouwenslieden (artikel 10 lid 1 Wmcz) of door de Ondernemingskamer. Overigens kunnen zowel de OR als de cliëntenraad een verzoek tot het instellen van een enquête indienen bij de Ondernemingskamer.

78. Zoals gezegd zijn zij daarbij wel aan de regels van artikel 2:8 BW gebonden.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Als er een belanghebbendenorgaan binnen de stichting is ingesteld, hoeft dit orgaan bovendien niet noodzakelijkerwijs representatief te zijn voor de (hele) groep belanghebbenden. Een mogelijk risico is dan dat de belangen van de directe belanghebbenden niet (goed) worden verwoord of niet goed worden vertaald naar het bestuur, hetgeen er toe kan leiden dat het bestuur geen of te weinig draagvlak heeft bij belanghebbenden. Een ander risico is dat bepaalde georganiseerde belanghebbenden té goed worden gehoord, terwijl andere groepen belanghebbenden geen stem hebben.

Relevant is welke wettelijke en/of statutaire bevoegdheden het belanghebbendenorgaan heeft: zijn dat adviesbevoegdheden waar gemotiveerd van afgeweken kan worden (medezeggenschapsrechten) of statutaire goedkeuringsbevoegdheden (vetorechten)? De OR die de belangen van de werknemers behartigt heeft op grond van de WOR adviesrecht ten aanzien van een aantal financieel-economische besluiten. Er kunnen ook belanghebbendenorganen met goedkeuringsrechten zijn. In de literatuur is opgemerkt dat bij semipublieke instellingen, met name woningcorporaties, aan de zogenoemde “derde macht” meer bevoegdheden zouden moeten worden toegekend “tegen blinde vlekken van het bestuur en de raad van toezicht”.<sup>79</sup> Vanwege de eenzijdige rol en positie van het belanghebbendenorgaan meen ik dat niet al te gemakkelijk een zwaardere, goedkeurende rol aan een dergelijk belanghebbendenorgaan gegeven zou moeten worden. Het gevaar van statutaire goedkeuringsbevoegdheden van een belanghebbendenorgaan is dat het orgaan slechts de belangen van de eigen achterban in ogenschouw neemt en op die grond goedkeuring kan onthouden terwijl – gelet op de overige betrokken belangen – een positief besluit in het belang van de stichting zou zijn. Er kan dan een impasse ontstaan. Dit zou er mijns inziens wat betreft een aantal belangrijke bestuursbesluiten, zoals bijvoorbeeld een besluit tot statutenwijziging, voor kunnen pleiten om deze niet te onderwerpen aan de goedkeuring van een belanghebbendenorgaan, maar slechts aan de goedkeuring van de raad van toezicht.

Het belanghebbendenorgaan van een pensioenfonds heeft, als gezegd, adviesrechten en goedkeuringsrechten ten aanzien van een aantal ingrijpende bestuursbesluiten, zoals wijziging van het strategisch beleggingsbeleid. Mede gelet op het feit dat een pensioenfonds een fiduciair karakter heeft (het beheert gelden ten behoeve van economisch belanghebbenden) en het feit dat

---

79. Van Dongen & Hopmans 2015 naar aanleiding van het Rapport WRR 2014. Hoppenbrouwers & Rensen 2015 signaleren mijns inziens terecht dat huurdersorganisaties al allerlei instrumenten hebben waarmee zij tegenwicht kunnen bieden (zij moeten betrokken worden bij fusies en splitsingen, hebben enquête-recht en kunnen gebruik maken van artikel 2:298 BW).

## HOOFDSTUK 6

er verschillende soorten belangen in één belanghebbendenorgaan zijn vertegenwoordigd (de belangen van werkgevers, werknemers en pensioengerechtigden), meen ik dat de zware rol en positie van het belanghebbendenorgaan in dit geval meer voor de hand ligt. Het gaat dan met name om goedkeuringsrechten ten aanzien van – in economisch opzicht – ingrijpende bestuursbesluiten, zoals de wijziging of vaststelling van de pensioenpremie, het beleggingsbeleid of waardeoverdracht of fusie van het pensioenfonds (artikel 115c lid 9 Pw), terwijl de aan de raad van toezicht toegekende bevoegdheden vooral zien op de ondersteuning van diens toezichthoudende taak (zoals goedkeuring van het jaarverslag, de profielschets van bestuurders of een voorgenomen fusie, artikel 104 lid 3 Pw).<sup>80</sup>

### *Tussenconclusie*

Het feit dat bepaalde soorten stichtingen een belanghebbendenorgaan kennen, betekent niet dat governancecodes het instellen van een raad van toezicht niet voorschrijven. De raad van toezicht heeft een andere rol binnen de stichting dan een belanghebbendenorgaan: de raad van toezicht dient alle relevante belangen te betrekken en af te wegen tegen de achtergrond van de statutaire doelstelling van de stichting. Aan het belanghebbendenorgaan of aan individuele belanghebbenden worden in sommige sectoren voordrachtsrechten toegekend ten aanzien van een of meer leden van de raad van toezicht. Dergelijke leden van de raad van toezicht dienen zich niettemin onafhankelijk op te stellen.

Vanwege de taak en (onafhankelijke) positie van de raad van toezicht, ligt het mijns inziens bij sommige soorten stichtingen, zoals woningstichtingen, meer voor de hand om bestuursbesluiten die ingrijpen in de structuur van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie, zoals doelwijziging, fusie, splitsing en ontbinding, te onderwerpen aan de goedkeuring van een raad van toezicht en niet (slechts) aan de goedkeuring van een bepaald belanghebbendenorgaan.

### *6.3.4 Voorbeelden van stichtingen met uiteenlopende herkomst en samenstelling van het stichtingsvermogen*

Het vermogen van een stichting kan afkomstig zijn van particulieren die de stichting hebben opgericht, zoals de hiervoor genoemde familiestichting, maar ook van de overheid (bijvoorbeeld subsidies) of van derden (bijvoorbeeld giften). Het stichtingsvermogen kan eenzijdig samengesteld zijn, dat wil zeggen: voornamelijk afkomstig van één bron, of kan meer gemengd samengesteld zijn.

---

80. Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.



## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Zogenaemde fiduciaire stichtingen kenmerken zich doordat de juridische eigendom van vermogen is overgedragen aan de stichting als beheerder en bewaarder terwijl het economisch belang van dat vermogen toekomt aan de financieel belanghebbende(n). Bekende voorbeelden hiervan zijn de stichting die fungeert als administratiekantoor en de stichting die gelden van derden beheert.

### *Stichting administratiekantoor*

In verband met certificering van aandelen of van ander vermogen, zoals een kunstcollectie, kan gebruik worden gemaakt van een stichting administratiekantoor. De fiduciaire verhouding tussen de stichting en de certificaathouders is in beginsel contractueel van aard en ligt onder meer besloten in de administratievoorwaarden van de stichting. Naast deze contractuele grondslag, heeft de fiduciaire relatie ook een basis in de statuten van de stichting, in het bijzonder in de statutaire doelstelling.<sup>81</sup> In het doel kan bijvoorbeeld opgenomen worden dat aandelen door de stichting in beheer worden gehouden voor rekening en risico van de houders van de daartegenover uitgegeven certificaten. Bij een stichting administratiekantoor zullen weinig andere belanghebbenden dan de certificaathouders betrokken zijn, aangezien de stichting geen onderneming en geen werknemers heeft.

De certificaathouders kunnen als economische rechthebbenden zelf controle-rechten hebben via een eigen orgaan, de vergadering van certificaathouders. Aan dit orgaan kan het recht worden toegekend om bepaalde bestuursbesluiten goed te keuren. Hiervoor kan ook een raad van toezicht worden ingesteld, maar het ligt meer voor de hand om aan de certificaathouders rechtstreeks dergelijke rechten toe te kennen. Het gaat immers om hun eigen economische belangen. Zij willen bijvoorbeeld voorkomen dat het bestuur de beheerde aandelen zonder toestemming vervreemdt.<sup>82</sup>

---

81. Van Steensel 2015, p. 411 e.v.

82. Teneinde te bewerkstelligen dat op juiste wijze, met inachtneming van de belangen van de certificaathouders, wordt beschikt over het stichtingsvermogen, kan gekozen worden voor een meerhoofdig bestuur, eventueel bestaande uit verschillende “bloedgroepen” (bijvoorbeeld: bestuurders die worden benoemd of voorgedragen door de certificaathouders, door de vennootschap en onafhankelijke bestuurders die door de overige bestuurders worden benoemd). Daarbij kan bepaald worden dat bestuurders niet zelfstandig kunnen beschikken, maar slechts bepaalde soorten bestuurders gezamenlijk.

*Stichting beheer derdengelden*

Notarissen en advocaten kunnen gebruik maken van een stichting derdengelden, die vermogen van derden beheert en de rol van tussenpersoon vervult in een transactie.<sup>83</sup> De stichting derdengelden heeft zowel een fiduciaire relatie met de verkoper als met de koper. Totdat de verkoper aan de door de koper aangegeven voorwaarden heeft voldaan, houdt de stichting de koopsom (bijvoorbeeld voor aandelen of voor een registergoed) voor rekening en risico van koper en na het vervullen van de voorwaarden houdt de stichting de koopsom voor verkoper. Evenals bij certificering van aandelen, kan bij een stichting derdengelden worden gezegd dat de onderscheidene fiduciaire relaties een gemengd karakter hebben: contractueel (de overeenkomst van opdracht) en statutair (deze relatie komt tot uitdrukking in de doelomschrijving van de stichting).<sup>84</sup>

Bij een stichting derdengelden spelen in het bijzonder: het risico dat over de derdengelden wordt beschikt in strijd met de doelstelling en het risico van faillissement van de stichting. Om die reden is het van belang om in de statuten te bepalen dat het bestuur uit ten minste twee personen bestaat en dat de stichting slechts door twee bestuurders kan worden vertegenwoordigd (tweehandtekeningstelsel). Het instellen van een raad van toezicht als intern controlerend orgaan ligt ook hier minder voor de hand.

*Fondsenwervende instellingen en vermogensfondsen*

De filantropische instelling kwam hiervoor aan de orde. Een fondsenwervende instelling is volgens de Samenwerkende Brancheorganisaties Filantropie (SBF) een stichting die voor de realisering van charitatieve, culturele, wetenschappelijke of andere het algemeen nut beogende doelstellingen door middel van fondsenwerving een beroep doet op de publieke offervaardigheid.<sup>85</sup> Een vermogensfonds is volgens de SBF Code 2015 een onafhankelijke, speciaal opgerichte non-profit organisatie met een eigen bestuur en een eigen vermogen en/of structurele inkomstenbron, die ten behoeve van het algemeen nut uit het fonds steun biedt aan individuen, projecten en organisaties. Bij een fondsenwervende

---

83. Voor notarissen is – sinds de invoering van artikel 25 Wet op het notarisambt – het oprichten van een stichting als beheerder van gelden van derden niet meer verplicht. Voor advocaten geldt nog wel een verplichting op grond van de Boekhoudverordening 1998.

84. Van Steensel 2015, p. 426.

85. SBF-Code 2015, p. 34. Onder fondsenwerving wordt verstaan dat de aldus verkregen gelden vrijwillig zijn afgestaan, er staat geen of geen evenredige tegenprestatie voor geleverde goederen of diensten tegenover.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

instelling is het stichtingsvermogen dus afkomstig van derden die een gift hebben gedaan, maar bij een vermogensfonds kan het vermogen ook afkomstig zijn van de oprichter van het fonds. Dergelijke fondsen die soms grote vermogens beheren kunnen overgaan tot het instellen van een raad van toezicht, die onder meer toeziet op goed vermogensbeheer. Zoals hiervoor in paragraaf 6.3.2 opgemerkt is door de SBF een afzonderlijk toezichthoudend orgaan voorgeschreven indien de donaties aan het fonds boven een bepaald bedrag uitkomen.

### *Pensioenfonds*

Een ander voorbeeld van een stichting die een groot vermogen beheert is een pensioenfonds dat wil zeggen: een bedrijfstakpensioenfonds of een ondernemingspensioenfonds. In een stichting pensioenfonds zijn gelden bijeengebracht die worden beheerd ter uitvoering van een basispensioenregeling (art 1 Pw).<sup>86</sup> Het pensioenfonds beschikt over een doelgebonden vermogen dat bestemd is om de financiële risico's die samenhangen met invaliditeit en het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd te verzekeren. Het pensioenfonds heeft een waarborgfunctie; het dient onafhankelijk van de werkgever de continuïteit van de pensioenvoorziening te waarborgen. Aangezien pensioenfondsen middelen beheren van derden die economische rechthebbenden zijn, kan ook hier gezegd worden dat sprake is van een fiduciaire relatie.

In het Besluit financieel toetsingskader pensioenfonds (Besluit FTP) zijn prudentiële regels ten aanzien van het vermogen van pensioenfonds neergelegd. De daarin opgenomen *prudent person*-regels beogen te bevorderen dat de juiste belangen worden behartigd en dat bestuurders en eventuele interne toezichthouders voldoende deskundig zijn en op juiste wijze rekening en verantwoording afleggen.<sup>87</sup>

---

86. Zie ook Code Pensioenfonds onder 1.1.

87. Artikel 18 Besluit FTP bepaalt dat het pensioenfonds beschikt over goede administratieve en boekhoudkundige procedures en adequate interne controlemechanismen en dat het fonds beleid opstelt en uitvoert ten aanzien van de beheersing van te lopen risico's. Daarbij staat de zorgvuldigheid van het beleggingsproces en het risico- en rendementsprofiel van een beleggingsportefeuille centraal. Maatman 2004, p. 262. Zo geeft artikel 13 lid 1 van het Besluit FTP een algemene nadere invulling van het beginsel van het beleggen volgens de prudent-person regel: "De waarden worden op zodanige wijze belegd dat de veiligheid, de kwaliteit, de liquiditeit en het rendement van de portefeuille als geheel zijn gewaarborgd."

## HOOFDSTUK 6

Zoals hiervoor opgemerkt zijn in het belanghebbendenorgaan van een pensioenfonds de belangen van werkgevers, werknemers en pensioengerechtigden vertegenwoordigd en heeft dit orgaan middels goedkeuringsrechten invloed op bestuursbesluiten die in economisch opzicht ingrijpend zijn.<sup>88</sup> Desalniettemin schrijven pensioenregels bij bedrijfstakpensioenfondsen een raad van toezicht of een *one tier board* met uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders voor (artikel 103 Pw).<sup>89</sup>

### *Semipublieke instellingen*

Een kenmerk van semipublieke instellingen is dat zij beschikken over publieke middelen. Bij een semipublieke instelling wordt volgens de Minister van Veiligheid en Justitie “maatschappelijk gebonden vermogen” ingezet voor een publieke taak.<sup>90</sup> De overheid en andere belanghebbenden vertrouwen erop dat deze middelen doelmatig worden besteed conform het doel van de stichting. Door onder meer een raad van toezicht voor te schrijven wil de wetgever voorkomen dat publieke middelen ondoelmatig besteed worden en dat het bestuur zichzelf hiermee verrijkt.<sup>91</sup>

Voor semipublieke instellingen heeft de Minister van Financiën een “Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht” opgesteld.<sup>92</sup> Dit kader bevat uitgangspunten en principes voor sober en ordentelijk financieel beheer.<sup>93</sup> Ook in sectorwetten en codes zijn regels

---

88. Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.

89. De raad van toezicht heeft uitdrukkelijk tot taak toe te zien op evenwichtige belangenafweging door het bestuur en op adequate risicobeheersing (artikel 104 lid 2 Pw). Voorts is in de Pw bepaald dat de raad van toezicht goedkeuringsbevoegdheden heeft ten aanzien van bestuursbesluiten op het gebied van liquidatie, fusie, splitsing en omzetting van de stichting (artikel 104 lid 3 Pw). Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015, p. 1095.

90. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren, 12 november 2013’ met kenmerk 435758, p. 5.

91. Brief ‘Kabinetsreactie rapport Commissie Behoorlijk Bestuur’, 12 december 2013, p. 5-6. “In semipublieke sectoren is vrijwel altijd sprake van enerzijds marktmacht en relatief lage concurrentiedruk en anderzijds van een beperkte democratische controle. Daarnaast is vaak omwille van financiële toegankelijkheid de band tussen betalen en genieten losgesneden. Bij gebruik van bijvoorbeeld onderwijs, zorg, een sociale huurwoning en het openbaar vervoer voelt de gebruiker, om de toegankelijkheid te borgen, zelden de werkelijke kosten. Ook kan de gebruiker de kwaliteit van dienstverlening niet altijd goed inschatten. Dit heeft gevolgen voor zijn rol als ‘kritische consument’. Disciplinerende mechanismen zijn, kortom, in beperkte mate aanwezig, terwijl die disciplinerende mechanismen wel gewenst zijn.”

92. Bijlage bij Brief van de Minister van Financiën van 27 november 2013, Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken* 2013-2014, 33 822, nr. 1.

93. Daarin staat onder meer dat administratieve systemen en processen zo worden ingericht dat doorlopende interne monitoring en auditing op streefwaarden en de financiële positie en -risico’s (vermogen, financieringsinstrumenten, cashflow, liquiditeit en solvabiliteit) kan plaatsvinden.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

opgenomen voor solide vermogensbeheer en risicobeheersing, waarbij de raad van toezicht een rol toebedeeld heeft gekregen.<sup>94</sup>

Kenmerkend voor semipublieke instellingen is voorts dat zij rekening moeten houden met veel, vaak complexe regels, waarbij zij te maken kunnen krijgen met ingrijpende wijzigingen in regelgeving.<sup>95</sup> Een belangrijke taak van de raad van toezicht is dan ook het houden van toezicht op de naleving van deze regels.

### *Tussenconclusie*

Fiduciaire stichtingen zijn stichtingen met een particuliere doelstelling waarbij vermogensbeheer voorop staat. Dergelijke stichtingen kunnen een raad van toezicht instellen maar belanghebbenden (de economisch gerechtigden of uitkeringsgerechtigden) kunnen ook zelf via een eigen stichtingsorgaan toezicht houden. In verband met beschikking over het vermogen is het voor belanghebbenden vooral belangrijk is dat sprake is van een meerhoofdig bestuur en een tweehandtekeningensstelsel.

Voor bepaalde soorten pensioenfondsen, die een groot vermogen beheren, is in sectorregels een raad van toezicht of een bestuur met uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders voorgeschreven. De raad van toezicht van een pensioenfonds heeft uitdrukkelijk ten behoeve van alle betrokken belanghebbenden tot taak toe te zien op evenwichtige belangenafweging door het bestuur en op adequate risicobeheersing en heeft goedkeuringsbevoegdheden ten aanzien van bestuursbesluiten op het gebied van liquidatie, fusie, splitsing en omzetting van de stichting.

Bij semipublieke instellingen die beschikken over publieke middelen en om die reden een raad van toezicht moeten instellen, dient de raad van toezicht toe te zien op doelmatige en rechtmatige besteding van publieke gelden.

---

94. Zo bepaalt artikel 55a lid 1 Woningwet dat de woningstichting een zodanig financieel beleid en beheer voert, dat haar financiële continuïteit niet in gevaar wordt gebracht. Lid 2 vervolgt dat daartoe een reglement opgesteld dient te worden, waarin is opgenomen binnen welke grenzen de aan haar financiële beleid en beheer verbonden risico's aanvaardbaar zijn en welk beleid zij beoogt te voeren ingeval haar financiële continuïteit in gevaar komt of in gevaar dreigt te komen.

95. Bijvoorbeeld zorginstellingen hebben de laatste jaren te maken gehad met een ingrijpende verandering van regels die weerslag hadden op de financiering van de zorginstellingen.

## HOOFDSTUK 6

### 6.3.5 *Samenvatting en conclusies*

In deze paragraaf zijn voorbeelden van soorten stichtingen en hun onderscheidende en vergelijkbare elementen onderzocht en is nagegaan wanneer en waarom een raad van toezicht is voorgeschreven in sectorale wetten en/of sectorcodes. Stichtingen met een verplichte raad van toezicht hebben verschillende soorten doelstellingen (publiek en/of privaat), het vermogen van dergelijke stichtingen heeft een verschillende herkomst en een verschillende samenstelling (publiek en/of privaat) en zij kennen verschillende soorten betrokken belangen.

De sectorale wetgever stelt bij een aantal stichtingen met een semipublieke doelstelling – woningstichtingen, zorginstellingen en hogescholen die worden bekostigd door de overheid – een afzonderlijke raad van toezicht verplicht. Daarbij wordt in sommige gevallen een uitzondering gemaakt voor kleinere instellingen. Governancecodes voor goede doelen en fondsenwervende instellingen schrijven voor stichtingen in de desbetreffende sector een raad van toezicht voor als de stichting een grote onderneming heeft (met meer dan een bepaald aantal werknemers) en/of beschikt over een groot vermogen, dat mede wordt gevormd met publiek geld.

Een bijzonder voorbeeld in de private sector is de claimstichting die vermogen verkrijgt uit bijdragen van derden (inschrijfgeld). Een claimstichting die een bepaald minimumaantal deelnemers heeft en/of een bepaalde minimumbijdragen ontvangt van haar deelnemers, moet op grond van de Claimcode een raad van toezicht of een bestuur met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders instellen.

Stichtingen met een private doelstelling kunnen vrijwillig een raad van toezicht instellen ten behoeve van de betrokken belanghebbenden. Zij kunnen er echter ook voor kiezen om een ander orgaan in te stellen, zoals bijvoorbeeld een raad van advies. Private stichtingen die gelden van derden beheren (bijvoorbeeld een stichting beheer derdengelden), maar geen raad van toezicht of belanghebbendenorgaan hebben, zouden in ieder geval een meerhoofdig bestuur in moeten stellen, dat gezamenlijk vertegenwoordigingsbevoegd is.

Het feit dat een stichting in een bepaalde sector (vrijwillig of verplicht) een belanghebbendenorgaan heeft, dat wil zeggen: een orgaan dat gevormd wordt uit bepaalde belanghebbenden of bepaalde belanghebbenden vertegenwoordigt, betekent niet dat het instellen van een raad van toezicht niet voorgeschreven wordt in sectorregels. De raad van toezicht heeft immers een andere rol en positie binnen de stichting dan het belanghebbendenorgaan; de raad dient *alle* relevante bij de stichting betrokken interne en externe belangen te betrekken en

tegen elkaar af te wegen in het licht van de stichtingsdoelstelling. De raad van toezicht is om die reden beter geschikt dan een belanghebbendenorgaan om betrokken te worden bij besluiten die ingrijpen in de structuur van de stichting en de daarmee verbonden onderneming, zoals besluiten tot doelwijziging, fusie, splitsing en ontbinding.

Belangrijke belanghebbenden bij een fiduciaire stichting met een particuliere doelstelling, zoals bijvoorbeeld een stichting administratiekantoor, zijn degenen die economisch gerechtigd zijn tot het beheerde vermogen. Zij kunnen verlangen dat er een raad van toezicht wordt ingesteld, maar kunnen er ook voor kiezen om via een eigen orgaan (zoals een vergadering van certificaathouders) interne controle in te stellen. Pensioenfondsen zijn fiduciaire stichtingen, die een groot vermogen beheren voor de pensioengerechtigden, om welke reden in sectorregels intern toezicht in de vorm van een raad van toezicht (of een *one tier board*) is voorgeschreven. Een belangrijke taak van de raad van toezicht van een pensioenfonds is toe te zien op adequaat vermogensbeheer en adequate risico-beheersing. De raad van toezicht van een pensioenfonds heeft volgens sectorregels ten minste goedkeuringsbevoegdheden ten aanzien van bestuursbesluiten op het gebied van liquidatie, fusie, splitsing en omzetting van de stichting.

De raad van toezicht van een semipublieke instelling heeft als taak om toe te zien op doelmatige en rechtmatige besteding van publieke gelden. Sectorregels en sectorcodes kennen aan de raad van toezicht van een semipublieke instelling “zware bevoegdheden” toe: benoeming en ontslag van bestuurders, vaststelling van de jaarrekening, etc. Ik meen echter dat de raad van toezicht van een semipublieke instelling, net als de raad van toezicht van een pensioenfonds, nog uitdrukkelijker bevoegdheden zou moeten hebben in verband met toezicht op en bewaking van de publieke middelen, zoals goedkeuringsbevoegdheden ten aanzien van besluiten tot doelwijziging, fusie en splitsing, ontbinding en vaststelling van het liquidatiesaldo.

## 6.4 Stichtingen die zijn onderworpen aan extern toezicht

### 6.4.1 Inleiding

In zekere zin wordt op alle stichtingen extern toezicht gehouden door het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie heeft onder meer de bevoegdheid om het bestuur te verzoeken om inlichtingen te verschaffen in geval van ernstige twijfel of de wet of de statuten van de stichting te goeder trouw worden nageleefd dan wel of het bestuur naar behoren wordt gevoerd (artikel 2:297 BW). Het

## HOOFDSTUK 6

openbaar ministerie kan de rechter bovendien verzoeken een stichtingsbestuurder te ontslaan (artikel 2:298 BW). In de praktijk maakt het openbaar ministerie, zoals reeds eerder opgemerkt, van deze toezichthoudende bevoegdheden niet of nauwelijks gebruik.<sup>96</sup>

Voor stichtingen in bepaalde sectoren geldt bovendien dat toezicht wordt gehouden door een externe toezichthouder, die eigen (handhavings)bevoegdheden heeft. Zo vindt in de semipublieke sector, vanwege de “systeemverantwoordelijkheid” van de overheid (voor goede zorg, goed onderwijs en voldoende betaalbare volkshuisvesting), toezicht door een inspectie en/of de voor de sector verantwoordelijke Minister plaats. Hierna worden enkele voorbeelden van stichtingen met een externe toezichthouder genoemd. Aan de orde komen de rol van de raad van toezicht jegens de externe toezichthouder en de verhouding tussen het interne en het externe toezicht.

### 6.4.2 Voorbeelden van stichtingen met een externe toezichthouder

#### *Onderwijsinstellingen*

De Inspectie van het onderwijs (Onderwijsinspectie) houdt toezicht op onderwijsinstellingen, waaronder onderwijsinstellingen die de rechtsvorm van een stichting hebben, binnen verschillende onderwijssectoren.<sup>97</sup> Het toezicht van de Onderwijsinspectie ziet op de kwaliteit van het onderwijs, maar omvat ook financieel toezicht dat hoofdzakelijk gericht is op de financiële continuïteit van onderwijsinstellingen en op de doelmatigheid en rechtmatigheid van de uitgaven die deze instellingen doen. De mate (intensiteit) van het toezicht is volgens de wet afhankelijk van de kwaliteit van het onderwijs, maar ook van de wijze waarop de professionaliteit van de instelling en het bestuur is gewaarborgd.<sup>98</sup>

De Minister van OCW heeft ten aanzien van onderwijsinstellingen in het hoger en wetenschappelijk onderwijs een aantal interventiemogelijkheden op grond van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (WHW). Zo kan de Minister de raad van toezicht van een hogeschool een aanwijzing geven ingeval van wanbeheer van bestuurders of leden van de raad van toezicht.<sup>99</sup> De desbetreffende artikelen in de WHW omschrijven wat onder wanbeheer wordt verstaan. Hieronder valt in ieder geval financieel wanbeleid,

---

96. Verdam 2011, p. 132, en Van Uchelen-Schipper 2015, p. 246.

97. Voorschoolse educatie, primair onderwijs (po), speciaal onderwijs, voortgezet onderwijs (vo), middelbaar beroepsonderwijs (mbo), hoger onderwijs en particulier onderwijs.

98. Aldus artikel 4 lid 3 WOT.

99. Zie artikel 9.9a WHW wat betreft openbare universiteiten en artikel 10.3e WHW wat betreft hogescholen.



maar ook ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de instelling. Voorts noemt de WHW als wanbeheer “ongerechtvaardigde verrijking, al dan niet beoogd” van de stichting, haar bestuurder of toezichthouder.

### *Zorginstellingen*

Bij zorginstellingen ziet de Inspectie Gezondheidszorg van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid (IGZ) toe op naleving van wetten op het gebied van kwaliteit van de zorg en op regels omtrent governance.<sup>100</sup> De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is belast met markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering in de zorg en is daarnaast belast met toezicht op de naleving van de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet langdurige zorg (Wlz).<sup>101</sup> De NZa is bevoegd om bepaalde aanwijzingen aan een zorginstelling te geven, bijvoorbeeld in verband met het in rekening brengen van tarieven door de zorginstelling.<sup>102</sup>

De Minister van VWS (of de IGZ namens deze) heeft een aantal interventiemogelijkheden, zoals de mogelijkheid om een schriftelijke aanwijzing te geven indien bepaalde wettelijke voorschriften omtrent het leveren van goede zorg<sup>103</sup> door de zorginstelling niet worden nageleefd.<sup>104</sup> Als de Minister van VWS van oordeel is dat de organisatiestructuur van de zorginstelling in ernstige mate afbreuk doet aan het verlenen van goede zorg, kan de bedoelde aanwijzing in de vorm van een structurele maatregel aan de zorginstelling opgelegd worden teneinde voortgaande inbreuk op de kwaliteit van de zorgverlening te voorkomen.<sup>105</sup> De Minister van VWS kan tot slot onder omstandigheden bestuursdwang uitoefenen of een last onder dwangsom aan de zorginstelling opleggen.<sup>106</sup>

---

100. Om precies te zijn: op naleving van de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en de transparantieregels in het Uitvoeringsbesluit WTZi. Naast de IGZ is er de Inspectie voor de Jeugdzorg (IJZ). Zie hierover ook de brief van de Minister en Staatssecretaris van VWS, ‘Goede zorg vraagt om goed bestuur – Beleidskader’, 13 januari 2016 (*Kamerstukken II* 2015-2016, 32012, 35).

101. Aldus artikel 16 WMG.

102. Artikel 76 WMG.

103. Onder goede zorg wordt verstaan zorg van goede kwaliteit en van goed niveau, aldus artikel 2 Wkkgz.

104. Artikel 27 Wkkgz.

105. Op grond van artikel 28 Wkkgz. De Minister van VWS dient, alvorens deze aanwijzing te geven, de NZa in de gelegenheid te stellen een rapport over de bedrijfskundige gevolgen van de aanwijzing uit te laten brengen (artikel 27 lid 2 Wkkgz).

106. Artikel 29 Wkkgz.

*Woningstichtingen*

De Autoriteit woningcorporaties (Aw), die ressorteert onder de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties (voorheen de Minister voor Wonen en Rijksdienst), houdt integraal toezicht op de rechtmatigheid, governance, integriteit en de financiële continuïteit bij woningstichtingen.<sup>107</sup> De Aw bepaalt welke gegevens en inlichtingen van de woningstichting nodig zijn voor de uitoefening van haar taken en voert onder meer een geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets uit naar zowel bestuurders als leden van de raad van toezicht van de woningstichting.<sup>108</sup> De Minister kan op grond van de Woningwet een woningstichting een aanwijzing geven om een of meer handelingen te verrichten of na te laten.<sup>109</sup> De Minister kan voorts op grond van de Woningwet de rechtbank verzoeken om de woningstichting onder bewind te stellen.<sup>110</sup>

Op grond van de Woningwet is de Minister bevoegd om bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam een verzoek in te dienen om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken binnen de woningstichting.<sup>111</sup> Van belang is voorts dat de Minister namens de woningstichting een verzoek kan indienen bij de Ondernemingskamer om leden van de raad van toezicht van de woningstichting (in de Woningwet “commissarissen” genoemd) te ontslaan vanwege taakverwaarlozing, andere gewichtige redenen of ingrijpende wijziging van de omstandigheden.<sup>112</sup> De Minister heeft voorts een *eigen* bevoegdheid, dus zonder tussenkomst van de Ondernemingskamer, om over te gaan tot schorsing van een lid van de raad van toezicht.<sup>113</sup> Daarbij geldt wel dat

---

107. Artikel 60-61 Woningwet. Wat betreft aanwijzingen die verband houden met de financiële continuïteit van een woningcorporatie heeft de Aw bijvoorbeeld namens de Minister aan Stichting Humanitas Huisvesting een aanwijzing gegeven om een herstructureringsplan op te stellen (op grond van artikel 61 sub d lid 1 Woningwet). Daarbij is een speciale “externe toezichthouder” aangewezen die toeziet of het plan voldoet aan alle gestelde eisen. Stichting Humanitas Huisvesting kan geen besluiten nemen op het terrein waar de herstructurering betrekking op heeft zonder voorafgaande toestemming van de toezichthouder. ([www.ilent.nl/actueel/nieuws/2016/10/18/aw-grijpt-in-bij-stichting-humanitas-huisvesting](http://www.ilent.nl/actueel/nieuws/2016/10/18/aw-grijpt-in-bij-stichting-humanitas-huisvesting)).

108. Artikel 61b lid 2, artikel 25 en 30 Woningwet.

109. Artikel 61d Woningwet.

110. Artikel 61h Woningwet.

111. Artikel 39 Woningwet juncto artikel 2:345 BW. Bij een zorginstelling heeft de Minister van VWS deze bevoegdheid niet, de cliëntenraad van een zorginstelling heeft echter wel enquêtebevoegdheid.

112. Artikel 33 lid 1 Woningwet. Volgens dit artikel kan het verzoek tot ontslag van een lid van de raad van toezicht (daar commissaris genoemd) worden ingediend door de instelling, die daarbij wordt vertegenwoordigd door de Minister of door het bestuur of de raad van toezicht.

113. Artikel 33 lid 2 Woningwet.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

de schorsing van het lid van de raad van toezicht van rechtswege vervalt indien de woningstichting of de Minister niet binnen een maand na de aanvang van de schorsing een verzoek tot ontslag bij de Ondernemingskamer heeft ingediend.<sup>114</sup>

De raad van toezicht dient op grond van de Woningwet in bepaalde gevallen de Aw (namens de Minister) op de hoogte te stellen van zijn werkzaamheden in verband met de uitoefening van zijn taak.<sup>115</sup> De raad dient de Aw in een aantal gevallen ongevraagd te informeren, bijvoorbeeld ingeval van (mogelijke) schade aan het belang van de volkshuisvesting, liquiditeits- of solvabiliteitsproblemen, maar ook indien sprake is van een onoverbrugbaar geschil tussen het bestuur en de raad van toezicht.<sup>116</sup> In de literatuur is, mijns inziens terecht, opgemerkt dat vanwege de gehanteerde open normen niet altijd duidelijk zal zijn wat en wanneer de raad van toezicht precies moet melden.<sup>117</sup> Tegelijk lijkt de Minister een ferme stok achter de deur te hebben, gelet op de eerder genoemde algemene bevoegdheid om leden van de raad van toezicht te schorsen.

### *Verhouding tussen intern en extern toezicht bij semipublieke instellingen*

De vraag kan rijzen wat de verhouding is tussen enerzijds de mogelijkheden van de sectorverantwoordelijke Minister (of de inspectie) op grond van specifieke sectorwetgeving en anderzijds de mogelijkheden van deze Minister op grond van Boek 2 BW. Hoe verhoudt zich bijvoorbeeld de mogelijkheid van de Minister van OCW om aan een onderwijsinstelling een aanwijzing te geven aan een bestuurder of lid van de raad van toezicht op grond van de WHW tot de mogelijkheid om via de rechter als belanghebbende schorsing of ontslag van een bestuurder of lid van de raad van toezicht te vorderen in geval van wanbeheer in de zin van artikel 2:298 BW (zie ook paragraaf 6.2.3)?

Een andere vraag, die voor de rol en positie van de raad van toezicht relevant is, is hoe de mogelijkheden van de verantwoordelijke Minister om in te grijpen (op grond van sectorregels en/of Boek 2 BW) zich verhouden tot de mogelijkheden die de raad van toezicht zelf heeft (op grond van Boek 2 BW of de statuten van de stichting). Als de raad van toezicht bijvoorbeeld signaleert dat sprake

---

114. Nog afgezien van de vraag of wanneer de Minister deze schorsingsbevoegdheid zou mogen gebruiken, dient opgemerkt te worden dat een periode van een maand erg kort is.

115. Artikel 31 lid 4 Woningwet juncto artikel 29 lid 1 Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015.

116. Volgens de toelichting op artikel 29 Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 heeft de laatstgenoemde informatieverplichting voor de raad van toezicht het karakter van een klokkenluidersregeling (Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015, *Stb.* 2015, 231, p. 91-92).

117. Koster 2016, Hoppenbrouwers & Rensen 2015, p. 1108.

## HOOFDSTUK 6

is van financieel wanbeheer door een bestuurder, dient hij dan eerst zelf actie te ondernemen en bijvoorbeeld in het uiterste geval een bestuurder te schorsen of dient hij dit direct aan de externe toezichthouder te melden zodat deze (ook) maatregelen kan nemen?

De toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie schreef in 2013 in zijn brief over aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de semipublieke sector het volgende over de verhouding tussen intern en extern toezicht:

“Het gedrag van interne toezichthouders kan worden beïnvloed door externe toezichthouders. Interne toezichthouders kunnen zich gesterkt weten jegens het bestuur als zij kunnen terugvallen op een externe toezichthouder of als zij worden verplicht om aan een externe toezichthouder melding te doen van vermoeden van wanbeheer.”<sup>118</sup>

De Minister van V&J signaleert vervolgens dat hieraan het risico verbonden is dat interne toezichthouders zich verschuilen achter externe toezichthouders of klem komen te zitten tussen bestuur en externe toezichthouders. De Minister noemt als voorbeelden van bevoegdheden die externe toezichthouders hebben: het geven van een aanwijzing, het toetsen van de geschiktheid van bestuurders en toezichthouders en, in bijzondere omstandigheden, het schorsen of ontslaan van bestuurders en toezichthouders. De raad van toezicht dient daarbij volgens de Minister van V&J zijn eigen verantwoordelijkheid in het oog te houden en kan niet wachten tot de externe toezichthouder wat doet.

### *Informatie-uitwisseling tussen intern en extern toezicht bij semipublieke instellingen*

In de Kabinetsreactie op rapporten van de WRR in 2014 wordt ingegaan op het belang van contacten tussen intern en extern toezicht.<sup>119</sup> Het Kabinet roept raden van toezicht van semipublieke instellingen op om externe toezichthouders vaker te informeren “in elk geval in situaties waarbij zij zorgen of ernstige twijfels hebben over kwaliteit van dienstverlening of de financiële toestand van een organisatie”. De Kabinetsreactie vervolgt:

“Het interne toezicht is momenteel meestal niet verplicht (c.q. wordt niet aangemoedigd) om de desbetreffende inspectie te informeren over gesignaleerde risicovolle zaken. Wel gaat de Minister van OCW bij wet vastleggen

---

118. Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in semipublieke sectoren, 12 november 2013’ met kenmerk 435758, p. 7.

119. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 822, nr. 3, met een reactie op de WRR Rapporten 2013 en 2014.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

in welke gevallen de interne toezichthouder de Inspectie voor het Onderwijs moet informeren over zaken die hij tijdens de uitoefening van zijn toezichtrol tegenkomt.”<sup>120</sup>

De Minister en de Staatssecretaris van VWS schrijven in hun Beleidskader over goed bestuur in de zorg in januari 2016 dat interne en externe toezichthouders gescheiden verantwoordelijkheden hebben.<sup>121</sup> Het bestuur is voor de externe toezichthouder het eerste aanspreekpunt. Zij menen echter dat er risicovolle situaties kunnen zijn waarin de externe toezichthouder in contact treedt met de interne toezichthouder, bijvoorbeeld om zich ervan te vergewissen of de waarschuwendende signalen van de externe toezichthouder aan de bestuurders ook aan hen zijn doorgegeven. Bovendien verwachten externe toezichthouders dat interne toezichthouders bij hen problemen melden die binnen de organisatie zelf niet worden opgelost, aldus de Minister en de Staatssecretaris van VWS.<sup>122</sup> Afgewacht moet worden hoe dit in de praktijk uitwerkt en hoe raden van toezicht met hun informatieplicht jegens de externe toezichthouder om (moeten) gaan.<sup>123</sup> In verband met de taakvervulling door de raad van toezicht is het van belang dat aan de raad van toezicht door de desbetreffende Ministers meer *guidance* wordt geboden, bijvoorbeeld in beleidsregels.

### *Rangorde tussen maatregelen door de raad van toezicht en de externe toezichthouder?*

In sommige gevallen kan het onduidelijk zijn welke maatregelen in welke volgorde genomen moeten worden door de interne en/of de externe toezichthouder. Hiervoor werd voor zorginstellingen de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van VWS genoemd. Als de Minister van VWS bijvoorbeeld constateert dat sprake is van “een risicovolle situatie” kan een aanwijzing worden gegeven in de vorm van bestuurlijke ondertoezichtstelling. Volgens het eerder genoemde Beleidskader kan het dan bijvoorbeeld gaan om het verplicht bijplaatsen van een deskundige in de raad van bestuur of in de raad van toezicht. Als *ultimum*

---

120. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 822, nr. 3, p. 8.

121. Minister en Staatssecretaris van VWS, ‘Goede zorg vraagt om goed bestuur – Beleidskader’, 13 januari 2016, *Kamerstukken II* 2015-2016, 32012, 35, p. 6-8. Zie hierover ook Plomp 2016, p. 116.

122. Minister en Staatssecretaris van VWS, ‘Goede zorg vraagt om goed bestuur – Beleidskader’, 13 januari 2016, *Kamerstukken II* 2015-2016, 32012, 35.

123. Er lopen verschillende onderzoeken op het gebied van de relatie tussen interne en externe toezichthouders. Zie bijvoorbeeld het onderzoek van het IvO Center for Financial Law & Governance van de Erasmus Universiteit Rotterdam in samenwerking met het Nationaal Register ([www.nvtz.nl/nieuws/74-onderzoek-naar-de-relatie-interne-toezichthouder-met-de-externe-toezichthouder-en-de-externe-accountant](http://www.nvtz.nl/nieuws/74-onderzoek-naar-de-relatie-interne-toezichthouder-met-de-externe-toezichthouder-en-de-externe-accountant)). Dit onderzoek richt zich op drie sectoren: de pensioensector, de zorgsector en de woningcorporatiesector.

## HOOFDSTUK 6

*remedium* kan de aanwijzing inhouden dat de raad van bestuur of de raad van toezicht wordt uitgebreid of dat een of meer bestuurders of leden van de raad van toezicht worden vervangen.<sup>124</sup> Door het ingrijpen in de samenstelling van het bestuur en/of de raad van toezicht worden de bevoegdheden van de raad van toezicht in vergaande mate beperkt.<sup>125</sup> Sommige auteurs plaatsen dan ook, mijns inziens terecht, vraagtekens bij de proportionaliteit van het gebruikmaken van deze aanwijzingsbevoegdheid.<sup>126</sup>

In een concrete situatie, bijvoorbeeld indien sprake is van disfunctionerende bestuurders, kan het onduidelijk zijn of de situatie eerst intern door de raad van toezicht moet worden opgelost of dat de raad van toezicht (ook) direct melding moet doen bij de externe toezichthouder zodat deze over kan gaan tot het treffen van maatregelen. Het lijkt in het geval van een disfunctionerende bestuurder logisch dat de Minister pas gebruik maakt van zijn bevoegdheid tot ontslag of schorsing van een bestuurder, nadat hij de raad van toezicht de gelegenheid heeft gegeven om hiertoe over te gaan. Net als de Minister heeft de raad van toezicht van een zorginstelling bijvoorbeeld als taak om toe te zien op de kwaliteit en de veiligheid van de door de instelling verleende zorg en dient de raad te handelen en eventueel met gebruikmaking van de aan de raad toekomende bevoegdheden in te grijpen als het bestuur daar onvoldoende verantwoordelijkheid voor neemt. Het is mijns inziens voor de positie van de raad van toezicht van belang dat de rangorde van maatregelen van de interne en de externe toezichthouder (en de bevoegdheidsverdeling) duidelijker blijkt uit wetgeving of beleidsregels dan nu het geval is.

### *Pensioenfondsen*

Pensioenfondsen zijn financiële instellingen waarop extern toezicht wordt uitgeoefend door twee externe toezichthouders: De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Het externe toezicht kan worden onderscheiden in prudentieel toezicht, gedragstoezicht en materieel toezicht.<sup>127</sup> De AFM is belast met gedragstoezicht, dat is gericht op de naleving van normen ten aanzien van voorlichting door het pensioenfonds aan onder meer de deelnemers en pensioengerechtigden, welk gedragstoezicht is uitgewerkt in de Wet op het financieel toezicht (Wft).<sup>128</sup> DNB is belast met het prudentieel toezicht en het materieel toezicht. Prudentieel toezicht is gericht op

---

124. Minister en Staatssecretaris van VWS, 'Goede zorg vraagt om goed bestuur – Beleidskader', 13 januari 2016, *Kamerstukken II 2015-2016*, 32012, 35, p. 6-8. Zie hierover ook Plomp 2016, p. 116.

125. Plomp 2016, p. 117.

126. Zie bijvoorbeeld Sijmons 2016.

127. Artikel 151 Pw. Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.

128. Artikel 151 lid 2 Pw. Verdam 2011, p. 131-132.

de normen ten aanzien van de financiële soliditeit van pensioenfondsen en het bijdragen aan de financiële stabiliteit van de pensioensector.<sup>129</sup> Algemene prudentiële regels zijn opgenomen in de Pensioenwet (Pw) en prudentiële regels ten aanzien van het vermogen van pensioenfondsen zijn opgenomen in het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit FTP). Materieel toezicht is toezicht gericht op alle normen in de Pw die geen onderdeel uitmaken van gedragstoezicht of prudentieel toezicht en ziet onder meer op de naleving van de governancevereisten die zijn opgenomen in de Pw.

Een pensioenfonds beheert middelen ten behoeve van derden en vertoont gelijkenissen met andere “financiële ondernemingen”. De wetgever acht het van groot belang dat een pensioenfonds financieel solide is, dat zijn bedrijfsvoering integer en beheerst is en dat de geschiktheid en de betrouwbaarheid van de personen die het (dagelijks) beleid van een pensioenfonds bepalen buiten twijfel staat.<sup>130</sup> Om die reden is het hiervoor genoemde externe toezicht een uitgebreide en intensieve vorm van toezicht.<sup>131</sup>

Het pensioenfonds dient actief bepaalde informatie aan de toezichthouder te verstrekken. Zo dient een afschrift van de akte van oprichting van het pensioenfonds toegezonden te worden en dient iedere wijziging van de statuten of het reglement doorgegeven te worden.<sup>132</sup> De toezichthouder kan ten behoeve van het toezicht op de naleving van de Pw bovendien van “een ieder” inlichtingen over het pensioenfonds vorderen.<sup>133</sup>

DNB beschikt over een ruim scala aan handhavingsinstrumenten, waaronder de bevoegdheid tot het geven van een aanwijzing aan het pensioenfonds, de benoeming van een curator, de bevoegdheid om de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam te verzoeken een bewindvoerder over het pensioenfonds aan te stellen en het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.<sup>134</sup> Ook hier kan de vraag gesteld worden hoe deze bevoegdheden van de externe toezichthouder zich verhouden tot de rol en bevoegdheden van de interne toezichthouder.

Net als bij semipublieke instellingen geldt als uitgangspunt dat de raad van toezicht zijn eigen taak en verantwoordelijkheid in het oog dient te houden, hetgeen zal inhouden dat de raad zich niet achter de externe toezichthouder kan verschuilen wat betreft het nemen van maatregelen die in bepaalde omstandigheden, gelet op het belang van de stichting, noodzakelijk zijn. Anders dan bij

---

129. Artikel 151 lid 4 Pw.

130. Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015.

131. Aldus Verdam 2011, p. 132.

132. Artikel 112 en 113 Pw.

133. Artikel 167 en 168 Pw.

134. Artikelen 171-173 en 175-176 Pw.

## HOOFDSTUK 6

semipublieke instellingen lijkt de Pw echter meer richting te geven wat betreft de rangorde tussen het nemen van maatregelen door het interne en externe toezicht in het geval dat sprake is van disfunctionerende bestuurders. De raad van toezicht van het pensioenfonds meldt het disfunctioneren van het bestuur aan het verantwoordingsorgaan (waarin deelnemers en pensioengerechtigden zijn vertegenwoordigd), het belanghebbendenorgaan en de partij die bevoegd is tot benoeming van het bestuur. Indien de partij die bevoegd is tot benoeming van het bestuur naar aanleiding van de melding niet binnen een redelijke termijn naar tevredenheid van de raad van toezicht handelt, meldt de raad van toezicht het disfunctioneren van het bestuur aan DNB.<sup>135</sup>

### 6.4.3 *Samenvatting en conclusies*

In de semipublieke sector wordt extern toezicht op stichtingen gehouden door de sectorverantwoordelijke Minister en/of door een inspectie. Pensioenfondsen kennen DNB en AFM als externe toezichthouders. Veel soorten semipublieke instellingen en pensioenfondsen hebben daarnaast een raad van toezicht. Sommige externe toezichthouders hebben op grond van sectorwetgeving de bevoegdheid om een aanwijzing geven ingeval van “wanbeheer”. Zij hebben in een aantal gevallen de mogelijkheid om bestuurders en leden van de raad van toezicht te schorsen of te ontslaan. Bij een zorginstelling kan de externe toezichthouder bijvoorbeeld een deskundige bijplaatsen in het bestuur of in de raad van toezicht, het bestuur of de raad van toezicht uitbreiden en een of meer bestuurders of leden van de raad van toezicht vervangen. Door dergelijk ingrijpen in de samenstelling van het bestuur en/of de raad van toezicht worden de bevoegdheden van de raad van toezicht in vergaande mate beperkt.

De raad van toezicht is in sommige gevallen op grond van sectorregels verplicht om de externe toezichthouder op de hoogte te stellen indien sprake is van “ongewone omstandigheden”. Het lijkt niet altijd duidelijk te zijn welke informatie de raad van toezicht precies moet doorgeven en wat het geschikte moment daarvoor is. Van belang is dat in beleidsregels *guidance* op dit gebied wordt geboden.

Volgens de Minister van V&J doen de bevoegdheden van de externe toezichthouder niet af aan de eigen verantwoordelijkheid van de raad van toezicht. Als de raad van toezicht bijvoorbeeld constateert dat sprake is van wanbeheer door bestuurders, mag hij niet wachten tot de externe toezichthouder actie onderneemt. Voor pensioenfondsen volgt uit de Pw dat eerst intern maatregelen genomen dienen te worden in het geval dat het bestuur disfunctioneert. Pas als

---

135. Artikel 104 lid 5 Pw.



deze maatregelen niet voldoende zijn, wordt een melding gedaan aan DNB en kan DNB actie ondernemen. Bij semipublieke instellingen is de bevoegdheidsverdeling tussen de interne en de externe toezichthouder minder duidelijk. Zo zou in een bepaald geval zowel de desbetreffende Minister (of inspectie) als de raad van toezicht bevoegd kunnen zijn een disfunctionerende bestuurder of lid van de raad van toezicht te schorsen.<sup>136</sup> Deze onduidelijkheid is onwenselijk. De bevoegdheden en de rangorde van deze maatregelen zou in sectorwetgeving of in beleidsregels scherper moeten worden afgebakend.

## 6.5 Stichtingen met een grote onderneming of een groot vermogen en groepsvorming

### 6.5.1 *Inleiding*

Hiervoor bleek dat in sectorregels en codes voor bepaalde soorten stichtingen die een “grote onderneming” hebben (zoals semipublieke instellingen) en/of een “groot vermogen” beheren (zoals pensioenfondsen en fondsenwervende instellingen) een raad van toezicht verplicht gesteld is.

Andere stichtingen, waaronder stichtingen in de private sector die een grote onderneming hebben en/of een groot vermogen beheren, kunnen vrijwillig een raad van toezicht instellen. In deze paragraaf komt aan de orde wanneer sprake is van een grote onderneming. Bovendien komt de vraag aan de orde of niet voor alle stichtingen met een grote onderneming een raad van toezicht met bepaalde bevoegdheden verplicht gesteld zou moeten worden.

Ingegaan wordt op de rol van de raad van toezicht ten aanzien van de door de stichting in stand gehouden onderneming of het door de stichting beheerde vermogen. Stichtingen met een grote onderneming en/of een groot vermogen kunnen, bijvoorbeeld ter spreiding van risico's, hun onderneming of vermogen of een deel daarvan onderbrengen in één of meer dochtermaatschappijen. Hoe pakken de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting uit in een groepsverband?

---

136. Zie bijvoorbeeld artikel 33 lid 2 Woningwet waarin te lezen is dat zowel de raad van toezicht als de Minister een lid van de raad van toezicht kan schorsen.

6.5.2 *Stichtingen met een grote onderneming*

*Ondernemingsbegrip*

De wetgever sluit voor wat betreft het ondernemingsbegrip in Boek 2 BW aan bij het ondernemingsbegrip dat is opgenomen in de Handelsregisterwet. Het criterium is of een of meer ondernemingen in stand worden gehouden die in het handelsregister moeten worden ingeschreven. Of zij ook feitelijk zijn ingeschreven, is niet van belang.<sup>137</sup>

Het begrip onderneming komt in relatie tot stichtingen op een aantal plaatsen in de wet voor: in het jaarrekeningenrecht, het enquêterecht en in de bepalingen waarin interne aansprakelijkheidsregels van overeenkomstige toepassing op bestuurders van stichtingen worden verklaard. Het ondernemingsbegrip is in deze bepalingen echter steeds verschillend omschreven.<sup>138</sup>

Wat betreft beperkingen van het aantal toezichthoudende functies wordt verwezen naar stichtingen met een “grote onderneming”, of preciezer gezegd: stichtingen die kwalificeren als “groot” in de zin van het jaarrekeningenrecht (artikel 2:297a en 2:297b BW).

*Rol van de vrijwillige raad van toezicht*

Een stichting met een grote onderneming kan vrijwillig besluiten om een raad van toezicht in te stellen, bijvoorbeeld vanwege het feit dat sprake is van een complexe organisatie met veel werknemers. Ook bij een stichting met een kleine onderneming kan behoefte bestaan aan expertise en ervaring die kan worden geboden door een raad van toezicht. De onderneming kan weliswaar klein zijn, maar de risico's kunnen relatief groot zijn, mede vanuit het perspectief van de geldverstrekkers en de begunstigen van de stichting. Wanneer een onderneming snel groeit bestaat bijvoorbeeld het risico dat het bestuur onjuiste

---

137. Aanwijzingen voor de aanwezigheid van een onderneming zijn opgenomen in het Handelsregisterbesluit en de Beleidsregel ‘Het ondernemingsbegrip in het handelsregister’.

138. Zaman 2011, p. 99 e.v., Van Uchelen-Schipper 2015, p. 238-239. Voor de toepasselijkheid van het enquêterecht geldt dat de stichting een onderneming in stand moet houden waarvoor ingevolge de WOR een ondernemingsraad (OR) moet worden ingesteld (artikel 2:344 BW). Op grond van de huidige tekst van art 2:300a BW zijn de Boek 2-regels over interne aansprakelijkheid van bestuurders slechts van toepassing indien sprake is van faillissement en de stichting een onderneming heeft die aan vennootschapsbelasting is onderworpen. Overigens is in de MvT bij het Wetsvoorstel btrp opgemerkt dat het voorstel van de Commissie vennootschapsrecht om de verschillende wijze van categorisering van stichtingen in onder meer het enquêterecht en het jaarrekeningenrecht, opnieuw te bezien, niet is overgenomen. Deze suggestie kan wel worden betrokken bij de evaluatie van de door de Wet bestuur en toezicht geïntroduceerde wettelijke beperking van het aantal commissariaten, aldus MvT Wetsvoorstel btrp, p.9.

strategische beslissingen neemt of de controle over de onderneming kwijtraakt. Naarmate een stichting een grote organisatie heeft en meer werknemers in dienst heeft, wordt zij mogelijk fraudegevoeliger, aangezien het bestuur minder grip heeft op de organisatie. De raad van toezicht kan dan bijvoorbeeld een belangrijke rol vervullen in het kader van toezicht op risicobeheersing, maar de nadruk kan ook gelegd worden op de adviserende rol of klankbordfunctie ten aanzien van het te voeren ondernemingsbeleid.

*Verplichte raad van toezicht op grond van sectorregels en sectorcodes*

Uit paragraaf 6.3 bleek dat bij verschillende soorten stichtingen met een grote onderneming een raad van toezicht is voorgeschreven. Semipublieke instellingen, zoals gesubsidieerde hogescholen, ziekenhuizen en woningcorporaties voeren een – soms grote – onderneming. Voor dergelijke instellingen is een raad van toezicht verplicht gesteld, die op grond van sectorregels en sectorcodes een rol toebedeeld heeft gekregen in verband met toezicht op de continuïteit van de onderneming en op de risicobeheersing in verband met de onderneming.

In paragraaf 6.3 werd beschreven dat ook voor grotere fondsenwervende instellingen, vermogensfondsen en culturele instellingen een raad van toezicht is voorgeschreven in sectorcodes. De raad van toezicht van dergelijke stichtingen zal mede tot taak hebben toe te zien op het beheer van het vermogen dat tot stand is gekomen met geld van derden, waaronder de overheid. Ook voor pensioenfondsen en grotere claimstichtingen, die een model met een raad van toezicht of een *one tier board* (moeten) hebben, geldt dat de raad van toezicht toeziet op het vermogensbeheer en rechtmatige besteding van het vermogen.

*Structuurregeling voor grote stichtingen?*

In paragraaf 3.3.4 kwam al aan de orde dat de wetgever er voor gekozen heeft om slechts aparte structuurregimeregels in Boek 2 BW op te nemen voor grote “commerciële rechtspersonen”. NV’s, BV’s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, die blijkens het bestuursverslag gedurende een bepaalde periode een ondernemingsraad hebben ingesteld, meer dan honderd werknemers in dienst hebben en een geplaatst kapitaal en reserves (bij NV’s en BV’s), respectievelijk een eigen vermogen (bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen) boven een bepaald bedrag hebben, moeten een raad van commissarissen instellen.<sup>139</sup>

De raad van commissarissen van een structuurvennootschap heeft bepaalde wettelijke bevoegdheden, zoals de bevoegdheid om bestuurders te benoemen en bestuursbesluiten die ingrijpen in de structuur van de rechtspersoon goed te keuren. Leden van de raad van commissarissen worden benoemd door de algemene vergadering, op voordracht van de ondernemingsraad, de raad van commissarissen en de algemene vergadering zelf.

---

139. Artikel 2:63b, 153 en 263 BW.

## HOOFDSTUK 6

Anders dan bij NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen met een grote onderneming, is instelling van een raad van toezicht voor een stichting met een grote onderneming niet verplicht gesteld op grond van Boek 2 BW. De vraag kan worden gesteld of Boek 2 BW een structuurregeling voor stichtingen ("structuurstichting") zou moeten bevatten. Ik meen dat een regeling met een verplichte raad van toezicht voor grote stichtingen in Boek 2 BW niet voor de hand ligt vanwege de eigen aard en organisatiestructuur van de stichting.<sup>140</sup> Bovendien zou wat betreft de toepasselijkheid van de structuurregeling een in de wet vastgelegde grens die is gekoppeld aan een bepaalde omvang van de onderneming en een bepaald aantal werknemers, mijns inziens niet werken. Bij de vraag of een raad van toezicht voorgeschreven moet worden en welke bevoegdheden deze dient te krijgen, gaat het niet alleen om de omvang van de onderneming, maar ook om het doel van de stichting en de daarbij betrokken belangen. Daarbij dient mijns inziens gekeken te worden naar de aard en complexiteit van de aan de stichting verbonden onderneming en, belangrijker nog, de herkomst van het ondernemingsvermogen: is dit gevormd door overheidsgeld en geld van andere derden?

Mijns inziens is het terecht dat per sector geregeld is of en wanneer er bij een stichting in de desbetreffende sector een raad van toezicht (of een *one tier board*) ingesteld moet worden. Bij het opstellen van dergelijke regelingen en het toekennen van bevoegdheden aan de raad van toezicht kan uiteraard inspiratie worden opgedaan bij de bestaande structuurregelingen voor corporatieve rechtspersonen.

### 6.5.3 Stichtingen die een groot vermogen beheren

Pensioenfondsen en fondsenwervende instellingen beschikken over een vaak omvangrijk en complex vermogen dat is gevormd door bijdragen van derden. Ook woningcorporaties, fondsenwervende instellingen en vermogensfondsen kunnen beschikken over een omvangrijk vermogen. Het vermogen van een stichting is doelgebonden en dus, net als de aan de stichting verbonden onderneming, primair dienstbaar aan het stichtingsdoel. Het bestuur is verantwoordelijk voor het voeren van financieel beleid, waaronder het beleid met betrekking tot

---

140. De structuurregeling is zo ingericht dat de ondernemingsraad, naast de algemene vergadering en de raad van commissarissen, invloed krijgt op de samenstelling van de raad van commissarissen. Tijdens de parlementaire behandeling van de structuurregeling (zie paragraaf 3.3.4) is mijns inziens terecht opgemerkt, dat een met de structuurregeling vergelijkbare regeling in Boek 2 BW voor stichtingen met een grote onderneming alleen al niet werkt vanwege het ontbreken van de factor kapitaal. Voordrachtsrechten van bepaalde belanghebbenden (begunstigden) ten aanzien van leden van de raad van toezicht worden mijns inziens terecht via sectorregels "op maat gemaakt".

het aanhouden en opbouwen van reserves en het beleid in verband met verantwoord vermogensbeheer. Bij stichtingen die over een groot vermogen beschikken is een belangrijk onderdeel van de taak van de raad van toezicht om toe te zien op de financiële continuïteit, dat wil zeggen: toezicht op continuïteit van het stichtingsvermogen.

*Financiële continuïteit*

De Woningwet bepaalt voor woningcorporaties dat een zodanig financieel beleid en beheer wordt gevoerd, dat de financiële continuïteit niet in gevaar wordt gebracht.<sup>141</sup> Daartoe dient het bestuur op grond van de Woningwet een reglement op te stellen, waarin is opgenomen binnen welke grenzen de aan haar financiële beleid en beheer verbonden risico's aanvaardbaar zijn en welk beleid het bestuur beoogt te voeren ingeval haar financiële continuïteit in gevaar komt of in gevaar dreigt te komen.

Wat betreft fondsenwervende instellingen is in de door de brancheorganisatie opgestelde richtlijn eveneens voorgeschreven dat het bestuur beleid dient op te stellen met betrekking tot het aanhouden van reserves en fondsen. Indien gebruik wordt gemaakt van spaar- of beleggingsvormen dient het bestuur in het beleid duidelijkheid te bieden over het doel en de tijdshorizon van de beleggingen en over het risicoprofiel en de samenstelling van de beleggingsportefeuille.<sup>142</sup>

Aan de raad van toezicht van pensioenfondsen is een aantal jaar geleden, ter versterking van het interne toezicht, een aantal extra bevoegdheden toegekend. Zo heeft de raad van toezicht een aantal wettelijke goedkeuringsrechten ten aanzien van "institutionele beslissingen", waaronder liquidatie van het fonds, samenvoeging van fondsen en omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm. De toelichting uit 2012 bij de Wet Versterking Pensioenfondsen zegt hierover: "De raad van toezicht heeft op deze onderwerpen een goedkeuringsrecht gekregen om goed uitvoering te kunnen geven aan haar taak toe te zien op de bestuursprocessen en een adequate risicobeheersing."<sup>143</sup>

---

141. Artikel 55a lid 1 Woningwet.

142. Zie door de brancheorganisatie Goede Doelen Nederland opgestelde Richtlijn Financieel Beheer Goede Doelen.

143. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 12.

## HOOFDSTUK 6

### *Prudent person-regels*

Wat betreft het vermogen van pensioenfondsen bevat het Besluit Financieel Toetsingskader Pensioenfondsen (Besluit FTP) prudentiële regels. De reeds in paragraaf 6.3.4 genoemde *prudent person*-regels beogen te bevorderen dat de betrokken belangen juist en zorgvuldig worden behartigd en dat bestuurders en interne toezichthouders voldoende deskundig zijn en op juiste wijze rekening en verantwoording afleggen. Daarbij staat de zorgvuldigheid van het beleggingsproces en het risico- en rendementsprofiel van een beleggingsportefeuille centraal.<sup>144</sup> Een pensioenfonds moet volgens het Besluit FTP beschikken over goede administratieve en boekhoudkundige procedures en adequate interne controlemechanismen.<sup>145</sup> Het pensioenfonds dient er voor zorg te dragen dat er een balans is tussen omvang, aard en complexiteit van de beleggingsportefeuille enerzijds en de aanwezige kennis en ervaring en het risicobeheer anderzijds.<sup>146</sup>

De taak en instrumenten van de raad van toezicht in verband met risicobeheersing komen in paragraaf 6.6 hierna verder aan de orde.

### *6.5.4 Groeps- en concernvorming*

Stichtingen kunnen deel uitmaken van een groep van rechtspersonen, bijvoorbeeld een groep met andere stichtingen of met BV's.<sup>147</sup> Zoals gezegd kan een stichting (een deel van) zijn onderneming of vermogen, bijvoorbeeld onroerend goed, overbrengen (laten "uitzakken") naar een afzonderlijke rechtspersoon. Indien de onderneming of het vermogen van de stichting uitzakt naar een andere rechtspersoon, kan bewerkstelligd worden dat de stichting over die andere rechtspersoon controle heeft en blijft behouden (zie ook paragraaf 4.5.5).

Hierna zal allereerst worden ingegaan op de begrippen groep, moederstichting en dochtermaatschappij. Vervolgens zal worden ingegaan op de rol en positie van de raad van toezicht van een stichting die onderdeel uitmaakt van een groep.

---

144. Maatman 2004, p. 262. Zo geeft artikel 13 lid 1 van het Besluit FTP een algemene nadere invulling van het beginsel van het beleggen volgens de prudent-person regel: "De waarden worden op zodanige wijze belegd dat de veiligheid, de kwaliteit, de liquiditeit en het rendement van de portefeuille als geheel zijn gewaarborgd."

145. Artikel 18 Besluit FTP.

146. Artikel 18-20 van het Besluit FTP.

147. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2016a, p. 872-876.

*Groepsbegrip; moederstichting, dochtermaatschappij en dochterstichting*

Een groep is in een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden (artikel 2:24b BW). De organisatorische verbondenheid tussen de verschillende rechtspersonen berust op overeenkomsten en/of op statutaire benoemingsrechten. Algemeen wordt aangenomen dat een belangrijk kenmerk van economische eenheid is, dat sprake is van centrale leiding.<sup>148</sup> Rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden worden groepsmaatschappijen genoemd.

Een stichting kan binnen een groep leiding geven, moederstichting zijn, maar kan ook een ondergeschikte, afhankelijke positie innemen. Het begrip “moeder” is in de wet niet omschreven, maar het begrip dochtermaatschappij is wel gedefinieerd in artikel 2:24a lid 1 BW en een moederstichting heeft noodzakelijkerwijs één of meer dochters. Voor de kwalificatie dochtermaatschappij is vereist is dat de moederstichting:

- zelf of via (of met) een of meer van haar dochtermaatschappijen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kan uitoefenen;
- zelf of via een of meer van haar dochtermaatschappijen lid of aandeelhouder is én de helft van de bestuurders of van de commissarissen kan benoemen of ontslaan.

Voor de kwalificatie “dochter” is bovendien van belang dat de stemrechten die zijn verbonden aan de aandelen kunnen worden toegerekend aan degene voor wiens rekening de aandelen worden gehouden (artikel 2:24a lid 3 BW).<sup>149</sup>

Volgens de letterlijke tekst van artikel 2:24a BW lijkt het niet mogelijk dat *een stichting* fungeert als dochter; een stichting kent immers geen leden of aandeelhouders.<sup>150</sup> Verdedigd wordt echter dat het begrip dochter in artikel

---

148. Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, par. I.1 en II.1.

149. Een stichting administratiekantoor houdt aandelen in het kapitaal van een BV in ruil voor certificaten die worden uitgegeven aan de eigenlijke kapitaalverschaffers. Bij certificering van aandelen zullen de aandelen doorgaans niet aan de stichting maar aan de certificaathouder worden toegerekend. Aldus Dorresteyn 2015, p. 469. Voorwaarde is dat de certificaathouder bevoegd is te bepalen hoe de aan de aandelen verbonden rechten worden uitgeoefend of dat hij bevoegd is zich de aandelen te verschaffen (artikel 2:24a lid 3 BW). Een en ander hangt samen met de administratievoorwaarden. Hoewel de stichting administratiekantoor alle of een deel van de aandelen houdt in een vennootschap, kwalificeert deze vennootschap dus niet als dochtervennootschap. Een stichting die prioriteitsaandelen of preferente aandelen verkrijgt in verband met een dreigende overval, verkrijgt stemrecht. Als dat tot gevolg heeft dat de stichting de meerderheid van de stemmen heeft wordt de vennootschap die aandelen bij de stichting plaatst een dochtermaatschappij van de stichting.

150. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 11.5.2, Asser/Rensen 2-III\* 2012/308.

## HOOFDSTUK 6

2:24a BW ruimer opgevat moet worden, aangezien niet-toepasselijkheid van artikel 2:24a BW ten aanzien van stichtingen niet valt te rijmen met de ratio van die bepaling: het onderkennen van een relatie tussen twee rechtspersonen waarbij de een beslissende zeggenschap kan uitoefenen over de ander.<sup>151</sup> Aangenomen wordt dat van een dochterstichting sprake is indien meer dan de helft van het aantal bestuurders door de moederrechtspersoon wordt benoemd.<sup>152</sup> Ook middels een personele unie van bestuurders tussen twee stichtingen kan een onderlinge relatie gecreëerd worden. Bij een personele unie is echter sprake van stichtingen die in beginsel gelijkwaardig zijn en om die reden dienen de statuten iets extra's te bevatten: zij dienen de onderlinge afhankelijkheid duidelijk te maken. Dit zal hierna uitgewerkt worden.

### *Taak van de raad van toezicht ten aanzien van dochters*

Uit de jurisprudentie volgt dat het bestuur van een moeder binnen een concern ten aanzien van dochters voldoende actieve algemene concernleiding dient uit te oefenen.<sup>153</sup> De raad van toezicht heeft als taak om toe te zien op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Algemeen wordt aangenomen dat de “daaraan verbonden onderneming of organisatie” bij een moedervereniging alle groepsmaatschappen die onder haar centrale leiding staan, dus alle dochters, omvat.<sup>154</sup> Mijns inziens kan van een moederstichting hetzelfde worden gezegd en strekt de taak van de raad van toezicht van de moederstichting zich mede uit over de dochters.

De Ondernemingskamer concludeerde in de Meavita-beschikking tot wanbeleid vanwege het gebrek aan centrale sturing door de moederstichting en overwoog daarbij dat het bestuur *en* de raad van commissarissen van de moederstichting ernstig tekortschoten door te kiezen voor een model waarin zij bestuurden, respectievelijk toezicht hielden, “op afstand”. In de praktijk werd te veel overgelaten aan de titulaire directeuren van de dochterstichtingen van Meavita Nederland, terwijl het ontbrak aan betrouwbare en adequate stuurinformatie op concernniveau en er sprake was van inadequaar risicomanagement.<sup>155</sup> De les

---

151. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 11.5.2, Asser/Rensen 2-III\* 2012/308, zie ook Groeneveld 2004, p. 200-201.

152. Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 11.5.2. Zie ook Hendriks 1994, p. 198.

153. HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/465, met noot Maeijer (Ogem). Wat betreft stichtingen volgt dit uit Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, met noot Van Schilfgaarde, *RO* 2016/8 (Meavita).

154. Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016, par. III.6.

155. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, met noot Van Schilfgaarde, *RO* 2016/8 (Meavita). Zie over Meavita ook Raaijmakers 2016 en Oostwouder & Scholten 2016.



die hieruit getrokken kan worden is dat de governancestructuur van de groep dusdanig moet zijn dat de raad van toezicht van de moederstichting voldoende zicht heeft op en controle kan uitoefenen over haar dochters.

*Het creëren van een dochterstichting*

Waar bij een dochter-BV de afhankelijkheidsverhouding is gebaseerd is op de aandelenverhouding, zijn het bij een dochterstichting doorgaans de statuten die de grondslag vormen voor de afhankelijkheidsverhouding. Een moeder-dochterverhouding tussen twee stichtingen kan gecreëerd worden middels benoemingsrechten: aan de moederstichting wordt het recht gegeven om (de meerderheid van) de bestuurders van de dochterstichting te benoemen.<sup>156</sup> De moederstichting kan ook zichzelf als enig bestuurder van de dochterstichting benoemen.<sup>157</sup>

De statuten van de dochterstichting kunnen ook een kwaliteitseis bevatten: bestuurders worden door de moederstichting benoemd en kunnen slechts personen zijn die tevens bestuurder van de moederstichting zijn. Teneinde te voorkomen dat de personele unie wordt doorbroken, doordat een bestuurder bijvoorbeeld terugtreedt als bestuurder van de dochterstichting maar niet van de moederstichting, kan in de statuten van de moederstichting bepaald worden dat het defungeren bij de dochterstichting tevens leidt tot defungeren bij de moederstichting. Er zijn ook andere mogelijkheden om een afhankelijkheidsrelatie te creëren, zoals een gedeeltelijke personele unie van bestuurders. De inhoud van de stichtingsstatuten bepaalt de mate van onderlinge afhankelijkheid.

Bij het creëren van een moederstichting en een dochterstichting is het ook van belang om in de statuten van de dochterstichting te letten op de bevoegdheid om te besluiten tot statutenwijziging. Als de moederstichting daarop onvoldoende invloed heeft, kan de dochterstichting zich immers “ontdoen” van de benoemingsstructuur en/of de kwaliteitseisen.<sup>158</sup> Teneinde dit te voorkomen kan bijvoorbeeld bepaald worden dat besluiten tot statutenwijziging slechts met instemming of goedkeuring van de moederstichting genomen kunnen worden.

---

156. Indien de moederstichting niet alle maar wel de meerderheid van de bestuurders van dochterstichting kan benoemen, dient in de statuten van de dochterstichting gelet te worden op bepalingen over besluitvorming (waaronder het quorum, tegenstrijdig belang, etc), maar ook ontstentenis en belet van bestuurders. Bepaald kan worden dat het bestuur van de dochterstichting slechts besluiten kan nemen met instemming van de door de moederstichting benoemde bestuurders.

157. Zie ook Houwen 1994, p. 141 e.v.. Zoals hiervoor in paragraaf 5.2.3 werd opgemerkt is het mijns inziens onjuist om in de statuten te bepalen dat het bestuur van de dochterstichting wordt gevormd door (het bestuur van) de moederstichting. Als gezegd is hiervoor naar mijn mening een uitdrukkelijke benoeming of aanwijzing benodigd.

158. Zie ook Dijk/Van der Ploeg, par. 11.5.2.

*Steunstichting*

Een bijzonder soort dochterstichting is de steunstichting die dienstbaar is aan een andere stichting, de moederstichting. In de filantropische sector komen bijvoorbeeld steunstichtingen voor.<sup>159</sup> Een steunstichting heeft doorgaans ten doel de moederstichting financieel te steunen, bijvoorbeeld door het inzamelen van gelden ten behoeve van de moederstichting, in het algemeen of voor een bepaald project, zoals een verbouwing.<sup>160</sup> Naast de term steunstichting komt ook de term “vriendenstichting” voor.<sup>161</sup> Het voordeel van een steunstichting is dat het vermogen is ondergebracht in een aparte stichting, zodat het is “veiliggesteld” ten opzichte van de activiteiten van de moederstichting. Van belang dat in de statutaire doelstelling van de steunstichting het ondersteunen van de moederstichting wordt genoemd, maar ook dat het doel van de steunstichting niet zo maar gewijzigd kan worden. Het vermogen van de steunstichting moet immers ten goede (blijven) komen aan de activiteiten van de moederstichting.

*Ledenverbod?*

De vraag kan worden gesteld hoe de toekenning van bepaalde bevoegdheden aan de moederstichting ten aanzien van de dochterstichting zich verhoudt tot het ledenverbod (paragraaf 4.7.4). Juist bij het creëren van een dochterstichting gaat het er immers om dat de moeder “overheersende zeggenschap” over of “beslissende invloed” op de dochter heeft.<sup>162</sup>

Spanning met het ledenverbod lijkt niet aan de orde als een moederstichting zelf enig bestuurder van de dochterstichting is. Uit de wetsgeschiedenis volgt immers dat bestuurders zelf het ledenverbod niet kunnen overtreden.<sup>163</sup> In groepsverbanden hoeft de moederstichting echter zelf niet de bestuurder van de dochterstichting te zijn, maar kan zij – als gezegd – op basis van de statuten van de dochter ook de bevoegdheid hebben om (de meerderheid van) de bestuurders van de dochter te benoemen. Uit artikel 2:285 lid 2 BW volgt dat deze bevoegdheid tot benoeming van bestuurders nog niet tot overtreding van het ledenverbod leidt. Goedkeuringsbevoegdheden van de moeder ten aanzien van bestuursbesluiten van de dochterstichting zullen mijns inziens evenmin tot overtreding van het ledenverbod leiden (zie paragraaf 4.7.4, er is slechts sprake van *negative control*).

---

159. Laseur-Eelman & Nolen 2015, p. 441-442.

160. Groeneveld-Louwerse & Suurland 2003, p. 228-235.

161. Een vriendenstichting kan gericht zijn op het organiseren van arbeidsintensieve activiteiten waarvoor de moederstichting zelf geen personeel beschikbaar heeft (mobiliseren van vrijwilligers, verzorgen van rondleidingen in musea, etc.) (De Kluiver 1988, p. 176).

162. Volgens Houwen 1994 is spanning met het ledenverbod in geval van moederstichtingen en dochterstichtingen niet aan de orde. Zie echter Groeneveld-Louwerse 2004, p. 203 e.v.

163. *Kamerstukken I 1955-1956*, 3463, nr. 100b, par. 4, p. 6.

Indien de moederstichting daarnaast statutaire instructiebevoegdheden heeft, zou spanning met het ledenverbod wel aan de orde kunnen zijn, met name als de moederstichting instructiebevoegdheden heeft waarmee zij kan ingrijpen in het wezen of de werkzaamheden van de stichting (zie ook paragraaf 5.5.9 en paragraaf 4.7.4). Houwen betoogt mijns inziens op goede gronden dat spanning met het ledenverbod in dergelijke groepsconstructies niet aan de orde is omdat hier slechts één rechtspersoon invloed kan uitoefenen en niet een orgaan waarin leden of aandeelhouders collectief als vergadering zeggenschapsrechten hebben.<sup>164</sup>

Een instructiebevoegdheid zal aan de moederstichting worden gegeven met het oog op het bewaken van het belang van de groep die door de moeder wordt aangestuurd. De dochterstichting heeft immers een eigen doel en een eigen belang. Zoals opgemerkt is het in verband met dat groepsbelang relevant dat het doel van de dochterstichting mede het groepsdoel omvat. Het bestuur van de dochterstichting, dat zich richt op verwezenlijking van het doel van de stichting, zal in dat geval het groepsdoel sowieso al mee moeten wegen en een instructiebevoegdheid van de moeder lijkt dan minder bezwaarlijk en wellicht ook minder noodzakelijk.<sup>165</sup>

#### *Groepsdoelstelling en groepsbelang*

In de statuten van de moederstichting kan tot uitdrukking gebracht worden dat de moeder de “centrale leiding” binnen de groep vormt. Het doel kan bijvoorbeeld omvatten: “het aansturen van de groepsmaatschappijen en werkmatschappijen van de stichting”. In de doelomschrijving van de dochter kan tevens de afhankelijkheidsrelatie van de dochterstichting tot uitdrukking gebracht worden en kan eventueel de groepsdoelstelling uitdrukkelijk genoemd worden.<sup>166</sup> Op deze wijze wordt benadrukt dat de bestuurders van de dochterstichting zich bij hun werkzaamheden voor de dochter (mede) dienen te richten naar de verwezenlijking van het groepsdoel en dat het beleid daarop afgestemd wordt.<sup>167</sup> Indien sprake is van een personele unie tussen de bestuurders van de moederstichting en de dochterstichting zullen bestuurders het beleid van de verschillende stichtingen op elkaar afstemmen.

164. Houwen 1994 en Houwen 2015.

165. Houwen schrijft in zijn artikel in 1994 dat, indien de groepsverbondenheid duidelijk in de doelomschrijving van de dochterstichting tot uitdrukking komt, er geen doorslaggevende bezwaren zijn die aan een statutaire instructiebevoegdheid van de moederstichting in de weg zouden kunnen staan.

166. Zie ook Houwen 1994, p. 141, Hendriks 1994, p. 49-52, en Groeneveld-Louwerse 2004, p. 201 en 207.

167. Zie wat betreft de toelaatbaarheid van een stichtingsdoelstelling die (volledig) dienstbaar is gemaakt aan het doel en het belang van de moeder: Hendriks 1994, p. 124-136.

## HOOFDSTUK 6

### *Instrumenten van de raad van toezicht ten aanzien van dochters*

In concernverhoudingen houdt de raad van toezicht van de moederstichting dus tevens toezicht op het concernbeleid van het bestuur, waarmee de raad van toezicht van de moederstichting indirect toezicht houdt op de dochters. De raad van toezicht van de moeder houdt geen rechtstreeks toezicht op de *organen* van de dochters. Ondanks het feit dat het toezicht zich mede uitstrekt tot de dochtermaatschappijen, is de raad van toezicht van de moederstichting wat betreft informatievoorziening over de dochter- en groepsmaatschappijen primair afhankelijk van het bestuur van de moederstichting (zie hierover ook paragraaf 5.6).

Aan de raad van toezicht van de moederstichting kunnen indirect instrumenten gegeven worden ten aanzien van de dochtermaatschappijen. In de statuten van de moederstichting kan bijvoorbeeld bepaald worden dat bepaalde besluiten van het bestuur van de moederstichting die de dochtermaatschappijen betreffen (en zijn opgenomen in een statutaire goedkeuringslijst bij de desbetreffende dochtermaatschappij), zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht. Besluiten die de goedkeuring van de raad van toezicht behoeven zouden in ieder geval de in paragraaf 4.5.7 genoemde besluiten tot statutenwijziging (doelwijziging), fusie, splitsing, ontbinding en bestemming van het liquidatiesaldo kunnen betreffen. Dergelijke goedkeuring van besluiten die dochters betreffen zou overigens in sectorregels of codes voor semipublieke instellingen met een grote onderneming (die vaker dochters hebben) expliciet voorgeschreven kunnen worden.

In het geval van een dochtervennootschap kan in de statuten van de dochtervennootschap bepaald worden dat een aantal belangrijke, nader te omschrijven bestuursbesluiten is onderworpen aan de goedkeuring van de algemene vergadering, die bestaat uit de moederstichting (of waarin de moederstichting een meerderheid heeft). Indien sprake is van een dochterstichting is een dergelijke “doorgrijp”-bepaling lastiger. Teneinde dit te bewerkstelligen is nodig dat de statuten van de dochter bepalen dat voor bepaalde besluiten goedkeuring van de moederstichting nodig is. Een alternatief is dat bij de dochterstichting eveneens een raad van toezicht wordt ingesteld die een personele unie vormt met de raad van toezicht van de moederstichting, bijvoorbeeld via een statutaire kwaliteitseis. Het vormen van een personele unie heeft echter ook nadelen. Personen die verschillende petten dragen, dat wil zeggen: lid van de raad van

toezicht van verschillende groepsstichtingen zijn, kunnen met botsende belangen bij die verschillende stichtingen geconfronteerd worden.<sup>168</sup> Het groepsbelang zal doorgaans een belangrijke rol spelen, zeker als dit groepsbelang in het doel van de dochterstichting is genoemd, maar het gewicht van het groepsbelang is niet noodzakelijkerwijs gelijk bij alle groepsstichtingen.

#### 6.5.5 *Samenvatting en conclusies*

De raad van toezicht van een stichting met een grote onderneming heeft een belangrijke rol in verband met toezicht op het doelmatig en rechtmatig voeren van de onderneming en de continuïteit van de onderneming. Bij de uitvoering van deze taak dient de raad het doel van de stichting en alle daarbij betrokkenen in het oog te houden. De raad van toezicht van een stichting die een groot vermogen beheert, dient toe te zien op de financiële continuïteit, dat wil zeggen: zorgvuldig vermogensbeheer. Een belangrijke taak in verband met toezicht op zorgvuldig vermogensbeheer is het toezien op risicobeleid en het beheersen van eventuele risico's.

Boek 2 BW bevat voor grote vennootschappen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen een afzonderlijke regeling: de structuurregeling. "Groot" betekent in dit verband dat de rechtspersoon gedurende een bepaalde periode een ondernemingsraad heeft ingesteld, meer dan honderd werknemers in dienst heeft en een bepaald minimum eigen vermogen heeft. De structuurregeling stelt een raad van commissarissen verplicht en kent aan de raad van commissarissen een aantal bevoegdheden toe, zoals goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten die ingrijpen in de structuur van de rechtspersoon. Een vergelijkbare regeling voor grote stichtingen in Boek 2 BW ligt mijns inziens niet voor de hand. Ten eerste kent de stichting een afwijkende organisatiestructuur zonder algemene vergadering. Bovendien gaat het bij de vraag of een raad van toezicht voor een bepaalde stichting voorgeschreven moet worden mijns niet primair om de grootte van de onderneming (en het aantal werknemers), maar vooral om de aard en het doel van de stichting, de daarbij betrokken belangen (publiek en/of privaat) en de herkomst van het stichtingsvermogen (publiek en/of privaat).

Een stichting kan (een deel van) zijn onderneming en/of vermogen onderbrengen in een andere rechtspersoon: een dochtervennootschap of een dochterstichting. Van een dochterstichting is sprake indien meer dan de helft van het aantal

---

168. Bovendien is er mogelijk een groter aansprakelijkheidsrisico omdat de toezichthouder geacht kan worden beter op de hoogte te zijn van de gang van zaken bij de dochter dan een toezichthouder die alleen op het hogere niveau functioneert.

## HOOFDSTUK 6

bestuurders van die stichting door de moederstichting wordt benoemd of wanneer de moederstichting zelf enig bestuurder is. Ook is het mogelijk om middels een kwaliteitseis in de statuten een personele unie van bestuurders te creëren. Een personele unie leidt niet noodzakelijkerwijs tot een moeder-dochterverhouding aangezien stichtingen dan in beginsel gelijkwaardig zijn. Om die reden dienen de statuten iets extra's te bevatten: zij dienen de onderlinge afhankelijkheid duidelijk te maken.

In de statuten van de moederstichting kan tot uitdrukking worden gebracht dat de moeder de “centrale leiding” binnen de groep vormt. Wat betreft een dochterstichting is van belang dat de doelstelling is afgestemd op de groepsdoelstelling en het groepsbelang. Op deze wijze wordt benadrukt dat de bestuurders van de dochter zich bij hun werkzaamheden voor de dochter (mede) dienen te richten naar de verwezenlijking van het groepsdoel.

In concernverhoudingen strekt de toezichhoudende taak van de raad van toezicht van een moederstichting zich uit over de dochters via toezicht op het concernbeleid van het bestuur. Aangezien het toezicht op de dochters in beginsel indirect is, dient de raad van toezicht er op te letten dat hij – in beginsel via het bestuur van de moeder – voldoende informatie over de dochters verkrijgt.

Via een “doorgrijp”-bepaling kunnen belangrijke besluiten van het bestuur van de moederstichting die de dochtermaatschappijen betreffen (waaronder in ieder geval juridische fusie, splitsing en ontbinding van de dochtervennootschap of dochterstichting) onderworpen worden aan de goedkeuring van de raad van toezicht. Teneinde dit te bewerkstelligen, dienen de statuten te bepalen dat voor bepaalde besluiten goedkeuring van de moederstichting nodig is. Een alternatief kan zijn dat bij de dochterstichting eveneens een raad van toezicht wordt ingesteld die een personele unie vormt met de raad van toezicht van de moederstichting, bijvoorbeeld via een statutaire “kwaliteitseis”. Ook in verband met de taakafstemming bij beide stichtingen is van belang dat de doelstellingen van de moeder- en de dochterstichting op elkaar afgestemd zijn.

### 6.6 Toezicht op risico's en risicobeheersing

#### 6.6.1 *Inleiding*

Hiervoor werd betoogd dat het belang van de stichting, waarnaar het bestuur en de raad van toezicht zich moeten richten, primair wordt bepaald door het statutaire doel. Voor bestuurders van een stichting geldt dat zij dienen te streven naar de realisatie van de doelstelling van de stichting en de eventueel daarmee

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

verbonden onderneming. In verband met de realisatie van de doelstellingen dient het bestuur aandacht te besteden aan risicobeheersing en, vooral bij stichtingen met een grote onderneming en/of een groot vermogen, aan risicomangement.

Het instellen van een raad van toezicht wordt bij sommige soorten stichtingen verplicht voorgeschreven ter bewaking van bepaalde belangen, meer in het bijzonder: het belang van de overheid en andere derden die (bijvoorbeeld via subsidies) hebben bijgedragen aan het stichtingsvermogen, maar ook de belangen van de begunstigen en degenen die zijn betrokken bij de aan de stichting verbonden onderneming. Stichtingen met een verplichte raad van toezicht, maar ook stichtingen met een vrijwillige raad van toezicht kunnen te maken krijgen met risico's die verband houden met het stichtingsvermogen en/of de aan de stichting verbonden onderneming. Voor alle soorten stichtingen is immers van belang dat het stichtingsvermogen wordt beheerd overeenkomstig het stichtingsdoel en dat risico's die zich kunnen voordoen zo goed mogelijk beheerst worden.

De raad van toezicht houdt toezicht op de realisatie van de stichtingsdoelstellingen en op de beheersing van risico's. In deze paragraaf wordt beschreven met welke interne en externe risico's stichtingen geconfronteerd kunnen worden en hoe deze beheerd en beheerst kunnen worden. Nagegaan wordt hoe de raad van toezicht zo goed mogelijk toezicht houdt op risico's en risicobeheersing en welke bevoegdheden en instrumenten de raad van toezicht heeft.

### 6.6.2 *Risicomangement en soorten risicofactoren*

Een kerntaak van het bestuur is het beheersen van risico's in verband met de activiteiten van de stichting. Het bestuur heeft onder meer als taak om de risico's op korte en lange termijn in te schatten, een risicobeleid op te stellen en een systeem voor het systematisch beheersen van de risico's in te stellen. Anders gezegd: het bestuur dient de risico's te managen. Risicomangement wordt wel gedefinieerd als het proces waarin getracht wordt de risico's die het behalen van de (ondernemings)doelstellingen kunnen beïnvloeden te identificeren, prioriteren, analyseren en te beheersen.<sup>169</sup>

---

169. Definitie van COSO ERM (Committee of Sponsoring Organisation of the Treadway Commission, Enterprise Risk Management-integrated framework, 2004). Zie hierover Gorter 2016.

## HOOFDSTUK 6

### *Aard van de rechtspersoon, de daaraan verbonden onderneming en de betrokken belangen*

In de jurisprudentie is uitgemaakt dat de beoordeling en afweging van risico's voorwerp van het beleid van het bestuur is. De vrijheid die het bestuur daarbij heeft wordt mede beïnvloed door de aard van de onderneming en de mate waarin de diverse *stakeholders*, waaronder in sommige gevallen de samenleving als geheel, bij de resultaten van dat beleid belang hebben, aldus de Ondernemingskamer in de Fortis-beschikking. In het geval van Fortis overwoog de Ondernemingskamer dat, gelet op de aard van de door Fortis gedreven onderneming en gelet op de daarbij betrokken belangen, op het bestuur een bijzondere zorgplicht rust om risico's steeds zorgvuldig en adequaat in het oog te houden, te beoordelen en bij zijn beleidsafwegingen, besluitvorming en optreden te betrekken.<sup>170</sup>

### *Verplicht opstellen jaarrekening en bestuursverslag*

Stichtingen die een onderneming in stand houden met een bepaalde netto-omzet en stichtingen die op grond van (sector)wetgeving verplicht zijn een financiële verantwoording op te stellen die gelijkwaardig is aan een jaarrekening (semipublieke instellingen en pensioenfondsen) dienen jaarlijks een bestuursverslag op te stellen (zie hierover ook uitgebreider paragraaf 8.2).

Niet alle stichtingen hoeven een bestuursverslag op te stellen, maar het staat stichtingen die niet verplicht zijn uiteraard vrij om dat vrijwillig te doen. Zoals in paragraaf 5.6.2 werd opgemerkt zijn niet alle stichtingen verplicht tot het gebruik van een of meer beheers- of controlesystemen, maar het is volgens de toelichting bij het Wetsvoorstel btrp van belang dat het gebruik van dergelijke systemen, of het ontbreken van dat gebruik, de aandacht heeft van het bestuur en de raad van toezicht.<sup>171</sup> Ook bij “kleinere stichtingen” kan het relevant zijn om eventuele risico's en onzekerheden in kaart te brengen, maar daar zal een minder uitgebreid systeem voor worden opgezet.

### *Omschrijving van risico's in bestuursverslag*

In het bestuursverslag moet aandacht worden besteed aan financiële en niet-financiële informatie en moeten de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de stichting wordt geconfronteerd worden omschreven (artikel 2:391 lid 1 BW). Voor het bestuursverslag gelden, naast de bepalingen uit het Titel 9

---

170. HR 6 december 2013, *NJ* 2014/167 met noot Van Schilfgaarde (Fortis), waarover ook Assink & Verbrugh 2016, p. 47.

171. MvT btrp, p. 24.



van Boek 2 BW, de bepalingen uit Afdeling 4 van de Richtlijnen Jaarverslaggeving (RJ).<sup>172</sup> Risico's zijn volgens de Richtlijnen Jaarverslaggeving de effecten van onzekerheden op het behalen van doelstellingen.<sup>173</sup> Onzekerheden ontstaan als gevolg van het geheel of gedeeltelijk ontbreken van informatie over, inzicht in of kennis van een gebeurtenis, de gevolgen daarvan, of de waarschijnlijkheid dat een gebeurtenis zich voordoet, aldus de Richtlijnen Jaarverslaggeving.

Zo bestaat bijvoorbeeld bij een basisschool onzekerheid over het aantal leerlingen dat zich volgend schooljaar zal aanmelden. De doelstelling van een school is het bieden van goed onderwijs en onzekerheid over het aantal nieuwe leerlingen heeft bijvoorbeeld als risico dat volgend schooljaar kan blijken dat er teveel leraren zijn, dat als gevolg daarvan personeelskosten te hoog zijn en dat bijvoorbeeld de leraar Engels ontslagen moet worden, hetgeen ten koste kan gaan van de kwaliteit van het onderwijs.

Bij de selectie van de voornaamste risico's en onzekerheden kunnen volgens de Richtlijnen Jaarverslaggeving risico's worden onderscheiden die voortvloeien uit:

- (1) strategie;
- (2) operationele activiteiten (waaronder fraudegevoeligheid, kwaliteit van het personeel, reputatie van de rechtspersoon);
- (3) de financiële positie (onder andere liquiditeitsrisico's, onzekerheden in de mogelijkheden om financiering aan te trekken) en financiële verslaggeving; en
- (4) wet- en regelgeving/compliance (onder andere risico's en onzekerheden van het opereren in een omgeving met veel en complexe regelgeving).<sup>174</sup>

*Risico's die voortvloeien uit de strategie*

Onder deze categorie vallen volgens de Richtlijnen Jaarverslaggeving risico's en onzekerheden die een belemmering vormen om de strategie en/of de businessplannen van de rechtspersoon te realiseren en daarmee invloed kunnen hebben op de langetermijndoelstellingen. Deze omvatten bijvoorbeeld risico's en onzekerheden die gepaard gaan met de afhankelijkheid van de rechtspersoon van bepaalde producten en/of diensten, technologische ontwikkelingen of maatschappelijke ontwikkelingen.

---

172. RJ 2015/4, hoofdstuk 400.1.

173. Aldus RJ 400.110b.

174. RJ 400.110b.

## HOOFDSTUK 6

De Richtlijnen Jaarverslaggeving noemen ook de “governance van de rechtspersoon” een risicofactor die bij deze categorie hoort, zonder dit overigens te concretiseren. Beheersbaarheid van de (organisatie van de) stichting door het bestuur zou genoemd kunnen worden als een risico uit deze categorie. Bij grote stichtingen of een groep van stichtingen die ontstaat als gevolg van fusies, bijvoorbeeld in de zorg, kan het lastig zijn voor bestuurders om grip te houden op de hele organisatie, met name wanneer de groei snel is gegaan. Voorts zou de betrokkenheid van *stakeholders* een risicofactor kunnen zijn: bestuurshandelen zonder draagvlak of met te weinig draagvlak (bijvoorbeeld conflicten met het personeel of met andere *stakeholders*) kan effect hebben op het behalen van doelstellingen.

### *Risico's die voortvloeien uit operationele activiteiten*

Volgens de Richtlijnen Jaarverslaggeving gaat het bij deze categorie om risico's en onzekerheden die de effectiviteit en efficiëntie van de operationele activiteiten van een rechtspersoon beïnvloeden en daarmee vooral betrekking hebben op de processen binnen de rechtspersoon en van invloed kunnen zijn op de kortetermijndoelstellingen. Deze omvatten onder meer risico's en onzekerheden gerelateerd aan de interne organisatie en administratie, fraudegevoeligheid, corruptie, de kwaliteit van personeel, veiligheid, de beloningssystematiek en de reputatie van de rechtspersoon of haar producten en diensten.

Veiligheid, in de zin van het aanbieden van veilige zorg, is een belangrijke specifieke risicofactor voor zorginstellingen. Bijvoorbeeld bij semipublieke instellingen, culturele instellingen en goede doelen, die beschikken over geld van “het publiek” kan negatieve publiciteit van één instelling in verband met zelfverrijking van bestuurders, een negatieve uitstraling hebben op de hele sector. Het gevolg daarvan kan zijn dat het vertrouwen van het publiek in het functioneren van alle instellingen in die sector daalt.

Het vinden van voldoende geschikte mensen en professionaliteit en kwaliteit van het personeel is bijvoorbeeld bij scholen en zorginstellingen een risicofactor. Risicofactoren op het gebied van integriteit en reputatie zijn relevant voor veel soorten stichtingen, zoals woningcorporaties, scholen en pensioenfondsen (waar een groot vermogen wordt beheerd). Een voorbeeld van een integriteitsrisico is het risico van corruptie binnen de organisatie.

### *Risico's die voortvloeien uit de financiële positie en uit financiële verslaggeving*

Risico's en onzekerheden met betrekking tot de financiële positie van de rechtspersoon zijn bijvoorbeeld koersrisico's, liquiditeitsrisico's, valutarisico's, renterisico's en onzekerheden in de mogelijkheden om financiering aan te trekken.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Sommige soorten stichtingen, zoals culturele instellingen, zijn in hoge mate afhankelijk van overheidssubsidies. Een risico dat daarin schuilt is dat de subsidievoorwaarden en de subsidietoekenning kunnen veranderen. Sommige kleinere stichtingen kennen een eenzijdige vermogenssamenstelling in de zin dat zij bijvoorbeeld één grote lening/kredietverstrekker hebben die eveneens de voorwaarden ongunstig kan veranderen. Stichtingen die kwalificeren als algemeen nut beogende instelling kunnen geconfronteerd worden met stelselwijzigingen en voorwaarden die gesteld worden in verband met het genieten van belastingvoordelen. Een relevante externe onzekerheid voor pensioenfondsen en andere grote vermogensfondsen is de renteontwikkeling.

Risico's uit financiële verslaggeving betreffen de betrouwbaarheid van de interne en externe financiële verslaggeving. Met name financiers (banken) en subsidieverstrekkers (waaronder de overheid) zullen afgaan op financiële verslaggeving. Indien deze verslaggeving niet helder is of onvoldoende inzicht geeft, zullen zij minder snel geneigd zijn om leningen of subsidies te verstrekken.

### *Risico's die voortvloeien uit wet- en regelgeving*

Uit wetten en regels kunnen risico's en onzekerheden voortvloeien die directe invloed hebben op de organisatie en/of de bedrijfsprocessen van de rechtspersoon, met name als sprake is van een sector met veel complexe regels. Het gaat bijvoorbeeld om risico's in verband met het niet naleven van mededingingsregels en milieuwetgeving, risico's van (financieel) toezicht, onzekerheden met betrekking tot misbruik van voorkennis en risico's als gevolg van veranderende belastingwetgeving.

Semipublieke instellingen (zorginstellingen, scholen en woningstichtingen), maar ook pensioenfondsen en andere vermogensfondsen hebben te maken met complexe regelgeving. Zij kunnen bovendien te maken krijgen met ingrijpende wijzigingen in regelgeving, zoals bijvoorbeeld een stelselwijziging in de zorg of strengere financiële regels voor pensioenfondsen. Een ander risico dat in dit verband genoemd zou kunnen worden is het feit dat deze stichtingen te maken hebben met (strenger) extern toezicht als gevolg waarvan bijvoorbeeld vaker en uitgebreidere (financiële) rapportages gemaakt moeten worden.

### *6.6.3 Beheersing van interne en externe risico's; risicobereidheid*

Als gezegd is een taak van het bestuur van de stichting om de risico's in kaart te brengen en te beheersen. Uit het voorgaande blijkt dat risicomanagement een breed begrip is dat niet alleen risico's van financiële en operationele aard betreft, maar ook strategische, compliance- en reputatierisico's. Het bestuur zet, voor

## HOOFDSTUK 6

zover dat in verband met de omvang en activiteiten van de stichting nodig is, een systeem voor beheersing van risico's op. Daarbij is van belang dat niet alleen de risico's in kaart gebracht worden, maar dat ook wordt vastgesteld welke risicobereidheid de stichting – mede gelet op haar doelstellingen – heeft.

### *Stichtingen met een grotere onderneming: risicoparagraaf in bestuursverslag*

Op grond van de Richtlijnen Jaarverslaggeving en artikel 2:391 BW dient de stichting in de risicoparagraaf van het bestuursverslag het volgende te beschrijven:

- de bereidheid risico's en onzekerheden al dan niet af te dekken (de zogenoemde risicobereidheid of *risk appetite*);
- de maatregelen die zijn getroffen ter beheersing van de voornaamste risico's en onzekerheden;
- de verwachte 'impact' op de resultaten en/of financiële positie indien één of meer van de voornaamste risico's en onzekerheden zich zouden voordoen, zo mogelijk gebaseerd op gevoeligheidsanalyses;
- risico's en onzekerheden die in afgelopen boekjaar een belangrijke 'impact' op de rechtspersoon hebben gehad, en de gevolgen daarvan voor de rechtspersoon; en
- verbeteringen die in het systeem van risicomanagement van de rechtspersoon zijn of worden aangebracht.

De stichting dient daarbij aan te geven op welke wijze het systeem van risicomanagement is verankerd in de organisatie en welke maatregelen de rechtspersoon heeft genomen (*soft controls*) ter beïnvloeding van de cultuur, het gedrag en de motivatie van zijn werknemers, aldus de toelichting op de Richtlijnen Jaarverslaggeving. De uitgebreidheid van de informatie wordt mede bepaald door de omvang en complexiteit van de rechtspersoon en haar activiteiten en de daaraan gerelateerde risico's en onzekerheden.

### *Interne en externe risico's en onzekerheden; beheersbaarheid*

Risicofactoren kunnen een interne of externe ontstaansgrond hebben. Voorbeelden van externe omstandigheden zijn: een wijziging in het subsidiebeleid bij culturele instellingen of het optreden van de (internationale) financiële crisis. Met name externe risico's zijn vaak moeilijk beheersbaar.

Risico's en onzekerheden die een belemmering vormen voor de realisatie van de strategie hebben doorgaans een externe ontstaansgrond. Naast het hiervoor gegeven voorbeeld van het teruglopen van het aantal leerlingen van een school, is een voorbeeld de toenemende levensverwachting van de deelnemers van een pensioenfonds. Dit soort risico's is – als gezegd – niet of nauwelijks te beheersen.

Onder “risico’s uit operationele activiteiten” vallen als gezegd risicofactoren die verband houden met het gedrag van personen die werkzaam zijn binnen de organisatie, zoals risico’s op het gebied van integriteit en reputatie. Dit zijn weliswaar interne risico’s, het gaat om personen die werkzaam zijn binnen de organisatie, maar dat betekent niet dat deze risico’s altijd gemakkelijk beheersbaar zijn. Een ander risico dat te maken heeft met gedrag, is het risico dat het bestuur een verkeerde of suboptimale beslissing neemt. Ook dit risico is lastig te vatten in processen en systemen.

Risico’s op het gebied van financiële verslaggeving en compliance met wet- en regelgeving zijn interne risico’s die met een redelijke mate van zekerheid beheersbaar zijn.

#### *Risk appetite*

Teneinde een duidelijk en gericht risicobeheersingssysteem op te zetten, dient eerst de vraag beantwoord te worden welke risicobereidheid de stichting heeft.<sup>175</sup> Welk risicoprofiel acht de stichting wenselijk in verband met haar activiteiten? De *risk appetite* vormt de basis voor de wijze waarop risico’s en de beheersing daarvan binnen de onderneming worden benaderd.

Aan de hand van de *risk appetite* kunnen mechanismen en systemen voor de rechtspersoon worden ontwikkeld teneinde de daarmee gepaard gaande risico’s te beheersen. Deze bevatten kwalitatieve en kwantitatieve elementen. Kwalitatief is bijvoorbeeld “hoog” of “laag”. Bijvoorbeeld een bedrijf dat voedingsmiddelen levert zal in het algemeen een lage *risk appetite* hebben op het gebied van voedselveiligheid.<sup>176</sup> Een hedgefonds dat zich alleen richt op professionele beleggers met een agressieve beleggingsstrategie heeft een hogere *risk appetite* dan een pensioenfonds. In deze lijn kan bijvoorbeeld ook gezegd worden dat een zorginstelling een lage *risk appetite* heeft voor veiligheid van de zorg.

Een kwantitatief element van een risicobeheersingssysteem is bijvoorbeeld het risico op verlies dat een onderneming gedurende een bepaalde periode bereid is te accepteren. Een museum heeft bijvoorbeeld een bepaald budget om kunstwerken te kopen. Maar als dat ene voor de collectie zo belangrijke kunstwerk te koop wordt aangeboden is het wellicht eenmalig bereid daarvan af te wijken en tijdelijk een hoger risico te lopen. Dat wil zeggen: het museum sluit een hogere lening af dan normaal terwijl het tegelijk meer inkomsten verwacht uit de unieke tentoonstelling die het museum kan organiseren met de nieuwe aanwinst.

---

175. Zie hierover, ten aanzien van NV’s en BV’s, Strik 2010, p. 223 en 227-228.

176. Strik 2010, p. 228.

## HOOFDSTUK 6

### *Aard en omvang van de stichting*

De risico's en onzekerheden waarmee een stichting te maken krijgt en de informatie die daarover gegeven moet worden, hangen af van de aard (het doel) van de stichting en de daarbij betrokken belangen, maar ook van de omvang en de samenstelling van het beheerde stichtingsvermogen en de omvang van de met de stichting verbonden onderneming en organisatie. Stichtingen met een grote onderneming of een groot te beheren vermogen zullen een uitgebreider systeem opzetten om de risico's in verband met de onderneming en/of het vermogen te beheersen.

Gezegd zou kunnen worden dat stichtingen die beschikken over publiek geld, dat wil zeggen: geld van de overheid (bijvoorbeeld uit subsidie) of geld van particuliere derden (bijvoorbeeld donaties) vanwege deze betrokken belangen minder vrij zijn, of zouden moeten zijn, om te kiezen voor hoge risico's dan stichtingen die met "eigen" private middelen (bijvoorbeeld vermogen afkomstig van de oprichter) een privaat doel trachten te verwezenlijken. In de voorgaande paragraaf werd het voorbeeld van een familiestichting genoemd die een familielandgoed verhuurt. De risicobereidheid in verband met die onderneming, bijvoorbeeld het risico dat de verhuuropbrengsten te gering zijn om het familielandgoed te onderhouden en in stand te houden, is in beginsel een private aangelegenheid. Als aan de stichting een onderneming is verbonden dienen als gezegd mede de belangen van de werknemers en contractanten in acht genomen.

Voor alle soorten stichtingen kan gezegd worden dat proceszorgvuldigheid een belangrijk element van risicobeheersing is.

### *Rol van de raad van toezicht: toezicht op financiële verslaggeving en soft controls*

De raad van toezicht houdt toezicht op het risicobeleid van het bestuur, dat wil zeggen: de implementatie, naleving en handhaving van dat beleid. De raad van toezicht dient na te gaan welke maatregelen getroffen zijn om interne en externe risico's te beheersen en controleert ook de effectiviteit van de door het bestuur genomen maatregelen.

Toezicht op risicobeheersing betreft dus niet alleen toezicht op financiële verslaggeving, maar ook procedures in verband met risicobeheersing in bredere zin, waarop in de hierna volgende paragrafen wordt ingegaan. Het gaat als gezegd om harde beheersmaatregelen maar ook om *soft controls*.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

De stichting kan verschillende soorten maatregelen treffen en procedures instellen op het gebied van financiële verslaggeving en compliance. Bovendien kunnen procedures rondom informatievoorziening aan en besluitvorming door het bestuur worden vastgesteld, teneinde zo veel mogelijk het nemen van verkeerde of suboptimale beslissingen te voorkomen. Voorts kunnen reglementen ter signalering, voorkoming en bestrijding van risico's in verband met belangenverstreming en (andere) misstanden en onregelmatigheden binnen de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie worden opgesteld.

Indien uit informatie of signalen die de raad van toezicht ontvangt blijkt dat bepaalde risico's zich dreigen voor te doen, dient de raad tijdig in te grijpen en maatregelen te nemen.

### *Auditcommissie en/of risicocommissie*

Bij stichtingen met een grote onderneming kan de raad van toezicht, net als de raad van commissarissen bij een grote (beursgenoteerde) vennootschap, een auditcommissie instellen die toezicht op en beslissingen over het beheersen van risico's voor de raad van toezicht voorbereidt. Een auditcommissie richt zich doorgaans met name op risico's die verband houden met financiële verslaggeving, maar zou tevens als taak kunnen hebben om zich te richten op andere soorten risico's, waaronder de *soft controls*.<sup>177</sup> Indien de auditcommissie, bijvoorbeeld vanwege de specifieke financiële achtergrond van de leden van die commissie, daartoe niet voldoende in staat is, zou ook een speciale commissie, bijvoorbeeld een risicocommissie, kunnen worden ingesteld. Het feit dat er één of meer commissies zijn ingesteld die voorbereidend werk verrichten op het gebied van (toezicht op) beheersing van risico's, laat onverlet dat de raad van toezicht zelf eindverantwoordelijk is voor het toezicht op risicomanagement en risicobeheersing, zie ook paragraaf 7.5 hierna.

### *6.6.4 Beheersmaatregelen in verband met financiële risico's; voorbeelden van specifieke waarborgen voor bepaalde soorten stichtingen*

Voor iedere stichting is het van belang dat er duidelijke richtlijnen zijn voor de inrichting van financiële verslaggeving van de stichting. De basis voor financiële verslaggeving van stichtingen met een middelgrote of grote onderneming is te vinden in het jaarrekeningenrecht van Boek 2 BW. Voor bepaalde soorten stichtingen, zoals semipublieke instellingen en pensioenfondsen, gelden, als gezegd, afzonderlijke sectorale regels op het gebied van verslaggeving.

---

177. Kersten 2016.

*Risico's in kaart brengen in bepaalde situaties*

Indien de stichting bijvoorbeeld voornemens is een belangrijke investering te doen, een samenwerking aan te gaan of te fuseren, dienen de daaraan verbonden risico's in kaart gebracht te worden. De raad van toezicht dient hiervan op de hoogte gesteld te worden en dient toezicht te houden op de risico's en de maatregelen in verband daarmee. De Ondernemingskamer overwoog in de Meavita-beschikking dat in het kader van de (bestuurlijke) fusie in een fusiedocument niet alleen een financiële paragraaf (met meetbare financiële doelstellingen) maar ook een risicoparagraaf opgenomen had moeten worden, waarin reeds bekende risico's waren omschreven. Ingeval van een grote fusie in de zorgsector waarbij allerlei belangen zijn betrokken (waaronder de belangen van patiënten en werknemers) en waarbij het fusieproces lange tijd in beslag neemt en met tal van complexiteiten en risico's is omgeven, hechtte de Ondernemingskamer er aan dat de risico's vooraf voldoende in kaart werden gebracht.<sup>178</sup>

*Sectorregels voor semipublieke instellingen*

Voor semipublieke instellingen heeft de Minister van Financiën, zoals eerder opgemerkt, een 'Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht' opgesteld.<sup>179</sup> Wat betreft risicomangement is daarin te lezen dat "risico's in kaart gebracht moeten worden vanuit de strategische doelstelling van de instelling en de karakteristieke eigenschappen van de sector". De risico's worden minimaal twee keer per jaar gezamenlijk besproken door het bestuur en de raad van toezicht, aldus het kader. Daarnaast kan de raad van toezicht dit onderwerp periodiek in afwezigheid van het bestuur met de financieel directeur/controller en de accountant bespreken.<sup>180</sup>

178. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 en *RO* 2016/8 (Meavita). Onzekerheden over turbulente omgevingsveranderingen en toekomstige ontwikkelingen zijn geen reden om dergelijke paragrafen niet op te nemen, aldus de Ondernemingskamer. Deze worden volgens de Ondernemingskamer nu juist opgenomen om een onzekere toekomst zoveel mogelijk te beschrijven en mogelijke ontwikkelingen en de daarvan te verwachten gevolgen in kaart te brengen.

179. Bijlage bij Brief van de Minister van Financiën van 27 november 2013, Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken* 2013-2014, 33 822, nr. 1.

180. Een semipublieke instelling moet rapporteren over haar belangrijkste risico's op financieel gebied, op het gebied van bedrijfsvoering en investeringen, maar ook risico's in verband met de doelstelling en prestaties van de instelling. In de rapportage wordt inzicht gegeven in: (a) organisatie- en branche specifieke (externe) risico's; (b) waarschijnlijkheid- en impactanalyse (o.a. financieel) van risico's in de toekomst; (c) beheersmaatregelen met betrekking tot deze risico's.



Woningcorporaties hebben te maken met grote financiële risico's, aldus de Governancecode Woningcorporaties (GCW 2015).<sup>181</sup> De GCW 2015 bepaalt dat het bestuur een treasurystatuut en een investeringsstatuut opstelt en bespreekt met de raad van toezicht.<sup>182</sup> Deze statuten moeten net als het beleggingsstatuut worden goedgekeurd door de raad van toezicht. Informatie die aan de raad van toezicht over risicobeheersing ter beschikking moet worden gesteld betreft in ieder geval (handleidingen en procedures omtrent) financiële verslaggeving, maar ook criteria die worden gehanteerd bij het aangaan en beëindigen van belangrijke contracten en samenwerkingsverbanden en criteria die worden gehanteerd bij het doen van (des)investeringen in vastgoed.<sup>183</sup>

#### *Pensioenfondsen*

Een pensioenfonds moet volgens het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit FTP) beschikken over goede administratieve en boekhoudkundige procedures en adequate interne controlemechanismen. Het fonds stelt beleid op ten aanzien van de beheersing van te lopen risico's.<sup>184</sup> Voorgeschreven is dat het risicobeheer adequaat en onafhankelijk is.<sup>185</sup> Een pensioenfonds draagt er zorg voor dat er een balans is tussen omvang, aard en complexiteit van de beleggingsportefeuille enerzijds en de aanwezige kennis en ervaring en het risicobeheer anderzijds, aldus het Besluit FTP.

#### *Goede doelen*

Voor goede doelen, die beschikken over geld van derden is in de door de brancheorganisatie voor goede doelen opgestelde code (SBF-Code 2015) bepaald dat de organisatie beschikt over een systeem voor planning, monitoring en rapportage, inclusief een analyse van risico's voor de organisatie en haar

---

181. Principe 5 GCW 2015.

182. Treasury staat ten dienste van het risicobeleid en in het statuut worden in ieder geval het renterisico, het beschikbaarheidsrisico en het tegenpartijrisico beschreven, aldus 5.2 GCW 2015.

183. Onder (informatie over) risicobeheersing kan volgens voetnoot 37 van de Governancecode Woningcorporaties 2015 worden verstaan:

- (a) risicoanalyses van de operationele en financiële doelstellingen;
- (b) handleidingen en procedures voor het opstellen van de financiële verslaggeving;
- (c) periodieke monitoring en rapportages waarmee al gedurende een jaar inzicht wordt gegeven in de (financiële) prestaties van de corporatie;
- (d) criteria die worden gehanteerd bij het aangaan en beëindigen van contracten en/of samenwerkingsverbanden met derden;
- (e) criteria die worden gehanteerd bij het doen van (des)investeringen in vastgoed;
- (f) vergelijkende benchmarks (waaronder in ieder geval de Aedes-benchmark). Hierbij worden de prestaties van de corporatie vergeleken met die van andere corporaties;
- (g) inzicht in en toezicht op de soft controls; dit zijn gedragsbeïnvloedende omstandigheden op het persoonlijk functioneren van medewerkers.

184. Artikel 18 Besluit FTP.

185. Artikel 19 Besluit FTP.

## HOOFDSTUK 6

doelstelling. Bovendien dienen interne richtlijnen opgesteld te worden voor de inrichting en procedures voor de financiële verslaggeving. Het bestuur van een fondsenwervende instelling dient beleid te stellen met betrekking tot en duidelijkheid te bieden over het risicoprofiel en de samenstelling van de beleggingsportefeuille.<sup>186</sup>

Voor goede doelen geldt bovendien dat zij interne richtlijnen moeten opstellen voor financiële handelingen en rechtshandelingen. Duidelijk moet zijn wie waartoe bevoegd is en hoe de interne controle op financiële handelingen is geregeld. Dat hoeft niet noodzakelijkerwijs controle door de raad van toezicht te zijn. Indien er een raad van toezicht is ingesteld dient deze wel na te gaan of er interne procedures met extra waarborgen zijn opgesteld en hoe deze er uit zien.

### *Interne richtlijnen voor financiële handelingen; risicoprofiel*

Een stichting kan in statuten en reglementen vastleggen wie bevoegd is bepaalde financiële handelingen en rechtshandelingen te verrichten. Zo kan op grond van de statuten een tweehandtekeningstelsel gelden. In een reglement kan bijvoorbeeld worden vastgelegd dat het aangaan van bepaalde overeenkomsten of het doen van betalingen boven een bepaald bedrag door een bepaalde persoon of afdeling geaccordeerd moeten worden.

De (financiële) richtlijnen die door een stichting worden opgesteld dienen te passen bij het doel, de aard en de omvang van de stichting. Bovendien is van belang dat die richtlijnen *kunnen worden* nageleefd en daarnaast dat de richtlijnen *worden* nageleefd. Voor grotere stichtingen is het van belang dat zij zich laten adviseren bij het in kaart brengen van risico's en samen met een deskundige een risicoprofiel en eventueel beleggingsstrategie opstellen, waarbij de aard van de stichting in acht genomen wordt.

### *6.6.5 Proceszorgvuldigheid rondom besluitvorming door het bestuur*

Het gedrag van bestuurders en andere beleidsbepalers kan een belangrijke impact hebben op het behalen van de stichtingsdoelstelling. In het kader van het verwezenlijken van het doel is het immers van belang dat het bestuur loyaal en integer handelt (waarover hierna meer), maar ook zorgvuldig handelt in het belang van de stichting. In dat verband is van belang dat de raad van toezicht ook toezicht houdt op zorgvuldige besluitvorming van bestuurders.

---

186. Zie door de brancheorganisatie Goede Doelen Nederland opgestelde Richtlijn Financieel Beheer Goede Doelen.

Een bestuursbeslissing kan tot een ongewenst resultaat voor de stichting leiden. Dit ongewenste resultaat kan het gevolg zijn van externe factoren die buiten de controle van het bestuur liggen, factoren die binnen de controle van het bestuur liggen (zoals een gebrek aan juiste informatie) en psychologische factoren die optimale besluitvorming door bestuurders vertroebelen.<sup>187</sup> Factoren die optimale besluitvorming binnen het bestuur vertroebelen en daarmee een risico voor de stichting kunnen vormen, kunnen te maken hebben met groepsgedrag (in het geval van een meerhoofdig bestuur: groepsdenken en groepsdynamiek), maar ook met individueel gedrag en karaktereigenschappen van individuele bestuurders (zoals tunnelvisie).

#### *Proceszorgvuldigheid*

In literatuur en rechtspraak over bestuursaansprakelijkheid is geconstateerd dat niet zozeer de uitkomst van bestuursbeslissingen maar vooral ook de gevolgde procedure van besluitvorming en de logica van het besluit van belang is voor het oordeel dat sprake is van falend of onbehoorlijk risicomanagement. Dat de Ondernemingskamer een zorgvuldig besluitvormingsproces van belang acht in het kader van verantwoord ondernemerschap, blijkt bijvoorbeeld uit de Van der Moolen-beschikking, waarin het ontbreken van proceszorgvuldigheid rond het nemen van belangrijke ondernemersbeslissingen mede leidde tot het oordeel dat sprake was van wanbeleid.<sup>188</sup> Hoewel het uitgangspunt is dat het bestuur beleidsvrijheid heeft ten aanzien van het ontwikkelen van een nieuwe activiteit, mogen – gezien de aard en complexiteit van de beslissing daarover en de gevolgen daarvan – hoge eisen gesteld worden aan het besluitvormingsproces, aldus de Ondernemingskamer in deze beschikking. De Ondernemingskamer overweegt dat verantwoord ondernemerschap vereist dat het een en ander in geschrifte, notulen, rapporten of anderszins wordt vastgelegd.

In dezelfde lijn kan mijns inziens gezegd worden dat van belang is dat de raad van toezicht de proceszorgvuldigheid in verband met besluitvorming in het oog houdt in het kader van zijn intern toezicht op risicomanagement.

#### *Besluiten op basis van juiste en adequate informatie*

Bij proceszorgvuldigheid hoort ten eerste dat bestuursbesluiten genomen worden op basis van adequate en juiste informatie. Een belangrijke voorwaarde voor effectieve risicobeheersing is dat bewerkstelligd wordt dat er een stroom van betrouwbare en relevante informatie is die bij het bestuur terecht komt.

---

187. Strik 2010, p. 247.

188. Zie hierover Strik in haar noot bij Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen).

Daarbij gaat het bijvoorbeeld om informatie over de (implementatie van) de strategie, maar ook om de daaraan verbonden risico's.<sup>189</sup> Het bestuur dient er op zijn beurt voor te zorgen dat relevante informatie bij de raad van toezicht terecht komt (zie ook paragraaf 5.6).<sup>190</sup>

Net als bij NV's en BV's kan bij stichtingen gezegd worden dat de structuur van de aan de stichting verbonden onderneming en de cultuur binnen de onderneming, aan adequate informatievoorziening moeten bijdragen. Hoe complexer de stichting en hoe groter de groep waartoe de stichting behoort, waardoor de afstand van het bestuur tot de ondernemingsactiviteiten van de stichting toeneemt, hoe groter het risico dat besluiten op basis van onjuiste of onvolledige informatie genomen worden.

*Psychologische factoren in verband met besluitvorming*

Teneinde zo veel mogelijk het nemen van verkeerde, suboptimale of onevenwichtige beslissingen te voorkomen kan het van belang zijn om de wijze van besluitvorming door het bestuur te analyseren en eventueel vast te leggen. Voor wat betreft de wijze van besluitvorming worden in de (gedrags)psychologie twee soorten van denkwijzen onderscheiden: *system 1 thinking* en *system 2 thinking* of, simpel gezegd, "*thinking fast and slow*".

"*System 1 is fast, instinctive and emotional; system 2 is slower, more deliberative, and more logical.*"<sup>191</sup> Bij *system 2 thinking* is sprake van een rationeel denkproces waarin een aantal stappen te onderscheiden is. Voorbeelden van zulke stappen zijn: het bepalen van het probleem, het identificeren van de criteria, het vaststellen van de besluitvormingscriteria, het bepalen van alternatieven voor de oplossing van het probleem, het beoordelen van alternatieven volgens de opgestelde criteria en ten slotte het nemen van een beslissing.<sup>192</sup> Wat betreft de psychologische aspecten van besluitvorming wordt overigens ook verwezen naar paragraaf 7.4 hierna, waar besluitvorming door de raad van toezicht aan de orde komt.<sup>193</sup>

---

189. Strik 2010, p. 230.

190. Ook de NCGC noemt het belang van informatie en procedures van informatievoorziening: volgens de NCGC moet de raad van commissarissen toezien op de instelling en uitvoering van interne procedures die er voor zorgen dat alle relevante informatie tijdig bij het bestuur en de raad van commissarissen terecht komt. 2.4.7 NCGC.

191. Kahneman 2011; de termen zijn afkomstig van K. Stanovich en R. West.

192. Strik 2010, p. 247 e.v.

193. In verband met het nemen van evenwichtige ondernemersbeslissingen kan het ook nuttig zijn als het bestuur uit meerdere leden bestaat die een verschillende achtergrond en/of verschillende karaktereigenschappen hebben, die ze naar voren laten komen bij hun besluitvorming. Kahneman noemt het voorbeeld van de overdreven optimist en de overdreven voorzichtige bestuurder. Bij sommige beslissingen en in sommige omstandigheden, vooral als het gaat om ondernemingsbeslissingen, kan het nuttig zijn als niet alle bestuurders van hetzelfde "smalle risicokader" uitgaan, maar met elkaar over verschillende gezichtspunten in discussie gaan. Kahneman 2011, p. 363-364.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Voor veel bestuursbeslissingen is het niet nodig is om *system 2 thinking* toe te passen; sommige ondernemingsbeslissingen kunnen en moeten snel genomen worden. Bestuurders dienen zich echter in bepaalde gevallen bewust te zijn en zich ervan te vergewissen of, en zo ja welke alternatieven er bestaan, wat de implicaties van het besluit kunnen zijn voor de betrokken belanghebbenden en welke risico's daarbij horen.<sup>194</sup> Het hangt af van de aard en complexiteit van de beslissing en de betrokken risico's en ook van de (mogelijke) gevolgen van de beslissing welke vorm toegepast moet worden.

De raad van toezicht van een stichting mag mijns inziens zwaardere eisen stellen aan het proces van besluitvorming door het bestuur als het gaat om ingrijpende en complexe bestuursbesluiten. In dergelijke gevallen is van belang dat tegenspraak wordt georganiseerd en groepsdenken zo veel mogelijk wordt voorkomen (zie ook paragraaf 7.4.2). In dat verband is een helder, systematisch en zorgvuldig besluitvormingsproces extra van belang.<sup>195</sup> Daarbij is schriftelijke vastlegging (traceerbaarheid) van de bestuursbesluiten belangrijk maar – wat betreft ingrijpende en complexe besluiten – ook de vastlegging van de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen en eventueel de kritische inbreng. Dit besluitvormingsproces biedt de raad van toezicht meer informatie en daarmee meer inzicht en mogelijkheden in verband met toezicht, in het bijzonder toezicht op risicobeheersing.

Zo kan het bij bepaalde ingrijpende of risicovolle besluiten relevant zijn dat de raad van toezicht niet alleen inzicht krijgt in het resultaat van het besluit maar ook in de overwegingen die daaraan ten grondslag hebben gelegen. Dat wil zeggen: welke risico's zijn gesignaleerd, welke alternatieven zijn afgewogen, welke criteria golden daarbij? Indien een bestuursbesluit niet unaniem genomen is, kan relevant zijn wie hebben voorgestemd en wie hebben tegengestemd en waarom zij dat hebben gedaan.

Veelal bevatten statuten of bestuursreglementen voorschriften over notulering van bestuursvergaderingen en over het bijvoegen van stukken bij de agenda voor bestuursvergaderingen. In reglementen kan worden toegevoegd en uitgewerkt dat voor bepaalde (ingrijpende) bestuursbesluiten geldt dat het bestuur van tevoren de risico's moet analyseren, dat de voor- en nadelen uitdrukkelijk afgewogen moeten worden en dat de analyse en de afwegingen inzichtelijk worden gemaakt voor de raad van toezicht, bijvoorbeeld in – bijlagen bij – de notulen van de bestuursvergadering.

---

194. Assink 2007, p. 556.

195. Kahneman, Lovallo & Sibony 2011, p. 51-60.

## HOOFDSTUK 6

### *Meerhoofdig bestuur*

In verband met het tot stand komen van besluiten is uiteraard relevant hoe het bestuur is samengesteld. Hierna in paragraaf 7.5 bij besluitvorming door de raad van toezicht komt aan de orde dat binnen een meerhoofdig orgaan, dat bovendien divers is samengesteld, sneller sprake zal zijn van discussie en inbreng vanuit verschillende invalshoeken. Het bestuur kan echter ook uit één lid bestaan. Hoewel een eenhoofdig bestuur slagvaardig is, draagt dit het risico in zich dat belangrijke bestuursbesluiten te eenzijdig, dus zonder kritische inbreng van anderen worden genomen. Bovendien kunnen alle rechtshandelingen verricht worden door de enig bestuurder; er kan immers geen tweehandtekeningstelsel gelden. Om die reden kan en dient mijns inziens bij bepaalde soorten stichtingen gekozen te worden voor een meerhoofdig bestuur. De Claimcode schrijft voor claimstichtingen voor dat het bestuur uit ten minste drie natuurlijke personen bestaat.

In sommige landen, zoals België,<sup>196</sup> dient het bestuur van iedere stichting, dus ongeacht of er gekozen is voor een andere vorm van intern toezicht, uit ten minste drie leden te bestaan. Ook in het voorstel voor een Europese stichting in 2012 is voorschreven dat de Europese stichting, die overigens beperktere toepassingsmogelijkheden heeft dan de Nederlandse stichting aangezien het doel beperkt is tot het algemeen nut, een bestuur heeft dat ten minste uit drie leden bestaat.<sup>197</sup>

Ik meen dat voor de Nederlandse stichting, die veel verschillende toepassingsmogelijkheden heeft, niet in de algemene wettelijke regeling een verplicht minimumaantal bestuurders voorgeschreven zou moeten worden. In bepaalde sectoren of bij bepaalde soorten stichtingen (zoals ANBI's) kan dit wel nodig zijn, maar dit zou mijns inziens per sector of per soort stichting geregeld moeten worden.

### *Voorbeelden van bepalingen in sectorregels*

Sommige sectorale codes noemen in verband met (toezicht op) risicobeheersing slechts financiële risico's. Steeds meer codes en sectorregels bevatten echter bepalingen die zien op *soft controls*, waaronder besluitvorming door het bestuur.

---

196. Artikel 34 V&S Wet voor wat betreft zowel de stichting van openbaar nut als de private stichting.

197. Zie ook het voorstel voor een Europese stichting (Voorstel van 8 februari 2012 voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese Stichting (*Fundatio Europaea*, FE), COM(2012) 35 final, te vinden via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/eufoundation/proposal\\_en.pfd](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/eufoundation/proposal_en.pfd)).

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Voor pensioenfondsen is in het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (Besluit FTP) bepaald dat het pensioenfonds een zorgvuldig en transparant besluitvormingsproces dient te waarborgen. De Governancecode Woningcorporaties (GCW 2015) bepaalt voor woningcorporaties dat het bestuur een cultuur nastreeft en voorwaarden schept voor het zorgvuldig voorbereiden en nemen van besluiten en voor het uitoefenen van toezicht daarop.<sup>198</sup> Als voorbeelden van een zorgvuldig besluitvormingsproces worden in de GCW 2015 genoemd:

- voldoende tijd nemen voor discussie, in het bijzonder als het gaat om belangrijke, complexe en/of strategische besluiten;
- duidelijke afspraken maken over proces, planning en wijze van uitvoering;
- afwegingen die een rol hebben gespeeld bij de besluitvorming goed vastleggen ten behoeve van de navolgbaarheid van de besluitvorming;
- tijdige communicatie met de raad van toezicht en evaluatie na de besluitvorming;
- vermijden van onterechte gehechtheid aan eerdere besluitvorming.

Ook voor zorginstellingen wordt in de Governancecode Zorg (GCZ 2017) uitdrukkelijk genoemd dat het bestuur zorg draagt voor zorgvuldige besluitvorming. Besluitvorming door het bestuur moet bovendien toetsbaar zijn door de raad van toezicht, aldus de GCZ 2017.<sup>199</sup> De GCZ 2017 vervolgt dat een besluit, de adviezen daarover en, daar waar van toepassing, de goedkeuring door de raad van toezicht goed worden vastgelegd en later ook traceerbaar zijn. In de besluitvorming van het bestuur dient aldus kritische inbreng zichtbaar te zijn en dienen de voor- en nadelen van de risico's zorgvuldig door het bestuur afgewogen te worden.

### 6.6.6 *Procedures in verband met misstanden en belangenverstrengeling*

Voor elke stichting geldt dat het gedrag van degenen die intern bij de stichting betrokken zijn, waaronder met name het gedrag van degenen die de stichting besturen, een risico voor de stichting kan vormen. Dit risico kan er bijvoorbeeld uit bestaan dat de bestuurder zichzelf verrijkt ten koste van de stichting, maar ook dat de bestuurder onbekwaam is, fouten maakt of een verkeerde beslissing neemt, dat wil zeggen: een beslissing die niet in het belang van de stichting is.<sup>200</sup> Als aan de stichting een onderneming met werknemers of organisatie verbonden is, is het gedrag van de werknemers en andere betrokkenen, een risicofactor. Meer concreet kan sprake zijn van belangenverstrengeling of van fraude.

---

198. 1.3 GCW 2015 en voetnoot 3.

199. 5.5. GCZ 2017.

200. Zie ook de Minister van EZ in zijn brief over Financieel beheer en toezicht in de semipublieke sector (*Kamerstukken II* 2014-2015, 33 822, nr. 4, p. 9) waar hij signaleert dat waar mensen werken, fouten worden gemaakt.

De cultuur binnen een organisatie en het gedrag van mensen binnen een stichtingsorganisatie, die mede bepaald wordt “vanuit de top”, kan invloed hebben op het behalen van de stichtingsdoelstelling. Om die reden zijn *soft controls* van belang ter beïnvloeding van de cultuur, het gedrag en de motivatie van zijn werknemers, aldus de toelichting op de Richtlijnen Jaarverslaggeving.

#### *Cultuur en gedragscodes*

Wat betreft beursvennootschappen besteedt de NCGC een apart principe en een aantal best practice bepalingen aan cultuur.<sup>201</sup> De NCGC schrijft onder meer voor dat het bestuur een gedragscode opstelt en toeziet op de naleving daarvan door zichzelf en door de werknemers van de vennootschap.<sup>202</sup> Naast een gedragscode kan een integriteitscode worden opgesteld. In bepaalde sectoren wordt een klokkenluidersregeling voorgeschreven, waarmee medewerkers illegale of voor de stichting schadelijke activiteiten kunnen melden en mogelijk ook risicovol gedrag van personen binnen de organisatie aan de orde kunnen stellen. In lijn met de NCGC kan van bestuurders van een stichting met een grote onderneming worden verlangd dat zij een procedure vaststellen, zodat meldingen van (vermoedens van) materiële misstanden en onregelmatigheden kunnen worden gedaan en adequate opvolging aan deze meldingen kan worden gegeven. Volgens de NCGC wordt de voorzitter van de raad van commissarissen door het bestuur onverwijld geïnformeerd over signalen van (vermoedens van) materiële misstanden en onregelmatigheden binnen de vennootschap. Wanneer (het vermoeden van) een misstand of onregelmatigheid het functioneren van een bestuurder betreft, kan een werknemer dit rechtstreeks aan de voorzitter van de raad van commissarissen melden, aldus de NCGC.

#### *Sectorregels over integriteit en belangenverstrengeling*

In de Governancecode Zorg (GCZ 2017) is bepaald dat het bestuur van een zorginstelling een beleid ontwikkelt voor de mogelijke belangenverstrengeling van professionals, managers en medewerkers.<sup>203</sup> Het beleid wordt gehandhaafd door het bestuur maar wordt vastgesteld door de raad van toezicht. Ook andere codes, zoals de SBF-Code 2015, bevatten bepalingen over belangenverstrengeling.

Pensioenfondsen zijn gehouden hun integriteitsbeleid vast te leggen. Volgens artikel 19 van het Besluit FTP draagt een pensioenfonds zorg voor een systematische analyse van integriteitrisico's en stelt het aan de hand van deze analyse een integriteitbeleid vast. Het pensioenfonds dient voorts te beschikken over

---

201. 2.5 NCGC.

202. 2.5.2 NCGC.

203. 4.5.4 GCZ 2017



## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

procedures en maatregelen met betrekking tot het tegengaan van belangenverstrengeling.<sup>204</sup> Een pensioenfonds moet beschikken over een gedragscode die voor bestuurders en medewerkers van het fonds voorschriften geeft ter voorkoming van belangenconflicten en van misbruik en oneigenlijk gebruik van de bij het fonds aanwezige informatie of zaken.

Het beleid van een pensioenfonds moet duidelijk maken hoe moet worden omgegaan met:

- persoonlijke, professionele en financiële belangen in relatie tot de stichting;
- vertrouwelijke informatie;
- het verrichten van privétransacties; en
- het vervullen van nevenactiviteiten.

Dit beleid richt zich ook op personen die niet in dienst zijn van de stichting, maar in opdracht van het pensioenfonds opdrachten verrichten.

### *Reglementen*

Bij alle soorten stichtingen, ook stichtingen waarvoor geen sectorregels of codes gelden, kan het nuttig zijn om (vrijwillig) beleid en eventueel procedures op te stellen ten aanzien van integriteitsskwetsies, waaronder belangenverstrengeling. Interne regels omtrent integriteit en belangenverstrengeling hoeven niet voor iedere stichting even uitgebreid te zijn. Ook hiervoor geldt dat deze afgestemd moeten worden op de aard en omvang van de stichting, de eventueel met de stichting verbonden onderneming en het door de stichting beheerde vermogen.

Regels over belangenverstrengeling zouden in een reglement van het bestuur en/of de raad van toezicht opgenomen kunnen worden. Daarin kunnen voorbeelden worden genoemd van situaties van belangenverstrengeling waarmee de stichting te maken kan krijgen en kan bepaald worden dat het bestuur aan de raad van toezicht rapporteert over situaties waarin (de schijn van) belangenverstrengeling zich voordoet of heeft voorgedaan. Het reglement kan voorts beschrijven wat in ieder geval wordt verstaan onder tegenstrijdig belang, bij welk soort transacties zich een tegenstrijdig belang kan voordoen, wanneer het tegenstrijdig belang gemeld moet worden aan de raad van toezicht en in welke gevallen goedkeuring van de raad van toezicht vereist is.<sup>205</sup>

---

204. Het pensioenfonds dient te beschikken over procedures en maatregelen met betrekking tot het tegengaan van verstrengeling van privébelangen met de belangen van het fonds van personen die het beleid van het fonds bepalen, leden van het orgaan dat is belast met het toezicht op het beleid en de algemene gang van zaken van het fonds en andere werknemers of andere personen die in opdracht van het fonds op structurele basis werkzaamheden voor het fonds verrichten (artikel 20 Besluit FTP).

205. In de NCGC is opgesomd wanneer in ieder geval een tegenstrijdig belang bestaat.

6.6.7 *Naleving interne procedureregels en aansprakelijkheidsrisico's*

Zoals reeds opgemerkt is van belang dat de vastgestelde interne procedure-regels passen bij de aard van de stichting, haar werkzaamheden en haar organisatie. De raad dient er voor te zorgen dat de regels *kunnen worden nageleefd* en daarnaast dat ze daadwerkelijk *worden nageleefd*. Daarbij dient opgemerkt te worden, dat bestuurders en – in het verlengde daarvan – leden van de raad van toezicht die interne regels die hun eigen bevoegdheden en taak betreffen niet naleven, aansprakelijkheidsrisico's lopen.<sup>206</sup>

Bestuurders (en leden van de raad van toezicht)<sup>207</sup> kunnen onder omstandigheden op grond van onbehoorlijke taakvervulling (artikel 2:9 BW) jegens de stichting aansprakelijk zijn. Voor een succesvolle actie is nodig dat de desbetreffende bestuurder of het lid van de raad van toezicht een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit de rechtspraak volgt dat de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt, dient te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.<sup>208</sup> Tot de in aanmerking te nemen omstandigheden behoren onder andere de aard en ernst van de normschending, de aard van de door de stichting uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling, de eventueel *voor het bestuur geldende richtlijnen*, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.<sup>209</sup> Daaraan kan nog worden toegevoegd de omstandigheid dat de bestuurder handelt in strijd met statutaire bepalingen die de stichting beogen te beschermen.<sup>210</sup> Een dergelijke omstandigheid moet als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt, uiteraard voor zover schade wordt geleden. Volgens sommige auteurs gaat het niet alleen om statutaire bepalingen, maar ook om wettelijke en andere regels die de rechtspersoon beogen te beschermen.<sup>211</sup>

---

206. Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, *JOR* 2012/77 (Landis). Zie ook Stolp 2015.

207. In geval van faillissement van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen, via 2:300a juncto 2:149 juncto 2:9 BW.

208. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 (Staleman/Van de Ven).

209. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/200

210. HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 met noot Bartman (Berghuizer Papierfabriek).

211. Wezeman 1998, p. 69.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Voorbeelden van bepalingen die de stichting beogen te beschermen en die zijn opgenomen in de statuten of in een intern reglement, zijn bepalingen over de omgang met tegenstrijdig belang. Bovendien kunnen statutaire bepalingen en/of interne richtlijnen, bijvoorbeeld voorgeschreven interne toestemming voor financiële handelingen of het aangaan van bepaalde transacties, daaronder vallen.<sup>212</sup>

Van belang is dus, mede vanwege aansprakelijkheidsrisico's, dat zorgvuldig wordt nagedacht over de inhoud van de interne regels, zodat deze ook daadwerkelijk door het bestuur en de raad van toezicht kunnen worden nageleefd.

### 6.6.8 *Samenvatting en conclusies*

Een belangrijke taak van de raad van toezicht is toezicht houden op adequaat risicomanagement en risicobeheersing. De raad van toezicht van een grote stichting kan zich daarin eventueel laten ondersteunen door een auditcommissie of een risicocommissie. Risicomanagement is een breed begrip dat niet alleen risico's van financiële en operationele aard omvat, maar ook strategische, compliance- en reputatierisico's die impact kunnen hebben op het behalen van de stichtingsdoelstelling.

Het bestuur rapporteert in het bestuursverslag over de wijze waarop het systeem van risicomanagement is verankerd in de organisatie en welke maatregelen de stichting heeft genomen ter beïnvloeding van de cultuur en het gedrag en de motivatie van zijn werknemers (*soft controls*). De uitgebreidheid van de informatie wordt mede bepaald door de omvang en complexiteit van de stichting en haar activiteiten en de daaraan gerelateerde risico's en onzekerheden.

Ook stichtingen die een kleinere onderneming hebben en niet verplicht zijn om een bestuursverslag op te stellen kunnen, voor zover dat in verband met de omvang en activiteiten van de stichting nodig is, een systeem voor risicobeheersing opzetten.

Bij het opzetten van een risicobeheersingssysteem is van belang dat niet alleen risico's in kaart gebracht worden, maar dat ook vastgesteld wordt wat de risicobereidheid van de stichting is, mede gelet op haar doelstellingen. Stichtingen die beschikken over middelen die (mede) afkomstig zijn van de overheid of van andere derden zullen vanwege de belangen van deze geldschieters een lagere risicobereidheid (mogen) hebben dan stichtingen die met "eigen" private middelen een privaat doel trachten te verwezenlijken.

---

212. Zie over de toepassing van het criterium uit het hiervoor genoemde arrest Berghuizer Papierfabriek, bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 26 augustus 2015, *JOR* 2015/327 met noot Van Bekkum.

## HOOFDSTUK 6

Voor alle soorten stichtingen geldt dat proceszorgvuldigheid een belangrijk element van risicobeheersing is. Van belang is dat er binnen de stichting processen aanwezig zijn die risico's signaleren en transparant maken. Het bestuur en de raad van toezicht worden dan in staat gesteld om goed geïnformeerde beslissingen te nemen, verrassingen te voorkomen en kunnen zo nodig tijdig ingrijpen als de risico's zich verwezenlijken.

Voor iedere stichting is van belang dat er duidelijke richtlijnen zijn voor de inrichting van financiële verslaggeving en boekhoudkundige procedures van de stichting. Stichtingen dienen jaarlijks de belangrijkste risico's op financieel gebied, op het gebied van bedrijfsvoering en investeringen, maar ook risico's in verband met de doelstelling en prestaties van de stichting, in kaart te brengen. Voor sommige soorten stichtingen, zoals goede doelen, die beschikken over geld van het publiek, is het bovendien van belang dat zij interne richtlijnen en procedures hebben voor financiële handelingen, zoals voorafgaande interne goedkeuring voor bepaalde (financiële) handelingen en/of een tweehandtekeningstelsel.

Onderdeel van de raak van de raad van toezicht is het houden van toezicht op en het bevorderen van zorgvuldige besluitvorming door bestuurders. Hoe complexer de stichting en hoe groter de onderneming en de groep waartoe de stichting behoort, hoe groter het risico dat besluiten op basis van onjuiste of onvolledige informatie genomen worden. Factoren die optimale besluitvorming binnen het bestuur vertroebelen en een risico voor de stichting vormen, kunnen ook te maken hebben met individueel gedrag, groepsgedrag en karaktereigenschappen van bestuurders. De raad van toezicht dient om die reden eisen stellen aan het proces van besluitvorming door het bestuur als het gaat om ingrijpende en complexe bestuursbesluiten. Van belang is de schriftelijke vastlegging (traceerbaarheid) van de besluiten, maar ook de wijze waarop het besluit tot stand is gekomen en de overwegingen die daaraan ten grondslag hebben gelegen: welke alternatieven zijn afgewogen, welke criteria golden daarbij, wie stemde voor en wie tegen.

Iedere stichting dient na te denken over procedures en maatregelen met betrekking tot het tegengaan van en omgang met belangrijke integriteitsrisico's, met name omgang met belangenverstremgeling. Regels hierover kunnen worden vastgelegd in een reglement dat door de raad van toezicht wordt vastgesteld of goedgekeurd. Voor veel stichtingen, zeker stichtingen die beschikken over vermogen dat van derden afkomstig is, is het van belang om in een reglement de rol van de raad van toezicht ingeval van (mogelijke) belangenverstremgeling van bestuurders te beschrijven. Stichtingen met een onderneming en werknemers in dienst kunnen bovendien een integriteitscode en een klokkenluidersregeling opstellen.

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

Een stichting dient te zorgen voor richtlijnen, waaronder financiële richtlijnen, die passen bij de aard en de omvang van de stichting. Van belang is dat in het oog wordt gehouden dat de interne richtlijnen *kunnen worden* nageleefd en dat de richtlijnen ook *worden* nageleefd. Leden van de raad van toezicht die de voor de stichting opgestelde interne richtlijnen en procedures niet naleven lopen aansprakelijkheidsrisico's.

### 6.7 Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen

Algemeen wordt aangenomen dat leden van de raad van toezicht zich dienen te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Niettemin is het verhelderend als deze norminstructie zowel voor leden van een raad van commissarissen als leden van een raad van toezicht in de wet wordt vastgelegd, zoals is voorgesteld in het Wetsvoorstel btrp. Bij de invulling van dit belang dient de raad van toezicht mijns inziens de rechtskenmerken van de stichting in acht te nemen en dient hij rekening te houden met de specifieke aard van de stichting (het type stichting) en de daarbij betrokken belangen.

De raad van toezicht is er voor alle bij de stichting betrokken belanghebbenden. De vraag welke belangen de raad van toezicht bij de vervulling van zijn taak dient mee te wegen, wie belanghebbenden bij de stichting zijn, dient in de eerste plaats beantwoord te worden aan de hand van het stichtingsdoel. De belangen van de oprichter, de vermogensverstrekkers en de begunstigden zijn in belangrijke mate af te leiden uit en gerelateerd aan het stichtingsdoel. In dat verband helpt het als het stichtingsdoel helder en zo veel mogelijk concreet omschreven is.

De kwalificatie “belanghebbende” is ook van belang in verband met het feit dat aan belanghebbenden wettelijke middelen ter beschikking staan, zowel in het algemene, voor alle rechtspersonen geldende recht (zoals een vordering tot vernietiging van een besluit van het bestuur of de raad van toezicht of tot ontbinding van de stichting) als in het stichtingenrecht (in het bijzonder een vordering tot ontslag van een stichtingsbestuurder op grond van wanbeheer). De vraag of iemand als belanghebbende kan worden aangemerkt hangt af van de wetsbepaling waarop een beroep wordt gedaan. Relevant kan zijn of een belanghebbende institutioneel betrokken is of anderszins in een eigen belang wordt geraakt, zoals een uitkeringsgerechtigde.

## HOOFDSTUK 6

Er bestaat geen duidelijke rangorde tussen de betrokken belangen; het hangt van het soort stichting en de omstandigheden van het geval af welk belang in welk geval voorgaat. Wel kan bij bepaalde soorten stichtingen vastgesteld en in kaart gebracht worden welke belangen in ieder geval betrokken zijn en welke elementen en omstandigheden een “risico” voor de desbetreffende belanghebbenden en voor de stichting zelf vormen. Voor de raad van toezicht is het relevant dat geanalyseerd wordt welke factoren het (optimaal) verwezenlijken van het stichtingsdoel kunnen belemmeren. Bijvoorbeeld: welke tegenstrijdig belangsituaties kunnen zich voordoen?

Voor iedere stichting geldt mijns inziens dat het stichtingsbelang primair wordt bepaald en ingevuld door de doelstelling van de stichting. Doelverwezenlijking zou je het gedeelde belang van de betrokkenen bij de stichting kunnen noemen. Het belang van een stichting die een maatschappelijke of semipublieke doelstelling heeft, omvat mede het maatschappelijke belang. Om die reden is het niet noodzakelijk en bovendien verwarrend om in een (sectorale) wet te herhalen dat bestuurders en leden van de raad van toezicht zich mede moeten richten op het maatschappelijke belang. Indien de stichting een onderneming heeft, is die onderneming dienstbaar aan het bereiken van het stichtingsdoel. Dat laat onverlet dat het bestuur en de raad van toezicht de bij de onderneming betrokken belangen (bijvoorbeeld van werknemers en van de verhuurder van een bedrijfspand) in acht dienen te nemen.

Door middel van zelfregulering (governancecodes) wordt in bepaalde semipublieke en maatschappelijke sectoren voor stichtingen in die sector een raad van toezicht voorgeschreven of geadviseerd. Zorginstellingen, woningcorporaties en hogescholen die door de overheid worden bekostigd dienen een raad van toezicht in te stellen. Daarbij geldt soms een uitzondering indien sprake is van een “kleinere onderneming”. Ook voor grotere culturele instellingen wordt een raad van toezicht geadviseerd in de toepasselijke sectorcode. Fondsenwervende instellingen en goede doelen dienen op grond van sectorregels een raad van toezicht in te stellen indien sprake is van een groot vermogen dat (mede) is gevormd met publiek geld. Een bijzonder voorbeeld van zelfregulering waarbij een raad van toezicht is voorgeschreven in de private sector is de “grotere” claimstichting, die vermogen van een bepaalde omvang heeft dat is gevormd door bijdragen van derden (inschrijfgeld).

Terecht kent Boek 2 BW geen afzonderlijke “structuurregeling” voor grote stichtingen. Stichtingen verschillen onderling te veel van elkaar wat betreft hun doelstelling (publiek en/of privaat) en de herkomst van hun vermogen (publiek en/of privaat), zodat één algemene wettelijke regeling in Boek 2 BW voor “grote stichtingen” met een verplichte raad van toezicht die bepaalde wettelijke

## SOORTEN STICHTINGEN; INVULLING VAN DE TOEZICHTHOUDENDE TAAK

bevoegdheden heeft, niet zinvol is. Niet alleen de omvang van de onderneming (het vermogen en het aantal werknemers dat de stichting in dienst heeft), maar vooral de doelstelling en – in verband daarmee – de herkomst van het stichtingsvermogen zijn van belang voor de vraag of voor een stichting een raad van toezicht met bepaalde bevoegdheden moet worden voorgeschreven. Per sector dient bepaald te worden of en wanneer voor stichtingen in die sector een raad van toezicht (of een andere vorm van intern toezicht) voorgeschreven wordt.

De raad van toezicht van een stichting met een grote onderneming heeft een belangrijke rol in verband met toezicht op het doelmatig en rechtmatig voeren van de onderneming en de continuïteit van de onderneming. De raad van toezicht van een stichting met een omvangrijk te beheren vermogen dient toe te zien op zorgvuldig vermogensbeheer, financiële continuïteit en adequate risicobeheersing. Indien de stichting een deel van haar onderneming en/of vermogen inbrengt in een andere rechtspersoon (een dochtervennootschap of een dochterstichting) ziet de raad van toezicht eveneens toe op het beleid ten aanzien van die dochter en dient de raad instrumenten te hebben om het bestuur wat betreft besluiten die de dochter betreffen te controleren. Zo kan in de statuten van de moederstichting bepaald worden dat bepaalde besluiten van het bestuur die de dochtermaatschappijen betreffen (en zijn opgenomen in een statutaire goedkeuringslijst bij de desbetreffende dochtermaatschappij), zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht. Wat betreft een dochterstichting is van belang dat de doelstelling van de dochterstichting is afgestemd op de groep waartoe de dochter behoort.

Een belangrijke taak van de raad van toezicht is het houden van toezicht op adequaat risicomanagement en risicobeheersing. Voorwaarde voor effectieve risicobeheersing is dat er op regelmatige basis betrouwbare en bruikbare informatie over relevante risico's aan het bestuur en aan de raad van toezicht ter beschikking wordt gesteld. Het bestuur dient ervoor te zorgen dat er processen aanwezig zijn die risico's signaleren en inzichtelijk maken. Deze processen en richtlijnen dienen afgestemd te worden op de aard en omvang van de stichting en haar activiteiten. Risicomanagement is een breed begrip dat niet alleen risico's van financiële en operationele aard betreft, maar ook strategische, compliance- en reputatierisico's. Het gedrag van bestuurders en andere beleidsbepalers is een risico dat impact kan hebben op het behalen van de stichtingsdoelstelling.

Voor veel stichtingen, zeker stichtingen die beschikken over vermogen van derden, is het belangrijk om interne richtlijnen en procedures op te stellen voor financiële handelingen. Voor alle stichtingen is van belang dat interne regels omtrent de wijze van besluitvorming door het bestuur en de omgang met belangenverstrengeling worden vastgelegd. Dergelijke (regels over) procedures en

## HOOFDSTUK 6

informatievoorziening kunnen bevorderen dat de raad van toezicht tijdig kan ingrijpen als bepaalde risico's zich dreigen voor te doen of als de risico's zich daadwerkelijk verwezenlijken.

Interne reglementen en procedures voor de stichtingsorganen moeten nageleefd *kunnen worden* en moeten ook daadwerkelijk nageleefd *worden*. Indien bestuurders en leden van de raad van toezicht voor de stichting opgestelde interne richtlijnen zelf niet naleven lopen zij immers aansprakelijkheidsrisico's.

### Aanbevelingen voor sectorregels en sectorcodes:

- [Zie paragraaf 6.2.4] Het is verwarrend en overbodig om in sectorregels het maatschappelijk belang als afzonderlijk, aanvullend richtsnoer voor bestuurders en leden van de raad van toezicht te noemen. Het maatschappelijke belang volgt reeds uit doelstelling van de stichting en het bestuur en de raad van toezicht dienen zich te richten op verwezenlijking van dit doel.
- [Zie paragraaf 6.4.2] Bij semipublieke instellingen kan zich de situatie voordoen dat zowel de raad van toezicht als de externe toezichthouder maatregelen kan nemen als sprake is van disfunctionerende bestuurders (bijvoorbeeld schorsing of ontslag van bestuurders). Sectorwetten of beleidsregels dienen duidelijk te maken hoe de bevoegdheden van de externe respectievelijk de interne toezichthouder zijn afgebakend en hoe deze zich tot elkaar verhouden.
- [Zie paragraaf 6.5.4] In governancecodes waarin een raad van toezicht wordt voorgeschreven, zou (meer) aandacht besteed kunnen worden aan de dochtermaatschappijen van de stichting. Dat wil zeggen: aan instrumenten (bijvoorbeeld goedkeuringsrechten) van de raad van toezicht ten aanzien van de dochtermaatschappijen en aan informatievoorziening over en risico-beheersing bij dochtermaatschappijen.
- [Zie paragraaf 6.6.6 en 6.6.7] In governancecodes zou (meer) aandacht besteed moeten worden aan de wijze waarop belangrijke besluiten van het bestuur (en overigens ook besluiten van de raad van toezicht, zie par. 7.4) tot stand komen (evenwichtige besluitvorming) en aan de wijze waarop besluiten vastgelegd worden (traceerbaarheid). Van belang is bovendien dat aandacht wordt besteed aan de wijze waarop de stichting omgaat met integriteitsrisico's.



## Hoofdstuk 7. Waarborgen voor goed toezicht: samenstelling raad van toezicht, zorgvuldige besluitvorming en taakverdeling

### 7.1 Inleiding

Good governance vereist dat de raad van toezicht van een stichting bestaat uit kundige en kritische personen, die aan het bestuur en aan elkaar tegenwicht kunnen bieden. Voor goed toezicht is van belang dat de raad van toezicht optimaal is samengesteld, dat wil zeggen dat de raad van toezicht bestaat uit de juiste mensen met de juiste taken en voldoende mogelijkheden om die taken goed te vervullen. Afhankelijk van het soort stichting, zal het wenselijk zijn dat bepaalde deskundigheid en ervaring binnen de raad aanwezig is, maar ook dat de deskundigheden en vaardigheden van de leden complementair zijn. Van belang is voorts dat leden van de raad van toezicht onderling de taken kunnen verdelen en eventueel commissies kunnen instellen ter ondersteuning van een bepaalde taak.

Een raad van toezicht die zijn eigen leden benoemt en ontslaat (hetgeen in ieder geval geldt voor stichtingen in de semipublieke sector en bovendien voor culturele instellingen en pensioenfondsen die een governance-model met een raad van toezicht hebben gekozen), is zelf verantwoordelijk voor zijn samenstelling en zijn functioneren. Vanwege deze eigen verantwoordelijkheid is het des te meer van belang dat de raad van toezicht een aantal objectieve criteria hanteert teneinde een optimale en evenwichtige samenstelling te bereiken.

Een diverse samenstelling van de raad van toezicht kan bijdragen aan discussie binnen en afgewogen besluitvorming door de raad van toezicht, aangezien verschillende achtergronden, net als verschillende expertises, kunnen leiden tot verschillende invalshoeken. De raad van toezicht dient als geheel onafhankelijk van het bestuur of van welk deelbelang dan ook te kunnen opereren. De vraag kan echter worden gesteld wat onafhankelijkheid inhoudt en hoe onafhankelijkheid van individuele leden kan worden bevorderd.

Deskundigheid, diversiteit en onafhankelijkheid zullen hierna vanuit juridisch perspectief worden uitgewerkt. Psychologische elementen zijn echter minstens net zo belangrijk voor good governance. Als gezorgd is voor een uitgebalanceerde, diverse samenstelling van de raad van toezicht, is van belang dat bij de

## HOOFDSTUK 7

beraadslaging en besluitvorming de onafhankelijke en kritische oordeelsvorming door individuele leden zo veel mogelijk tot zijn recht komt. Indien de raad van toezicht niet voldoende stilstaat bij zijn eigen besluitvormingsproces, neemt hij mogelijk besluiten die niet optimaal zijn of – in het slechtste geval – niet in het belang van de stichting zijn.

In het Verenigd Koninkrijk geldt, in aanvulling op de UK Corporate Governance Code 2016,<sup>1</sup> een handreiking: de ‘Guidance on Board Effectiveness’ (Guidance).<sup>2</sup> De Guidance is, net als de UK Corporate Governance Code 2016, van toepassing op *boards* van in het Verenigd Koninkrijk aan de beurs genoteerde vennootschappen, die bestaan uit *executive directors* en *non-executive directors*. De Guidance bevat niettemin interessante bepalingen en principes over vergaderen die mijns inziens meer algemeen relevant kunnen zijn, ook voor Nederlandse rechtspersonen met een *two tier* systeem, dus ook voor (het bestuur en) de raad van toezicht van de stichting. Over besluitvorming zegt de Guidance het volgende:

*“Well-informed and high-quality decision making is a critical requirement for a board to be effective and does not happen by accident. Flawed decisions can be made with the best of intentions, with competent individuals believing passionately that they are making a sound judgment, when they are not. Many of the factors which lead to poor decision making are predictable and preventable. Boards can minimise the risk of poor decisions by investing time in the design of their decision-making policies and processes, including the contribution of committees.”*<sup>3</sup>

Deze passage uit de Guidance is in lijn met wat Ariely in 2008 beschreef, namelijk dat beslissingen vaak op irrationele gronden worden genomen. Dergelijke beslissingen zijn niet in het belang van de betrokken persoon en vaak ook niet de beste beslissing voor de betrokken stichting. Interessant is dat bij sommige irrationele beslissingen een patroon te ontdekken is. Met andere woorden: ze kunnen voorkomen worden.<sup>4</sup>

---

1. The UK Corporate Governance Code April 2016 ([www.frc.org.uk](http://www.frc.org.uk)).

2. ‘Guidance on Board Effectiveness’ van de Financial Reporting Council (FRC), maart 2011 <https://www.frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/Guidance-on-Board-Effectiveness.pdf>. De Guidance maakt onderdeel uit van een aantal handreikingen in verband met de toepassing van de principes uit de UK Corporate Governance Code.

3. Guidance onder 3.1.

4. Ariely 2008.

De hiervoor genoemde Guidance somt een aantal psychologische factoren op die effectieve besluitvorming belemmeren, zoals de dominante persoonlijkheid van een of meer van de leden van de raad van toezicht, maar ook de dynamiek en de cultuur binnen de raad als geheel. Wordt tegenspraak bijvoorbeeld geduld?<sup>5</sup> Staan de meer ervaren leden van de raad van toezicht open voor nieuwe inzichten? Ervaring kan een pré zijn, maar kan het beoordelingsvermogen ook negatief beïnvloeden, bijvoorbeeld doordat er teveel vertrouwd wordt op eerdere ervaringen en beslissingen.

Hoewel governance in dit onderzoek vanuit juridisch perspectief benaderd wordt, zullen enkele bevindingen uit de sociale psychologie, bijvoorbeeld op het gebied van groepsdenken, in dit hoofdstuk ter illustratie worden aangestipt.

## 7.2 Optimale samenstelling

### 7.2.1 *Inleiding*

Teneinde goed toezicht te kunnen uitoefenen dient de raad van toezicht zodanig te zijn samengesteld dat hij goed voorbereid is voor zijn taak, zodat hij zijn taak naar behoren kan vervullen. In veel governance codes, zoals de governancecode die geldt voor culturele instellingen (GGC 2014), is dit expliciet voorgeschreven.<sup>6</sup> De vraag is echter wanneer de raad van toezicht voor zijn taak is uitgerust; wanneer hij “naar behoren” is samengesteld.

### 7.2.2 *Naar behoren samengesteld*

#### *Term “naar behoren samengesteld” in de structuurregeling*

De wet spreekt bij structuurvennootschappen uitdrukkelijk over een raad van commissarissen die naar behoren is samengesteld. De desbetreffende wettelijke bepaling bij structuurvennootschappen houdt verband met het aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad bij de benoeming van een nieuwe commissaris (artikel 2:158/268 lid 6 BW). Commissarissen van een structuurvennootschap worden benoemd op voordracht van de raad van commissarissen, waarbij de ondernemingsraad een aanbevelingsrecht heeft ten aanzien van een derde van het aantal commissarissen (artikel 2:158/268 lid 6 BW). Wanneer de ondernemingsraad een persoon als commissaris heeft aanbevolen, kan de raad van commissarissen

5. Guidance onder 3.3.

6. GCC 2014, aanbeveling 6.2: De raad van toezicht is zodanig samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen.

bezwaar maken tegen deze aanbeveling op twee limitatief in de wet opgesomde gronden. Eén van die gronden is dat “de raad van commissarissen bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld”. De raad van commissarissen wordt volgens de parlementaire geschiedenis bij deze bepaling uit de structuurregeling geacht niet naar behoren te zijn samengesteld “als de raad op een essentieel punt deskundigheid of ervaring mist of als deze karakteristieken juist onevenredig veel nadruk krijgen”.<sup>7</sup> Ook als sprake is van partijdige belangenvertegenwoordiging of grote te verwachten onenigheid kan volgens de parlementaire geschiedenis van “niet naar behoren samengesteld” worden gesproken.<sup>8</sup>

Al in 1969 ging de SER in zijn advies over de verplichte instelling van een raad van commissarissen bij een structuurvennootschap in op de samenstelling van de raad van commissarissen. De leden van de raad van commissarissen werden overigens in de oorspronkelijke structuurregeling tot de wijziging in 2004 door de raad van commissarissen zelf benoemd. De SER merkte op dat sprake dient te zijn van spreiding van specifieke deskundigheid ten aanzien van een of meer aspecten van het ondernemingsdoel, hetgeen gecombineerd dient te worden met brede maatschappelijke ervaring, wijsheid en bezonnenheid in oordeel van elk van de leden van de raad van commissarissen. Voorts is van belang dat zij onafhankelijk en onpartijdig zijn en een open oog hebben voor de maatschappelijke ontwikkeling.<sup>9</sup>

#### *Bepalingen in governancecodes*

In de NCGC, die is geschreven voor beursvennootschappen, is te lezen dat de raad van commissarissen zodanig moet zijn samengesteld dat benodigde deskundigheid, achtergrond, competenties en onafhankelijkheid aanwezig zijn, zodat commissarissen hun taak naar behoren kunnen vervullen.<sup>10</sup> Ook in andere codes wordt voorgeschreven dat binnen de raad van toezicht de benodigde deskundigheid, kennis en vaardigheden aanwezig zijn.

Evenals voor een raad van commissarissen van een structuurvennootschap, geldt voor de raad van toezicht van de stichting dat de vraag welke specifieke en algemene deskundigheid benodigd is afhangt van en gerelateerd is aan het doel

---

7. Met “deze karakteristieken” is waarschijnlijk bedoeld: deskundigheid en ervaring.

8. *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 179, nr. 5, p. 38 waarin wordt verwezen naar de parlementaire geschiedenis van artikel 158 lid 6 zoals gewijzigd bij de Wet van 1 juli 1987, *Stb.* 336. In de rechtspraak is deze uitleg van de zinsnede “naar behoren samengesteld” bevestigd (zie Hof Amsterdam (OK) 2 februari 1989, *NJ* 1990, 86 (Kodak)).

9. SER Advies inzake de herziening van het ondernemingsrecht, 1969, nr. 14, p. 18 en 21.

10. Principe 2.1 NCGC 2016.

dat de stichting beoogt te verwezenlijken. Er bestaat geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer een raad van toezicht “naar behoren is samengesteld”, aangezien de samenstelling afhankelijk is van de stichting in kwestie, de omstandigheden waarin deze zich bevindt, maar ook van de rol en taak die binnen de stichting aan de raad van toezicht is toebedeeld.

*Type stichting*

Bepaalde typen stichtingen, zoals bijvoorbeeld familiestichtingen, kunnen vooral behoefte hebben aan een raad van toezicht die fungeert als sparring-partner of klankbord voor het bestuur. Om te kunnen klankborden met het bestuur van een stichting die een onderneming heeft en het bestuur aan te kunnen vullen, kan het bijvoorbeeld van belang zijn dat één of meer leden van de raad van toezicht zelf relevante ervaring heeft met het besturen van een vergelijkbare onderneming.

Sommige typen stichting hebben behoefte aan een specifiek soort deskundigheid of expertise binnen de raad van toezicht. Bijvoorbeeld stichtingen die opereren in een sterk gereguleerde sector, zoals scholen of pensioenfondsen, kunnen behoefte hebben aan specifieke juridische kennis binnen de raad van toezicht. Ook kan behoefte bestaan aan leden van de raad van toezicht die relevante contacten of een relevant netwerk hebben, zoals bijvoorbeeld oud-politici.<sup>11</sup>

In het vorige hoofdstuk werden stichtingen getypeerd aan de hand van het doel dat de stichting beoogt te verwezenlijken, de wijze waarop het stichtingsvermogen is samengesteld en de omvang van de onderneming (voor zover aanwezig). Daarnaast is van belang binnen welke context en in welke omgeving en sector de stichting opereert. Met welke belangrijke ontwikkelingen heeft de stichting te maken? De kennis, expertise en vaardigheden die aanwezig zijn binnen de raad van toezicht dienen hierbij aan te sluiten.<sup>12</sup>

Voor een stichting die een bepaald soort onderneming drijft is van belang dat interne toezichthouders verstand hebben van die *business*. Zo zal de raad van toezicht van een zorginstelling toezien op de kwaliteit van de zorg en heeft deze medische expertise nodig.

---

11. Zie ook Kroeze 2005, die commissarissen met ‘bestuurlijke competenties’ en commissarissen met ‘instrumentele competenties’ onderscheidt.

12. Van Dijk & Nuijts 2015.

Ook uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer, zoals de Meavita-beschikking,<sup>13</sup> volgt dat de samenstelling van de raad van toezicht in belangrijke mate afhangt van de omvang en complexiteit van de stichting en de daarbij betrokken belangen, als ook van de uitdagingen waarvoor de stichting wordt gesteld. Relevant zijn ook de omvang en complexiteit van de taak en de omstandigheden waaronder leden van de raad van toezicht die taak moeten vervullen.

Stichting Meavita Nederland was in 2007 ontstaan uit een bestuurlijke fusie tussen vier grote zorgstichtingen, stond aan het hoofd van de groep en had geen eigen onderneming. Het bestuur van Stichting Meavita Nederland vormde een personele unie met de dochters. Bij Stichting Meavita Nederland werd een raad van toezicht ingesteld (die overigens raad van commissarissen werd genoemd). De groep die door Stichting Meavita Nederland werd aangestuurd was dus door fusies in korte tijd in omvang toegenomen en Meavita had bovendien te maken met complexe regels en belangrijke veranderingen op het gebied van de gezondheidszorg (de AWBZ werd gewijzigd en de WMO werd geïntroduceerd). In het kader van de fusiebesprekingen was het dan ook van belang geweest om stil te staan bij de optimale samenstelling van de raad middels het opstellen van objectieve criteria. De OK achtte het bestuur en de raad van toezicht van Stichting Meavita Nederland verantwoordelijk voor wanbeleid ten aanzien van de uitvoering van de fusie en overwoog onder meer dat het de toenmalige bestuurders en leden van de raad van toezicht was aan te rekenen dat wat betreft de samenstelling van de nieuwe raad van toezicht van Stichting Meavita Nederland de herkomst van de te benoemen leden (van welke fusiepartner komt het voorgestelde lid?) belangrijker was dan de geschiktheid voor de functie.

Zodra is vastgesteld wat het doel van de stichting is en in welke omstandigheden de stichting zich bevindt, kan de rol van de raad van toezicht binnen de stichting worden vastgelegd en kan worden nagegaan welke deskundigheden en vaardigheden nodig zijn. De benodigde deskundigheden en vaardigheden kunnen worden vastgelegd in een algemene profielschets voor de raad van toezicht (waarover hierna meer), waarmee inzicht wordt geboden in wat men verwacht van leden van de raad van toezicht verwacht. Aan de hand daarvan kan geobjectiveerd worden welke eisen aan leden van de raad van toezicht gesteld moeten worden.

---

13. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61, met noot Van Schilfgaarde, *RO* 2016/8 (Meavita), r.o. 6.29 en 6.30.

### 7.2.3 *Deskundigheden, vaardigheden en karaktereigenschappen*

#### *Algemene deskundigheid en algemene vaardigheden*

Niet alleen de raad van toezicht als geheel dient naar behoren samengesteld te zijn, maar ook elk van de individuele leden van de raad van toezicht moet in staat zijn om de toezichthoudende taak behoorlijk te vervullen. Daarvoor is in ieder geval nodig dat alle leden het beleid van het bestuur van de stichting op hoofdlijnen kunnen beoordelen.<sup>14</sup> Toezicht houden is immers een collectieve verantwoordelijkheid. Een taakverdeling brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid van de raad geen wijziging. Ieder lid blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening van de raad en voor de besluiten die door de raad van toezicht als orgaan worden genomen. Het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid brengt ook mee dat de taken niet naar willekeur verdeeld kunnen worden. Over het toezicht op (de hoofdlijnen van) het bestuursbeleid moeten de leden van de raad van toezicht gezamenlijk beslissen en om die reden dienen zij bepaalde basiskennis te hebben. Zoals eerder aangegeven in par. 5.3.2, is niet vastomlijnd wat onder de hoofdlijnen van het beleid en de algemene gang van zaken valt. Aangenomen wordt echter dat het vaststellen van financieel beleid, de strategie en de risicobeheersing hieronder vallen. Om die reden is bijvoorbeeld financiële basiskennis (zoals het kunnen begrijpen van een jaarrekening) voor ieder lid van de raad van toezicht relevant.

Hoewel de benodigde vaardigheden per stichting variëren, kan wel gezegd worden dat bepaalde karaktereigenschappen, zoals “een kritische geest”, voor alle interne toezichthouders vereist zijn om toezicht uit te kunnen oefenen. Een lid van de raad van toezicht moet kritisch kunnen zijn ten aanzien van het eigen functioneren en moet daarnaast bijvoorbeeld communicatieve vaardigheden hebben en zich professioneel kunnen gedragen (bijvoorbeeld bereikbaar zijn, voldoende tijd nemen om een vergadering voor te bereiden, etc.).

In bepaalde sectoren, zoals de pensioensector, zijn minimale deskundigheden en basisvaardigheden vastgesteld en neergelegd in sectorregels of codes en wordt door de externe toezichthouder getest of aan deze minimale deskundigheids- of geschiktheidsvereisten is voldaan (de zogenoemde geschiktheidstest van DNB die hierna aan de orde komt).

---

14. Zie ook GCC 2014, onder 6.3 en 6.4.

*Specifieke deskundigheden*

Voor sommige stichtingen kan het, als gezegd, wenselijk zijn dat een of meer leden van de raad van toezicht, naast algemene vaardigheden, specifieke expertise of vakinhoudelijke kennis op een bepaald terrein hebben. Het lid van de raad van toezicht is dan niet alleen generalist maar ook specialist.<sup>15</sup> Specifieke deskundigheden hangen vaak samen met het type stichting waarop toezicht wordt gehouden.

Het vermogen van bijvoorbeeld goede doelen bestaat in meerdere of mindere mate uit giften van derden. Indien het vermogen aanzienlijk is en belegd moet worden, is het van belang dat binnen de raad kennis aanwezig is over vermogensbeheer en risicobeheersing. Indien een goed doel of een culturele instelling in grote mate afhankelijk is van giften van particulieren of bedrijven kan het relevant zijn dat binnen de raad van toezicht kennis over fondsenwerving aanwezig is. In dat verband kan het ook belangrijk zijn dat een of meer leden van de raad van toezicht “netwerkvaardigheden” hebben, dat wil zeggen: in staat zijn om voor de stichting relevante contacten te leggen en te onderhouden.

Hiervoor kwam al aan de orde, dat aanwezigheid van een bepaalde mate van financiële deskundigheid (deskundigheid op het gebied van financiële verslaggeving of controle van de jaarrekening) en deskundigheid op het gebied van risicobeheersing, binnen elke raad van toezicht een vereiste is. Voor de raad van toezicht van een stichting met een groot en/of complex vermogen worden meer eisen gesteld aan financiële deskundigheid. Zo is voor een pensioenfonds deskundigheid op het gebied van financieel technische en actuariële aspecten, waaronder financiering, beleggingen, actuariële principes en herverzekeringen van belang.<sup>16</sup>

Voor sommige stichtingen met een grote onderneming, zou evenals voor beursgenoteerde vennootschappen kunnen gelden dat – gelet op het doel van de stichting en haar activiteiten – van belang is dat minimaal één lid van de raad van toezicht beschikt over specifieke deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe business modellen.<sup>17</sup> Risicobeheersing is, zo bleek

---

15. Aser/Maijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/508 over de commissaris als specialist en generalist.

16. Zie ook 1.2 Beleidsregel geschiktheid 2012.

17. In de conceptversie van de Herziening van de NCGC stond dat minimaal één commissaris beschikt over deskundigheid op het gebied van technologische innovatie en nieuwe business modellen 2.1.4 Concept Herziening NCGC). Deze bepaling is in de NCGC 2016 uiteindelijk weer geschrapt. De toelichting op de NCGC zegt hierover dat commissarissen een belangrijke rol kunnen spelen in het beoordelen van kansen en risico's die technologische innovaties kunnen bieden. Indien gewenst kunnen zij vernieuwingen aanjagen of juist afremmen.



uit het voorgaande hoofdstuk, voor veel stichtingen van belang, in het bijzonder wanneer de stichting een grote onderneming heeft of een groot vermogen beheert.

Semipublieke instellingen, zoals scholen, opereren in een zwaar gereguleerde omgeving en vanwege de veelheid aan regels kan het, als gezegd, nuttig zijn als ten minste één lid van de raad van toezicht beschikt over relevante juridische kennis. Voor semipublieke instellingen, waaraan een kleine of grotere onderneming is verbonden en die beschikken over “publieke middelen”, heeft de Minister van Financiën een “Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht” vastgesteld. Daarin is te lezen dat in de bezetting van de raad van toezicht voldoende financiële kennis aanwezig moet zijn, die bij voorkeur toegespitst is op de sector.<sup>18</sup>

In sommige gevallen is sectorspecifieke kennis en ervaring van belang. De raad van toezicht van een woningstichting dient te beschikken over kennis van de ontwikkeling en het beheer van vastgoed en kennis op het gebied van huisvestingsvraagstukken. De raad van toezicht van een zorginstelling dient specifiek toe te zien op de kwaliteit en veiligheid van de zorg en binnen de raad van toezicht dient op dat punt voldoende deskundigheid aanwezig te zijn.

*Specifieke vaardigheden en karaktereigenschappen; de voorzitter*

In sommige gevallen en voor sommige functies binnen de raad van toezicht kunnen ook specifieke vaardigheden en karaktereigenschappen vereist zijn, bijvoorbeeld voor de voorzittersfunctie. De voorzitter van de raad van toezicht heeft een belangrijke taak en rol in verband met de werkwijze van de raad van toezicht in het algemeen, informatievoorziening van de raad van toezicht, de vergaderingen van de raad van toezicht (zie ook paragraaf 7.4.3 hierna), maar ook in de contacten met het bestuur en eventueel de ondernemingsraad en andere belanghebbenden(organen).<sup>19</sup>

18. ‘Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht’, Bijlage 1 bij Brief van de Minister van Financiën van 27 november 2013, Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 822, nr. 1. Voor beursvennootschappen vloeit ook uit Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn 2014/56/EU voort dat één commissaris beschikt over financiële kennis. De Minister schrijft voor “grote” semipublieke instellingen bovendien voor dat er een audit committee is, waarover meer in paragraaf 7.5.

19. Zie ook Schuit & Jaspers 2017. De NCGC (2.3.6 NCGC) noemt evenals een aantal sectorale codes (zie bijvoorbeeld 3.22 GCW 2015, 7.5 GCC 2014) een aantal specifieke taken voor de voorzitter, zoals de taak om er op toe te zien van de leden van de raad van toezicht en bestuurders hun opleidingsprogramma volgen en dat zij één keer per jaar worden beoordeeld. Voorts is in de NCGC te lezen dat de voorzitter er in het bijzonder op toe moet zien dat de raad signalen uit de met de stichting verbonden onderneming opvangt en dat hij er voor moet zorgen dat (vermoedens van) materiële misstanden en onregelmatigheden onverwijld aan de raad van toezicht worden gerapporteerd.

## HOOFDSTUK 7

Van de voorzitter, bijvoorbeeld de voorzitter van de raad van toezicht van een culturele instelling, wordt vereist dat hij relevante (bestuurlijke) ervaring en goede communicatieve vaardigheden heeft.<sup>20</sup> Wat betreft pensioenfondsen en woningcorporaties wordt “voorzittersvaardigheid” door beleidsregels beschreven.<sup>21</sup> Een voorzitter dient te beschikken over kwaliteiten om het groepsproces binnen de raad van toezicht professioneel te leiden. Hij kan vergaderingen efficiënt, effectief en daadkrachtig leiden in een open sfeer waarin iedereen gelijkwaardig kan participeren. Hij heeft oog voor taakvervulling en verantwoordelijkheden van anderen, aldus de beleidsregels.

Uit onderzoek over hoe de raad van commissarissen of de raad van toezicht omgaat met kritische situaties, komt naar voren dat ervaring van leden van de raad van toezicht van groot belang is wanneer de nood aan de man is.<sup>22</sup> Opgemerkt wordt dat idealiter in ieder geval de voorzitter, maar het liefst ook één of meer van de andere leden van de raad van toezicht, zelf “een keer in de modder heeft gestaan”. Naast ervaring kan het voor de optimale samenstelling van en de dynamiek binnen de raad ook van belang zijn dat sprake is van “vers bloed”.<sup>23</sup> Nieuwkomers kunnen andere inzichten meenemen of kritische vragen stellen, die tot nieuwe ideeën kunnen leiden.<sup>24</sup>

### 7.2.4 *Geschiktheidseisen en accreditatie*

Voor twee soorten stichtingen, te weten: pensioenfondsen en woningstichtingen, geldt dat in de wet of daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen en beleidsregels concrete eisen worden gesteld aan de geschiktheid van de leden van de raad van toezicht en dat door een externe toezichthouder wordt getoetst of de leden voldoen aan deze eisen. In de zorg is voornamelijk gekozen voor zelfregulering en een systeem van accreditatie.

---

20. Zie bijvoorbeeld het voorbeeldprofiel van de voorzitter van de raad van toezicht van een culturele instelling, Toolkit Governance Code Cultuur, ‘Samenstelling en profiel bestuur en raad van toezicht’, te vinden op [www.governancecodecultuur.nl](http://www.governancecodecultuur.nl).

21. Zie de toelichtingen bij Beleidsregel geschiktheid van DNB en AFM respectievelijk het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting.

22. Veltrop & Van Manen 2017, p. 34-35

23. Ellemers & De Gilder 2012, p. 79-92.

24. Daarbij is wel van belang is dat de raad van toezicht ook openstaat voor vernieuwing. Ellemers en De Gilder merken op dat vers bloed ook spanning kan oproepen omdat mensen zich al snel aangevallen voelen als hun vertrouwde werkwijze ter discussie wordt gesteld. Nieuwkomers zijn bovendien op zoek naar acceptatie en waardering en zijn daardoor geneigd om zich aan te passen. Van belang is dat de situatie zo ingericht wordt dat er ruimte is voor verschil van mening zonder dat dit de goede sfeer in gevaar brengt. Dat kun je volgens Ellemers en De Gilder onder andere doen door duidelijk aan te geven wanneer verschillen tussen de leden verwacht worden en wanneer deze verschillen nuttig zijn.

*Pensioenfondsen*

Een pensioenfonds kwalificeert als een financiële onderneming in de zin van de Wet financieel toezicht (Wft). Om die reden valt een pensioenfonds onder artikel 3:8 en 4:9 lid 1 Wft, waarin geschiktheidseisen worden gesteld aan leden van de raad van toezicht. Volgens de Minister van Financiën sluit dit aan bij de ontwikkelingen in de maatschappij die steeds hogere eisen stelt aan de deskundigheid, niet alleen van de dagelijks beleidsbepalers, maar ook van de interne toezichthouders van financiële ondernemingen.<sup>25</sup> Het gaat daarbij zowel om kennis en ervaring als om vaardigheden en professioneel gedrag. Bovendien gelden op grond van de eigen regeling voor pensioenfondsen, de Pensioenwet (Pw) en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb), sinds 2013 naast betrouwbaarheidseisen ook geschiktheidseisen voor leden van de raad van toezicht (artikel 106 Pw). Nadat in de Wft de term deskundigheid werd gewijzigd in “geschiktheid”, is deze term ook in de Pw en de Wvb opgenomen. De nieuwe toets die de deskundigheidstoets verving volgde uit de aanbevelingen die waren opgenomen in het rapport van de Commissie Scheltema.<sup>26</sup> Volgens dit rapport past de term geschiktheid in sommige gevallen beter bij hetgeen daadwerkelijk wordt getoetst dan de term deskundigheid. “Geschiktheid omvat zowel kennis en vaardigheden als professioneel gedrag. Kritisch vermogen en onbevangenheid zijn een noodzakelijke aanvulling op deskundigheid omdat zij bevorderen dat bestuurders en andere (mede)beleidsbepalers kritisch doorvragen waar dat nodig is”, aldus de MvT bij de Wet versterking bestuur pensioenfondsen.<sup>27</sup> Bovendien wordt door de aangescherpte formulering duidelijker hoe de individuele toetsing zich verhoudt tot de toets op aanwezige kennis en kunde in het collectief, aldus de MvT.

De geschiktheid van het (beoogde) lid van de raad van toezicht van een pensioenfonds wordt door DNB getoetst bij een voorgenomen benoeming van een nieuw lid. Hertoetsing kan plaatsvinden indien feiten of omstandigheden daartoe aanleiding geven, aldus de Beleidsregel geschiktheid.<sup>28</sup> Elke wijziging in de samenstelling van de raad van toezicht (nieuwe benoemingen maar ook wijzigingen in taakverdelingen) dient gemeld te worden aan de externe toezichthouder. Bij de toetsing neemt DNB ook de samenstelling en het functioneren van de raad van toezicht als geheel in aanmerking.<sup>29</sup> De individuele geschiktheid wordt dus gezien in samenhang met de kennis en vaardigheden van de

25. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 786, nr. 3, p. 2.

26. Rapport van de Commissie van Onderzoek DSB Bank, 23 juni 2010. Zie *Kamerstukken II* 32 043 (Toekomst pensioenstelsel) en 32 545 (Wet- en regelgeving financiële markten), nr. 24

27. *Kamerstukken II* 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 13.

28. 1.5 Beleidsregel geschiktheid 2012 (*Stcrt.* 2012, 13546). Zie ook Rapport Commissie Ottow 2017, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016-2017, 32 648, nr. 14, p. 39 e.v.

29. 1.4 Beleidsregel geschiktheid 2012.

## HOOFDSTUK 7

andere zittende leden van de raad van toezicht. Bij de geschiktheidstoets neemt DNB informatie en antecedenten met betrekking tot geschiktheid in aanmerking, dat wil zeggen: het door de pensioenfondsen gehanteerde beleid – en de uitkomsten daarvan – voor werving en selectie en voor periodieke beoordeling, het functieprofiel, de (schriftelijk vastgelegde) besluitvorming over selectie van de kandidaat (inclusief de overwegingen die tot de uitkomst hebben geleid) en – voor zover het een herbenoeming betreft – de (schriftelijk vastgelegde) periodieke beoordeling.<sup>30</sup>

Volgens het rapport van de Commissie Ottow, waarin het toetsingsproces van AFM en DNB is geëvalueerd, is sprake van een indringende toetsing, waarbij niet alleen de financiële kennis van de kandidaten wordt getoetst, maar ook houding en gedrag en of de kandidaat geschikt is voor de specifieke functie, waarbij rekening wordt gehouden met de *board dynamics* van dat moment.<sup>31</sup>

De geschiktheidsnorm voor pensioenfondsen is, als gezegd, inhoudelijk uitgewerkt in de Beleidsregel geschiktheid. Daarin wordt een aantal competenties genoemd, zoals authenticiteit, besluitvaardigheid, helikopterview, omgevings-sensitiviteit, overtuigingskracht, samenwerkingsvermogen. De wijze waarop voldaan moet worden aan diverse onderwerpen van geschiktheid is afhankelijk van de aard, omvang, complexiteit en het risicoprofiel van een onderneming, aldus de toelichting bij de Beleidsregel geschiktheid.<sup>32</sup> De “omvang van een onderneming” kan volgens de toelichting op meerdere aspecten betrekking hebben, zoals het aantal werknemers (hoe meer werknemers des te zwaarder de vereisten ten aanzien van organisatie en communicatie) en het vermogen waarvoor een onderneming verantwoordelijk is (hoe groter het vermogen des te zwaarder de eisen aan financieel technische aspecten en administratieve organisatie). Bovendien worden hogere geschiktheidseisen gesteld naarmate een onderneming complexer is en/of een hoger risicoprofiel heeft, aldus de toelichting op de Beleidsregel Geschiktheid. In de toelichting wordt ook “het maatschappelijke belang” genoemd: hoe meer “klanten” een financiële onderneming heeft, hoe meer eisen gesteld kunnen worden aan evenwichtige en consistente besluitvorming, waarbij “de belangen van klanten en andere stakeholders een centrale positie innemen”, aldus de toelichting. Eisen die gesteld kunnen worden aan besluitvorming komen hierna uitgebreider aan de orde.

---

30. 1.6 onder 2 Beleidsregel geschiktheid 2012.

31. Rapport Commissie Ottow 2017, p. 18.

32. De aard van een onderneming beïnvloedt met name de vereiste inhoudelijke geschiktheid inzake de producten, diensten en markten waarop een onderneming actief is. Beleidsbepalers van een (beroeps)pensioenfonds en pensioenverzekeraar hebben bijvoorbeeld kennis van pensioenen en de financiële aspecten die samenhangen met het beheer van belegd vermogen en kennis van verzekeren nodig, terwijl een adviseur in pensioenproducten vooral kennis van pensioenen moet hebben.

*Woningstichtingen*

Naar aanleiding van aanbevelingen van de in 2013 ingestelde parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties,<sup>33</sup> geldt sinds 2015 voor leden van de raad van toezicht van een woningstichting<sup>34</sup> een geschiktheidstoets, ook wel *fit and proper*-test genoemd, die in de Woningwet is opgenomen. Alvorens de raad van toezicht van een woningstichting overgaat tot benoeming van een lid van die raad van toezicht, dient de geschiktheid (en overigens ook de betrouwbaarheid) van de betrokken persoon getoetst te worden door de Autoriteit woningcorporaties (Aw) namens de Minister voor Wonen en Rijksdienst (artikel 30 Woningwet). Volgens artikel 19 van het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting 2015 blijkt de geschiktheid van het beoogde lid uit diens opleiding, werkervaring, vakinhoudelijke kennis en competenties.<sup>35</sup> Vastgesteld wordt of de kandidaat beschikt over de noodzakelijke kennis op het gebied van de aard en werkzaamheden van woningcorporaties, financiën en risico's. Indien de toezichthouder een positieve zienswijze kenbaar maakt (of niet binnen de wettelijke termijn een zienswijze kenbaar maakt), mag de kandidaat benoemd worden.<sup>36</sup>

*Wettelijke geschiktheidseisen ook voor andere typen stichtingen?*

Ook voor andere typen stichtingen waaraan een grote, complexe onderneming is verbonden of stichtingen die een groot vermogen met een hoog risicoprofiel beheren, dat mede is gevormd door bijdragen van derden (zoals fondsenwervende instellingen), kan mijns inziens beargumenteerd worden dat geschiktheidseisen gesteld dienen te worden aan leden van de raad van toezicht. De vraag is echter of dit wettelijke eisen moeten zijn en aan welk criterium (omvang onderneming of vermogen?) deze gekoppeld zouden moeten worden. En wie zou moeten toetsen of aan die vereisten is voldaan? Door wie worden de kosten van de geschiktheidstoets gedragen?<sup>37</sup>

Bij veel stichtingen zal het uitgangspunt, mijns inziens terecht, zijn dat de raad zijn eigen leden toetst en evalueert (zie hierover hoofdstuk 8). Bij het werven van nieuwe leden en bij de toetsing van de leden zou het formuleren van geschiktheidseisen (en overigens ook integriteitseisen) de raad van toezicht

33. Rapport Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties 2014, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 4, p. 187.

34. Om precies te zijn: een toegelaten instelling in de zin van de Woningwet.

35. In bijlage 1 bij het Besluit toegelaten instellingen volkshuisvesting worden de volgende karaktereigenschappen genoemd: authenticiteit, bestuurlijk inzicht, helikopterview, integriteit en moreel besef, maatschappelijke (omgevings)sensitiviteit en verantwoordelijkheid, onafhankelijke oordeelsvorming, teamspeler, vakinhoudelijke kennis en visie, voorzittersvaardigheid (indien van toepassing) en zelfreflectie.

36. Koster 2016 en Van Dongen & Hopmans 2015.

37. Indien er een geschiktheidstoets ingesteld wordt, dienen de kosten daarvan wel in relatie staan tot de omvang van de instelling. Zie ook Klaassen 2014, p. 642 e.v.

uiteraard wel kunnen helpen. Bij toetsing van de geschiktheid van een potentieel nieuw lid kunnen bijvoorbeeld ook referenties ingewonnen worden. Bij zelfevaluatie is het des te meer van belang dat in een reglement of protocol inzicht wordt geboden in de benodigde competenties en de vereiste expertise binnen de raad van toezicht. Daarbij kan inspiratie worden opgedaan bij de criteria die zijn ontwikkeld in de financiële sector en de woningcorporatiesector. Bovendien kan inspiratie worden opgedaan bij ervaringen die zijn opgedaan met accreditatie van leden van de raad van toezicht van zorginstellingen, waarover hierna meer. In het jaarlijkse verslag kan de wijze van toetsing en evaluatie aan de hand van deze criteria worden uitgewerkt. Het verslag van de raad van toezicht en het onderwerp zelfevaluatie komen in het volgende hoofdstuk nader aan de orde.

#### *Accreditatiestelsel in de zorg*

In de zorg is vooralsnog gekozen voor zelfregulering door de sector.<sup>38</sup> De Nederlandse Vereniging voor toezichthouders in zorg en welzijn (NVTZ) is in 2017 met een accreditatiesysteem voor raden van toezicht gestart. Aanleiding hiervoor waren de aanbevelingen van de Commissie Brenninkmeijer die eind 2014 naar aanleiding van een verzoek van de NVTZ het rapport ‘De Vrijblijvendheid Voorbij’ uitbracht.<sup>39</sup> De accreditatie heeft ten doel de vakontwikkeling van leden van de raad van toezicht en zelfevaluatie door de raad van toezicht te toetsen. Volgens een persbericht van de NVTZ staat centraal in de accreditatie de reflectie op het eigen handelen, waarbij de focus ligt op de raad van toezicht als geheel en niet alleen op de individuele leden.<sup>40</sup> Toezichthouders nemen immers hun besluiten ook in gezamenlijkheid, aldus het bericht. De NVTZ heeft zich ten doel gesteld dat in 2020 alle raden van toezicht geaccrediteerd zijn.<sup>41</sup>

Terwijl het accreditatiestelsel voor toezichthouders nog in ontwikkeling is, geldt voor bestuurders in de zorg reeds een accreditatiestelsel dat in 2013 is opgezet door de Nederlandse Vereniging van Bestuurders in de Zorg (NVZD). Accreditatie is een lidmaatschaps eis voor leden van de NVZD. Volgens de website van de NVZD wordt in het accreditatietraject getoetst of bestuurders actief werken aan hun vakontwikkeling en beschikken over zelfreflectief vermogen.<sup>42</sup> De NVZD heeft een register van geaccrediteerde bestuurders ingesteld. De accreditatie is vijf jaar geldig.

38. Zie ook Verslag van het overleg van de vaste commissie voor VWS met de Staatssecretaris van VWS, mede naar aanleiding van onderzoeken bij Zorggroep Alliade (*Kamerstukken II* 2016-2017, 23235, nr. 167).

39. Zie [www.nvtz-nieuwsbrief.nl](http://www.nvtz-nieuwsbrief.nl).

40. Persbericht van 24 maart 2016, te vinden op [www.nvtz.nl](http://www.nvtz.nl).

41. Zie ook *Kamerstukken II* 2016-2017, 34 550 XVI, nr. 131.

42. [www.nvzd.nl](http://www.nvzd.nl). Vijf expertisegebieden vormen de kapstok van de norm, aldus de NVZD: technisch-inhoudelijke expertise, persoonlijke professionaliteit, maatschappelijke inbedding, het zijn van procesarchitect, communicatie en verantwoording afleggen. Het traject

### 7.2.5 *Scholings- en ontwikkelingsprogramma's*

Algemene en specifieke deskundigheid en kennis van leden van de raad van toezicht dienen ontwikkeld, bijgehouden en onderhouden te worden. In het kader van opleiding van nieuwe leden van de raad van toezicht is bovendien van belang dat sprake is van kennisoverdracht door vertrekkende leden.

Voor culturele instellingen geldt op grond van de GCC 2014 dat aan alle leden van de raad van toezicht na hun benoeming een introductie wordt aangeboden in verschillende aspecten die voor de raad van toezicht relevant zijn. Jaarlijks beoordeelt de raad van toezicht in welk opzicht de leden behoefte hebben aan verdieping of verbreding van hun kennis.<sup>43</sup> Ook de GCW 2015 schrijft voor woningcorporaties voor dat leden van de raad van toezicht na hun benoeming een introductieprogramma volgen waarin de relevante aspecten van de functie aan bod komen.<sup>44</sup>

De GCZ 2017 schrijft voor nieuwe leden van de raad van toezicht van een zorginstelling niet alleen een introductieprogramma voor,<sup>45</sup> maar bepaalt voorts dat de raad van toezicht permanent werkt aan zijn eigen ontwikkeling als team en aan de ontwikkeling van de afzonderlijke leden. Daartoe wordt een scholings- en ontwikkelingsprogramma opgesteld en uitgevoerd zowel voor de raad van toezicht als collectief als voor de individuele leden, aldus de GCZ 2017. Het ontwikkelings- en scholingsprogramma en het introductieprogramma worden door de zorgorganisatie gefinancierd en gefaciliteerd.

Ook het onderwerp scholing en ontwikkeling is een onderwerp dat in het jaarlijkse verslag van de raad van toezicht en de jaarlijkse (zelf)evaluatie meege-  
nomen kan worden.

### 7.2.6 *Diversiteit*

Niet alleen is van belang dat verschillende competenties en expertises binnen de raad van toezicht zijn vertegenwoordigd, maar ook dat de raad van toezicht in andere opzichten evenwichtig en divers is samengesteld. Een diverse samenstelling van de raad van toezicht kan bijdragen aan een afgewogen wijze van

---

bestaat uit het verzamelen van 360 graden feedback, het opstellen van zelfevaluatie, het maken van een ontwikkelplan en een accreditatiegesprek met twee auditoren. Op basis hiervan wordt een advies gegeven aan de accreditatiecommissie die besluit over het al dan niet toekennen van de accreditatie.

43. 6.8 GCC 2014.

44. In noot 28 bij bepaling 3.21 GCW 2015 is te lezen dat daarbij wordt gedacht aan de volgende zaken:

- de verantwoordelijkheden van een commissaris;
- de risico's die zijn verbonden aan het werk als commissaris.

45. 7.3.2 van de GCZ 2017.

besluitvorming binnen de raad, aangezien verschillende achtergronden net als verschillende expertises kunnen leiden tot verschillende invalshoeken, zienswijzen en (nieuwe) ideeën.<sup>46</sup>

Indien de raad van toezicht uit meerdere leden bestaat is sprake van een bepaalde groepsdynamiek. Als de groep homogeen is samengesteld zal sneller sprake van gelijkgestemde personen.<sup>47</sup> Een voordeel van gelijkgestemdheid van een groep is dat de groep snel tot beslissingen komt, maar een nadeel is dat er mogelijk (te) weinig discussie is en mensen zich (te) snel conformeren. Meer diversiteit binnen de raad van toezicht zou in sommige gevallen kunnen bevorderen dat bestaande patronen worden doorbroken en kan er toe leiden dat er een andere dynamiek binnen de raad ontstaat. Door diversiteit kan het fenomeen groepsdenken (*groupthink*), waarbij de leden van de raad er gelijklopende meningen op na houden, worden doorbroken.<sup>48</sup> Diversiteit in karakters en achtergronden kan de discussie bevorderen en kan bewerkstelligen dat de leden van de raad van toezicht ten opzichte van elkaar kritisch zijn of elkaar juist aanvullen.<sup>49</sup>

Een ander aspect van diversiteit dat mijns inziens bij sommige soorten stichtingen met een “maatschappelijk doel” van belang kan zijn, is dat groepen mensen waarvoor de stichting zich inzet of waarvoor de stichting diensten verricht zich ook “herkennen” in de samenstelling van de raad van toezicht, zich dus vertegenwoordigd voelen. Dat geldt bijvoorbeeld voor stichtingen in de semipublieke sector, maar ook in de culturele sector.

#### *Begrip diversiteit*

Het begrip diversiteit wordt in de meeste governancecodes in brede zin opgevat en verwijst niet alleen naar geslacht, maar ook naar leeftijd, nationaliteit, etnische achtergrond, maatschappelijke achtergrond, regionale binding, opleiding, expertise, onafhankelijkheid en ervaring.<sup>50</sup> Volgens de Nota van Toelichting bij

---

46. Zie ook NCGC, p. 26.

47. Kahneman, Lovallo & Sibony 2011, p. 55: “Groupthink is especially likely if there is little diversity of background and viewpoint within a team.”

48. Zie overweging 18 van de Europese Richtlijn met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit voor grote ondernemingen en groepen (Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (PbEU 2014, L 330) (“Richtlijn Diversiteit”).

49. Kahneman 2011, p. 363-364.

50. Volgens de hierna te noemen Code Culturele Diversiteit die geldt voor culturele instellingen, wordt de term diversiteit veelal gebruikt om aan te geven dat mensen op een reeks van kenmerken van elkaar verschillen. Dat kunnen zichtbare kenmerken zijn, zoals geslacht, leeftijd en etniciteit, maar ook minder zichtbare persoonskenmerken zoals wensen en behoeften, seksuele voorkeur, leef- en werkstijlen en karaktereigenschappen. Culturele diversiteit in de zin van de Code Culturele Diversiteit verwijst overigens naar een specifiek persoonskenmerk: de etnisch-culturele achtergrond.



het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid<sup>51</sup> dat geldt voor “grote ondernemingen die organisaties van openbaar belang zijn” (grote beursvennootschappen, banken en verzekeraars), kan het diversiteitsbeleid betrekking hebben op leeftijd, geslacht en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring. Aan objectief bepaalbare diversiteitsfactoren kan, anders dan aan karaktereigenschappen, een streefcijfer worden verbonden.

*Man-vrouwverdeling; quota*

In een aantal sectorcodes is in algemene bewoordingen bepaald dat gestreefd moet worden naar een evenwichtige verdeling van de zetels over mannen en vrouwen binnen de raad van toezicht.<sup>52</sup> In deze sectorale codes is echter geen concreet streefcijfer voor een evenwichtige verdeling opgenomen. Voor pensioenfondsen wordt in de Code Pensioenfondsen wél voorgeschreven dat in het bestuur ten minste één man en één vrouw zitting moeten hebben, maar een vergelijkbare bepaling geldt niet voor de raad van toezicht van een pensioenfonds.<sup>53</sup>

De regeling in Boek 2 BW (wetsartikelen 2:166, 276 en 391 lid 7 BW),<sup>54</sup> waarin is voorgeschreven dat het bestuur en de raad van commissarissen uit ten minste 30% vrouwen en ten minste 30% mannen bestaat, geldt niet voor grote stichtingen maar slechts voor grote vennootschappen.<sup>55</sup> In de literatuur is, mijns inziens terecht, gesignaleerd dat dit opmerkelijk is.<sup>56</sup> De Minister van V&J heeft

51. *Stb.* 2016, 559.

52. 6.2.4. GCZ 2017, Code Pf 2014, norm 53. Zie wat betreft pensioenfondsen ook de toelichting op de wijziging van de Pw (*Kamerstukken II* 2011-2012, 33 182, nr. 3, p. 6).

53. Code Pf 2014, norm 67. Zie hierover Klaassen & Vletter-van Dort 2015, p. 33-36. Overigens blijkt uit het onderzoek dat is verricht door Klaassen en Vletter-van Dort dat bij de onderzochte pensioenfondsen van de totaal 139 leden van de raad van toezicht totaal 41 leden (29%) vrouw is (stand per ultimo april 2015).

54. Op 10 februari 2017 werd de Wet tot herinvoering van de streefcijfers aangenomen (*Kamerstukken* 34 435), die op 13 april 2017 in werking trad. Op 31 december 2016 trad bovendien het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid in werking (ter uitvoering van Europese Richtlijn 92014/95/EU), welk besluit geldt voor grote beursvennootschappen). Grote beursvennootschappen moeten in de corporate governanceverklaring de doelstellingen van het beleid, alsmede de wijze waarop het beleid is uitgevoerd en de resultaten daarvan in het afgelopen boekjaar vermelden. Indien de vennootschap geen diversiteitsbeleid heeft, doet zij gemotiveerd opgave van de redenen hiervoor.

55. Minister Bussemaker heeft de aanbeveling van de commissie Monitoring Talent naar de Top overgenomen: Doelstelling is dat op 31 december 2019 een aandeel van 20% vrouwen in de raad van bestuur en in de raad van commissarissen dient te zijn gerealiseerd. Is dit aandeel niet gerealiseerd, dan wordt in 2020 het streefcijfer vervangen door een quotum van 30%, dat wil zeggen: een target waarvoor sancties gelden indien het niet wordt gerealiseerd. *Kamerstukken II* 2016-2017, 30 420, nr. 256.

56. Krusinga, Lennarts & Senden 2016.

## HOOFDSTUK 7

hierover bij de invoering van de regeling voor NV's en BV's in de Wet bestuur en toezicht in 2013 slechts opgemerkt dat er geen aanleiding is voor uitbreiding van de regeling naar andere rechtsvormen (grote stichtingen, verenigingen en coöperaties) omdat er niet is vastgesteld dat er een probleem is in de samenstelling van het bestuur en het toezichthoudend orgaan bij deze rechtsvormen.<sup>57</sup>

Niet valt in te zien waarom de regeling niet voor grote stichtingen (en verenigingen en coöperaties) zou moeten gelden. Bijvoorbeeld veel semipublieke instellingen voeren een "grote onderneming". De Commissie Monitoring Talent naar de Top pleitte, naar aanleiding van de resultaten van de bedrijvenmonitor,<sup>58</sup> voor een uitbreiding van het beleid naar de met publieke middelen gefinancierde sector. De Minister van OCW merkte in haar reactie op dat zij aanbeveling wil betrekken bij de evaluatie van de Wet bestuur en toezicht<sup>59</sup> en de wetswijziging die op basis daarvan mogelijk zal worden voorbereid. De publieke sector (waartoe semipublieke instellingen kunnen worden gerekend) vervult immers een belangrijke voorbeeldfunctie in het streven naar man-vrouwdiversiteit, aldus de Minister van OCW.<sup>60</sup>

Aangezien er (vooralsnog) geen wettelijk streefcijfer geldt voor stichtingen, zouden governancecodes voor bepaalde soorten stichtingen, in ieder geval voor semipublieke instellingen en andere instellingen die publiek geld ontvangen zoals gesubsidieerde culturele instellingen, quota kunnen bevatten. Ook als wettelijke voorschriften of codebepalingen ontbreken, zouden dergelijke stichtingen naar mijn mening vanwege hun doel en (voorbeeld)functie dienen te overwegen om vrijwillig streefcijfers te hanteren.

---

57. *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, C, p. 25. De Minister geeft daarbij aan dat hij vooralsnog daarover geen gegevens heeft.

58. Bedrijvenmonitor 2012-2015 van de Commissie Monitoring Talent naar de Top in samenwerking met VanDoorneHuiskes en partners, samenvatting als Bijlage bij *Kamerstukken II* 2015-2016, 30 420, nr. 227.

59. Zie hierover de brief van de Minister van V&J van 9 december 2016, *Kamerstukken II* 29 752, nr. 9 (Modernisering van het ondernemingsrecht), p. 18 en 19.

60. *Kamerstukken II* 2015/2016, 30420 en 32 637, nr. 227, p. 7. Overigens is het onderzoek van de Commissie Monitoring Talent naar de Top 2016 uitgebreid naar grote organisaties in de (semi)publieke sector. Daaruit blijkt dat (semi)publieke organisaties het wat betreft het percentage vrouwen in het toezichthoudend orgaan beter doen dan beursgenoteerde vennootschappen. Medio 2016 was het percentage vrouwen in raden van toezicht bij (semi)publieke organisaties 34% terwijl het percentage vrouwen in raden van commissarissen medio 2016 22,3% was. Zie Bedrijvenmonitor Topvrouwen 2016, p. 33 en p. 64, Bijlage bij de brief van de Minister van OCW van 15 december 2016 (*Kamerstukken II* 2016-2017, 30 420 en 32 637, nr. 256, p. 3-5).

In de NCGC is een regeling opgenomen die geldt naast de Boek 2 BW-bepaling voor grote vennootschappen. Deze regeling komt er op neer dat beursvennootschappen in een verklaring toelichten welke maatregelen worden genomen om, hetzij het eigen streefcijfer, hetzij het wettelijke streefcijfer van 30% te kunnen bereiken. De verklaring die zij hierover afleggen (opgenomen in de zogenoemde verklaring inzake corporate governance in het bestuursverslag) zal hierna aan de orde komen. Uit onderzoeken blijkt dat weinig bedrijven alle wettelijke eisen op het gebied rapportage over man/vrouw-diversiteit nakomen.<sup>61</sup>

### *Leeftijd*

Net als man-vrouwverdeling, kan een mix van verschillende leeftijden bijdragen aan verscheidenheid en verschillende invalshoeken en daarmee mogelijk een meer evenwichtige besluitvorming. Sommige codes bepalen dat ook gestreefd dient te worden naar een gemengde samenstelling naar leeftijd.<sup>62</sup> Dit wordt, denk ik terecht, in governancecodes niet gespecificeerd, aangezien men uit de voeten kan met een algemene bepaling.<sup>63</sup> Hoewel een meer concrete bepaling bij sommige individuele stichtingen, mede gelet op hun aard en werkzaamheden, zou kunnen helpen om een bepaald patroon te doorbreken, zal het in het algemeen te star zijn om in een governancecode leeftijden of leeftijdscategorieën te specificeren. Een risico is dat de groep waaruit geschikte kandidaten geworven kunnen worden te klein wordt. Een leeftijdsgrens is overigens ongeoorloofd aangezien die discriminatoir kan zijn.<sup>64</sup>

61. Zie ook Bedrijvenmonitor Topvrouwen 2016, *Kamerstukken II* 2016-2017, 30 420 en 32 637, nr. 256, p. 5-6. Bedrijven nemen met name niet op welk expliciet beleid zij gevoerd hebben om het streefcijfer te behalen.

62. Wat betreft pensioenfondsen bepaalt de Code Pf 2014 uitdrukkelijk dat niet alleen rekening houdt met opleiding, achtergrond, persoonlijkheid en geslacht, maar ook met leeftijd (Code Pf 2014, norm 53). Zie ook. 2.1 van de VITP-Toezichtcode voor pensioenfondsen en voor culturele instellingen 6.5 GCC.

63. Overigens is in de Code Pf 2014 voor het bestuur wel bepaald dat ten minste één lid zitting heeft van boven en één lid van onder veertig jaar. Code Pf 2014, norm 68.

64. De Pw kent een uitdrukkelijk verbod op een leeftijdsgrens, artikel 109 Pw Zie hierover Klaassen & Vletter-van Dort 2015, p. 36-38. Uit het onderzoek blijkt dat van 37 onderzochte pensioenfondsen 35 pensioenfondsen geen leden in het intern toezichtsorgaan hebben die jonger zijn dan 40 jaar (95%) (stand per ultimo april 2015). Bij culturele instellingen is slechts 5% van de leden van de raad van toezicht (en het bestuur) jonger dan 35 jaar, aldus Rapport Culturele Instellingen 2016.

*Diversiteit in etnisch-culturele achtergrond: culturele instellingen*

Voor stichtingen in de culturele sector geldt sinds 2011 een aparte Code Culturele Diversiteit.<sup>65</sup> Volgens de toenmalige Minister van OCW raakt diversiteit de kern van het cultuurbeleid.<sup>66</sup> Diversiteit speelt niet alleen een grote rol voor de inhoud en kwaliteit van de discussie en de besluitvorming binnen de raad van toezicht, maar ook voor de “maatschappelijke antenne”, aldus brancheorganisatie.<sup>67</sup>

Culturele diversiteit in de zin van de Code Culturele Diversiteit verwijst naar een specifiek persoonskenmerk: de etnisch-culturele achtergrond. De raad van toezicht van een culturele instelling dient wat betreft etnisch-culturele achtergrond divers te zijn samengesteld. “Verschillende onderzoeken hebben aangetoond dat de etnisch-culturele achtergrond (al dan niet in combinatie met andere persoonskenmerken als levensstijl, leeftijd, opleiding en sociaal-economische achtergrond) van invloed is op de cultuurbeleving en cultuurparticipatie”, aldus de Code Culturele Diversiteit.

De kern van de Code Culturele Diversiteit wordt gevormd door een viertal algemeen geldende principes, die zijn uitgewerkt in concrete bepalingen met een bijbehorende toelichting. Het eerste principe houdt in dat de culturele instelling een visie formuleert op culturele diversiteit. Het bestuur dient dit te concretiseren in beleid en draagt zorg voor financiering daarvan. Ook andere soorten stichtingen kunnen inspiratie opdoen uit bepalingen uit de Code Culturele Diversiteit. Evenals voor andere elementen van diversiteit, geldt dat een stichting er voor kan kiezen om een meer of minder concreet streven en beleid te formuleren. Per sector dient wel de haalbaarheid bekeken te worden, aangezien een combinatie van verschillende deskundigheidseisen en diversiteitseisen de groep kandidaten in sommige sectoren mogelijk erg klein zou kunnen maken.

---

65. In 2011 werd de Code Culturele Diversiteit gelanceerd door de Stuurgroep Code Culturele Diversiteit. De Stuurgroep Code Culturele Diversiteit bestaat uit de directie van drie brancheorganisaties (NAPK, NMV en VSCD) en van vier sectorinstituten (Erfgoed Nederland, Kunstfactor, TIN en MCN). Deze Stuurgroep ging aan het werk na een verzoek van toenmalige minister van OCW om voor de cultuursector te komen tot een Code Culturele Diversiteit. <http://codeculturelediversiteit.com/>

66. Beleidsbrief van de Minister van OCW van 24 november 2009 aan de Tweede Kamer over culturele diversiteit binnen de kunst- en cultuursector. De minister zegt hierin ook: “Diversiteit is vastgelegd in de Wet op het specifieke cultuurbeleid, waarin staat dat de regering zich laat leiden door overwegingen van kwaliteit en verscheidenheid.” Culturele diversiteit was echter nog niet verankerd in de cultuursector. Het toezichthoudend orgaan van de culturele instelling ziet toe op de naleving van de Code Culturele Diversiteit.

67. Rapport Culturele Instellingen 2016.

*Verantwoording over diversiteit*

Beursvennootschappen dienen op grond van de NCGC<sup>68</sup> en op grond van artikel 3a van het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid in het bestuursverslag een verklaring over het diversiteitsbeleid met betrekking tot de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen af te leggen. Als gezegd is het Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid gebaseerd op een Europese Richtlijn,<sup>69</sup> waarin wordt overwogen dat het belangrijk is om meer transparantie te brengen in het gevoerde diversiteitsbeleid, aangezien ondernemingen hierdoor onder druk gezet worden om te zorgen voor meer diversiteit. De vennootschap vermeldt in de corporate governanceverklaring de doelstellingen van het beleid, alsmede de wijze waarop het beleid is uitgevoerd en de resultaten daarvan in het afgelopen boekjaar. Indien de vennootschap geen diversiteitsbeleid heeft, doet zij gemotiveerd opgave van de redenen hiervoor. Overigens is ook van belang dat de accountant aandacht besteedt aan rapportageverplichtingen, waaronder voorwaarden in verband met diversiteit.

Stichtingen kunnen, indien zij daartoe verplicht zijn op grond van sectorregels maar ook “onverplicht”, een verklaring omtrent diversiteit opstellen. Daarin komt bijvoorbeeld tot uitdrukking wat de visie van de stichting is op diversiteit. Wat betreft objectief bepaalde (zichtbare) diversiteitsfactoren, waaronder man-vrouwverdeling, leeftijdsverdeling en achtergrond, kan eventueel worden aangegeven worden welke streefcijfers binnen de raad van toezicht worden gehanteerd en welke maatregelen genomen zijn en zullen worden genomen om die cijfers te bereiken.

Ik meen dat van bepaalde soorten stichtingen, zoals semipublieke instellingen, meer inspanning op het gebied van diversiteit en diversiteitsbeleid verwacht mag worden. Van een stichting die diensten verleent aan het publiek mag mijns inziens verwacht worden dat de raad van toezicht in zekere mate een voldoende afspiegeling vormt van de samenleving.

*7.2.7 Omvang van de raad van toezicht*

De gewenste omvang van de raad van toezicht hangt nauw samen met de gewenste samenstelling van de raad: de omvang kan bijvoorbeeld worden bepaald nadat is vastgesteld welke deskundigheden (minimaal) gewenst zijn en hoe deze deskundigheden eventueel verdeeld kunnen worden over verschillende

---

68. 2.1.6 NCGC

69. Richtlijn 2014/95/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 22 oktober 2014 tot wijziging van richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (PbEU 2014, L 330 onder (18)).

## HOOFDSTUK 7

personen. In de statuten, reglementen en/of in de hierna te noemen profielschets kan een exact aantal maar ook een minimumaantal en maximaal aantal leden genoemd worden. Bovendien kan bepaald worden dat de raad van toezicht, ter voorkoming van patstellingen, uit een oneven aantal personen bestaat.

Voor optimale besluiten en besluitvorming, welk onderwerp hierna aan de orde zal komen, maakt het veel uit of een besluit wordt genomen door één persoon, door twee personen of door een groep van meer dan twee personen. Meerdere personen betekent, als gezegd, meerdere invalshoeken en op die manier wordt informatie vanuit verschillende perspectieven beoordeeld waardoor een meer afgewogen gezamenlijk oordeel gevormd kan worden. Er zijn (empirische) aanwijzingen dat groepen, met name bij complexe beslissingen, betere beslissingen nemen dan individuen.<sup>70</sup>

Voor sommige soorten stichtingen geldt een minimumaantal leden van de raad van toezicht op grond van sectorregels. Bijvoorbeeld voor woningstichtingen en culturele instellingen geldt dat de raad van toezicht uit minimaal drie personen bestaat.<sup>71</sup> Sommige stichtingen, zoals semipublieke instellingen, dienen een auditcommissie of een andere commissie uit hun midden samen te stellen. Ook om die reden is het van belang dat de raad uit voldoende leden bestaat. Overigens is ook van belang dat de raad van toezicht niet te groot en “log” wordt in de zin dat besluiten niet door al te veel leden genomen moeten worden.<sup>72</sup>

Ik meen dat ook voor stichtingen in andere sectoren zou moeten gelden dat de raad van toezicht in beginsel uit minimaal drie personen bestaat. Veel besluiten die de raad van toezicht neemt besluiten betreffen onderwerpen die

---

70. Kroeze 2013, p. 882, en Kahneman 2011, p. 92. Voorwaarde is wel dat deze personen onafhankelijk een oordeel kunnen vormen. Stel: een groot aantal mensen krijgt een glazen pot met knikkers te zien. Men moet raden hoeveel knikkers er in de pot zitten. Dit is een taak die mensen individueel zeer slecht doen, maar gezamenlijk veel beter. Sommige mensen schatten het aantal te hoog in en anderen te laag, maar als we een gemiddelde nemen blijkt dit redelijk accuraat te zijn. Voorwaarde is dat alle inschattingen dezelfde basis hebben en dat de observaties echt onafhankelijk zijn. Als de proefpersonen een bepaalde bias delen, zal deze niet worden weggenomen door de uitkomsten bij elkaar te nemen. Door toe te staan dat de proefpersonen elkaar beïnvloeden wordt de omvang van de steekproef feitelijk kleiner en dus ook de nauwkeurigheid van de schatting.

71. Artikel 30 lid 1 Woningwet en 6.1 CGC.

72. Zie ook UK Corporate Governance Code 2016 onder B.1 waar wat betreft de omvang van de board, die bestaat uit *executives* en *non-executives*, te lezen is: “*The board should be of sufficient size that the requirements of the business can be met and that changes to the board’s composition and that of its committees can be managed without undue disruption, and should not be so large as to be unwieldy*”.

voor de stichting belangrijk zijn, zoals benoeming van bestuurders, vaststelling van de jaarrekening, goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten. Indien het besluit door meerdere personen genomen wordt, wordt er vanuit verschillende invalshoeken tegen aan gekeken en zal sneller een evenwichtig, weloverwogen besluit genomen worden. Ook om praktische redenen ligt het voor de hand dat de raad van toezicht uit ten minste drie personen bestaat. De raad van toezicht van veel soorten stichtingen benoemt immers zijn eigen leden, leden van de raad van toezicht kunnen een tegenstrijdig belang hebben, etc.

Een algemeen voorschrift dat inhoudt dat de raad van toezicht uit ten minste drie personen bestaat kan voor kleinere stichtingen met een vrijwillige raad van toezicht bezwarend zijn. Daar kan tegenin gebracht worden dat als een stichting kiest voor een raad van toezicht, het toezicht ook serieus genomen moet worden. Toezicht houden is immers meer dan alleen adviseren. Indien slechts behoefte is aan advies kan een raad van advies worden ingesteld; indien behoefte is aan goedkeuring van bepaalde bestuursbesluiten door een (overheids)instantie of door een derde, kan net zo goed gekozen worden voor het statutair voorschrijven van goedkeuring door die instantie of die persoon zonder aan deze instantie of persoon een toezichthoudende taak te geven.

Voor vennootschappen die kwalificeren als structuurvennootschap geldt dat de raad van commissarissen uit ten minste drie personen bestaat (artikel 2:158 en 268 lid 2 BW). Ik meen dat de verplichting bij de raad van toezicht van stichtingen niet alleen zou moeten gelden voor “grote stichtingen” (stichtingen met een grote onderneming) maar ook voor stichtingen met een kleinere onderneming. Bij stichtingen die beschikken over vermogen van derden heeft de raad van toezicht eveneens een belangrijke controlerende functie en is het eveneens van belang dat besluiten door een meerhoofdig college worden genomen. Op de vraag of op grond van het algemene stichtingenrecht of op grond van sectorregels een minimumaantal leden van de raad van toezicht voor alle stichtingen zou moeten gelden kom ik terug in paragraaf 8.5.

### 7.2.8 *Profielschets*

#### *Collectieve en individuele profielschets*

In een profielschets komen de gewenste vaardigheden, deskundigheden en diversiteit binnen de raad van toezicht van de stichting nader tot uitdrukking.<sup>73</sup> In de algemene profielschets is, naast de gewenste samenstelling, ook de gewenste omvang van de raad van toezicht als geheel opgenomen. Naast een

---

73. Zie wat betreft structuurvennootschappen de tekst van artikel 2:158/268 lid 3 BW en wat betreft zorginstellingen 6.2.4. van de GCZ 2017.

## HOOFDSTUK 7

algemene profielschets, kan voor een individueel lid van de raad van toezicht een profielschets opgesteld worden, bijvoorbeeld in het kader van de werving en benoeming van een nieuw lid. In de individuele profielschets kan een bepaalde deskundigheid en achtergrond worden beschreven en kunnen ook persoonlijkheidskenmerken en vaardigheden worden opgenomen.

Voor stichtingen in de meeste sectoren, waaronder in ieder geval de semipublieke sector, de culturele sector en de pensioensector, is in een governancecode of in sectorale wet- en regelgeving het opstellen van een algemene profielschets voorgeschreven.<sup>74</sup> In sommige sectoren wordt bovendien bepaald dat de raad van toezicht voor iedere vacature een specifiek profiel opstelt.<sup>75</sup> Deze individuele profielschets dient uiteraard wel te passen binnen de algemene, collectieve profielschets.

### *Doeleinden profielschets*

Over de doeleinden van de profielschets van een structuurvennootschap zei de Minister bij de parlementaire behandeling van de wijziging van de structuurregeling voor NV's en BV's dat deze inzicht geeft in de taak waarvoor de raad van commissarissen zichzelf gesteld ziet en dat deze de raad dwingt om daarover na te denken. Het gebruikmaken van een profielschets vermindert de vanzelfsprekendheid van benoemingen, aldus de Minister.<sup>76</sup> Ook voor stichtingen geldt dat het opstellen van een profielschets de raad van toezicht dwingt om na te denken over de behoeften van de stichting, de taak van de raad van toezicht en de gewenste kwaliteiten en deskundigheden binnen de raad.

Een profielschets heeft dus mede ten doel om de benoemingsfactoren van leden van de raad van toezicht in zekere mate te objectiveren. Indien een profielschets is opgesteld, dient deze in acht genomen te worden bij de eerste benoeming van een lid van de raad van toezicht maar ook bij zijn herbenoeming (bijvoorbeeld na verloop van zijn zittingstermijn). De raad van toezicht kan de profielschets gebruiken om aan te tonen dat hij de benodigde zorgvuldigheid in acht heeft genomen bij de herbenoeming van leden of bij de benoeming van nieuwe leden.

---

74. Zie Bijlage 1.

75. Zie bijvoorbeeld 6.2.4 GCZ voor zorginstellingen.

76. *Kamerstukken II* 2001/2002, 28 179, nr. 5, p. 37-38. Bovendien dwingt het de raad van commissarissen na te denken over de behoeften van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming. De Minister vervolgt: een profielschets kan er toe aanzetten naast financieel-economische en ondernemerexpertise ook andere kwaliteiten te benoemen, bijvoorbeeld bekendheid met de wensen van grote afnemers van een product of een personeel- en organisatieachtergrond.



Het belang van het opstellen van een individuele profielschets voor nieuwe leden van de raad van toezicht blijkt uit de Meavita-beschikking. Het niet opstellen van een profielschets kan er aan bijdragen dat de Ondernemingskamer oordeelt dat sprake is van wanbeleid. De Ondernemingskamer overwoog in het geval van Meavita dat (het nalaten van) het opstellen van individuele profielen van belang was in verband met de vraag of de raad van toezicht zorgvuldig handelde bij de benoeming van leden van de raad van toezicht:

“Door na te laten (grondig) te onderzoeken hoe de nieuwe RvC in het licht van de gegeven omstandigheden diende te worden samengesteld en door na te laten op grond van zo’n onderzoek profielen voor de leden van de raad van commissarissen op te stellen, hebben de bij de fusie betrokken organen van de fusiepartners [\*\*] het ernstige risico genomen dat oneigenlijke in plaats van objectieve factoren bepalend zouden zijn voor de vervulling van de functies en dat op een of meer functies niet een geschikte commissaris zou worden benoemd.”<sup>77</sup>

*Individuele profielschets; wervingsprocedure en benoeming*

Indien er een vacature is kan het benoemingsbevoegde orgaan of de benoemingsbevoegde instantie zelf op zoek gaan naar geschikte kandidaten, tenzij een ander orgaan of andere instantie of rechtspersoon een voordrachtsrecht heeft. Zie ook par. 5.2.3 over de benoeming van nieuwe leden van de raad van toezicht. Bij de wervings- en benoemingsprocedure kan gebruik gemaakt worden van de algemene en/of individuele profielschets, waarmee de benoemingsfactoren in zekere mate geobjectiveerd worden.

Wanneer een benoeming plaatsvindt op grond van een voordracht, is het voor het benoemingsbevoegde orgaan of de benoemingsbevoegde instantie relevant om te weten welke ervaring de kandidaat heeft en hoe hij in andere betrekking (en) gefunctioneerd heeft. Het Wetsvoorstel btrp bepaalt om die reden mijns inziens terecht dat, indien een lid van de raad van toezicht wordt benoemd of herbenoemd op aanbeveling of op voordracht, deze aanbeveling of voordracht gemotiveerd moet worden (artikel 11 lid 10 Wetsvoorstel btrp). Bij de voordracht of aanbeveling van een persoon dienen zijn leeftijd, beroep en andere betrekkingen medegedeeld te worden aan het orgaan of de instantie die

---

77. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 en *RO* 2016/8 (Meavita), r.o. 13.2 sub d en 13.3.

## HOOFDSTUK 7

tot benoeming bevoegd is. Deze gegevens helpen het orgaan of de instantie dat benoemingsbevoegd is zich een beter oordeel te vormen over de geschiktheid van de kandidaat. De voorgestelde bepaling is in lijn met de huidige bepaling voor commissarissen van NV's, BV's, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen.<sup>78</sup>

Indien de raad van toezicht het benoemingsbevoegde orgaan is, hetgeen zoals gezegd het geval is bij veel soorten stichtingen, kan de raad zelf bepalen naar welke persoon hij op zoek is en beoordelen of de desbetreffende persoon geschikt is. Voor semipublieke instellingen wordt echter voorgeschreven dat het werven van nieuwe leden geschiedt aan de hand van competentieprofielen via een openbare procedure, waarbij een advertentie geplaatst wordt.<sup>79</sup>

In verband met het vinden van de meest geschikte kandidaat is een uitgebalanceerde wervingsprocedure van belang. Als gezegd benoemt de raad van toezicht bij veel soorten stichtingen zijn eigen leden. Zittende leden hebben de neiging om (bewust of onbewust) op hen lijkende kandidaten te selecteren, omdat zij deze het meest geschikt achten.<sup>80</sup> Als kandidaten worden geselecteerd uit het eigen informele netwerk van de zittende leden is de kans groter dat de kandidaten eenzelfde achtergrond hebben. Echter, ook als de kandidaten niet afkomstig zijn uit het eigen sociale netwerk van de zittende leden, is de kans groot dat zij een achtergrond hebben die gelijkenis vertoont met de zittende leden, zeker als de selectiecriteria erop gericht zijn iemand te vinden met dezelfde competenties en ervaring als de zittende leden.

Van belang is dat het selectieproces zo veel mogelijk geobjectiveerd wordt en inzichtelijk gemaakt wordt. Als gezegd begint dat met een duidelijk profiel. Ondanks dat kunnen eerste indrukken van invloed zijn op latere oordelen,<sup>81</sup>

---

78. Zie wat betreft commissarissen: artikel 2:57a lid 2, 142 lid 3 en 252 lid 3 BW. Dit artikel 11 lid 10 stond niet in het Voorontwerp maar is in het Wetsvoorstel btrp opgenomen naar aanleiding van diverse reacties op het Voorontwerp.

79. P. 3 van 'Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht', Bijlage 1 bij Brief van de Minister van Financiën over Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 822, nr. 1.

80. Zie Kroeze 2013, p. 894 en p. 874 en Ellemers & De Gilder 2012. Zie ook p. 19 van het rapport 'Black box tussen aanbod, werving en selectie van vrouwen. Onderzoek naar genderpraktijken in de benoemingen voor leden van RvB's en RvC's in het Nederlandse bedrijfsleven', M.C.L. van den Brink, L. Blommaert, B. Leest en S. Elfering, november 2016, bijlage bij de Minister van OCW over Emancipatiebeleid van 15 december 2016 (*Kamerstukken II* 2016-2017, 30 420 en 32 637, nr. 256).

81. Kahneman 2011, p.244. Kahneman noemt dit het "halo-effect". Hij merkt overigens op dat intuïtie ook een belangrijke bijdrage kan leveren aan het selectieproces, maar vooral na een geordende verzameling van objectieve informatie en een geordende vastlegging van de score op afzonderlijke kenmerken. Intuïtieve oordelen kun je dus niet zomaar vertrouwen maar je moet ze ook niet zonder meer verwerpen.

maar de effecten daarvan kunnen bestreden worden door van tevoren vereiste kwaliteiten en (persoonlijkheids-)kenmerken zo goed mogelijk te formuleren aan de hand van gestandaardiseerde feitelijke vragen. Een voorbeeld van een vraag in verband met het toetsen van relevante ervaring (bijvoorbeeld voor de voorzittersfunctie) is of de kandidaat ervaring heeft opgedaan met kritische situaties bij andere instellingen.

Wanneer de beoordeling van de kandidaat explicieter plaatsvindt aan de hand van vooraf bepaalde criteria (bijvoorbeeld door voor elke kandidaat een scoreformulier in te vullen), zal de mogelijkheid dat vooringenomenheid een besluit beïnvloedt kleiner zijn.<sup>82</sup> Ook hier geldt dat de gemeenschappelijke verantwoordelijkheid van meerdere betrokkenen bij de selectie kan bijdragen aan een meer uitgebalanceerde besluitvormingsprocedure. Een mogelijkheid is om uit de leden van de raad van toezicht een selectiecommissie in te stellen of om (voor) selectie over te laten aan een daarin gespecialiseerd wervings- en selectiebureau.

*Wie stelt de profielschets vast; binnen welke kaders?*

Sectorale codes die een (collectieve) profielschets voorschrijven bepalen dat de raad van toezicht zelf het orgaan is dat zijn profielschets vaststelt. Zoals gezegd geldt voor veel stichtingen dat de raad van toezicht zijn eigen leden benoemt, maar ook als dat niet het geval is, ligt het mijns inziens voor de hand dat de raad van toezicht het orgaan is dat de profielschets vaststelt. Voorwaarde is uiteraard dat er al een raad van toezicht is. De eerste raad van toezicht wordt bijvoorbeeld ingesteld in de akte van oprichting, waarbij de oprichters bepalen hoe de eerste raad is samengesteld, of later bij een besluit tot statutenwijziging dat genomen wordt door het bestuur. In dat geval kan het bestuur een lid van de raad van toezicht aanwijzen dat vervolgens op zoek gaat naar geschikte medeleden. Het bestuur dient bij het instellen van een raad van toezicht weliswaar aan te geven wat de rol van de raad van toezicht zal zijn, maar ik meen dat het niet logisch is als het bestuur een profielschets opstelt. De raad van toezicht heeft als taak om toezicht te houden op het bestuur en heeft een eigen verantwoordelijkheid bij het invullen van zijn rol en taak. Om die reden kan de raad van toezicht zelf het beste beoordelen welk profiel aansluit bij de behoeften van de stichting.<sup>83</sup>

82. Zie ook het rapport 'Black box tussen aanbod, werving en selectie van vrouwen. Onderzoek naar genderpraktijken in de benoemingen voor leden van RvB's en RvC's in het Nederlandse bedrijfsleven', p. 27 en 40.

83. Zie ook de parlementaire geschiedenis (*Kamerstukken II* 2001/2002, 28 179, nr. 5, p. 37-38) over de profielschets voor de raad van commissarissen van een structuurvennootschap.

## HOOFDSTUK 7

De raad van toezicht stelt de profielschets zoveel mogelijk autonoom vast binnen het kader van eventuele voorwaarden en criteria die zijn opgenomen in sectorregels en sectorcodes.<sup>84</sup> Jegens andere organen en derden geeft de profielschets inzicht in de taakopvatting van de raad van toezicht. De raad van toezicht kan er voor kiezen om het bestuur van de stichting in staat stellen om over de profielschets advies uit te brengen. In sommige codes, zoals de GCZ 2017 voor zorginstellingen, is bepaald dat de raad van toezicht het bestuur in staat stelt om over de profielen (en overigens ook de benoeming van personen tot lid van de raad van toezicht) advies uit te brengen.<sup>85</sup> Ik meen dat niettemin van belang is dat het laatste woord daarover aan de raad van toezicht zelf is.

In verband met de wijziging van regels voor structuurvennootschappen merkte de Minister van Justitie in 2002 op dat de wet zich slecht leent voor het vaststellen van criteria voor een juiste profielschets. Daarvoor is de schets te zeer verbonden met de aard en de werkzaamheden van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming, aldus de Minister.<sup>86</sup>

Hoewel ook voor stichtingen geldt dat de profielschets verbonden is met de aard en de werkzaamheden, behoeft de opmerking van de Minister uit 2002 naar mijn mening enige nuancering. Voor bepaalde typen stichtingen die hiervoor in hoofdstuk 6 werden beschreven gelden specifieke governanceregels die zijn opgenomen in sectorregels en codes (overigens geldt dit tegenwoordig ook voor bepaalde typen vennootschappen, zoals financiële instellingen en beursvennootschappen). Mijns inziens is het wel mogelijk en nuttig om voor bepaalde typen stichtingen criteria vast te leggen in beleidsregels of sectorcodes. Zo is het naar mijn mening terecht dat aan de raad van toezicht van een semipublieke instelling of pensioenfonds, net als basale diversiteitscriteria, basale eisen worden gesteld aan kennis op het gebied van financieel beheer en risicobeheersing. Bij het opstellen van de profielschets dient de raad van toezicht deze criteria in acht te nemen. Bovendien dient – net als bij diversiteitscriteria – naar mijn mening gemotiveerd te worden, bij voorkeur in het jaarlijkse verslag, hoe aan de minimale deskundigheidscriteria wordt voldaan.

---

84. Zoals gezegd gelden voor pensioenfonds en woningstichtingen de hiervoor omschreven geschiktheidsregels. Dat zijn in feite ook profielen. Deze geschiktheidsregels zijn echter opgesteld ter toetsing van individuele leden van de raad van toezicht door de externe toezichthouder, maar zullen uiteraard indirect een rol spelen en meegenomen worden bij het opstellen van een profielschets.

85. Zie voor zorginstellingen 6.2.4. GCZ 2017.

86. Zie het betoog van de Minister tijdens de parlementaire behandeling van de wijziging van de regels voor de structuurvennootschap in 2002: *Kamerstukken II 2001/2002*, 28 179, nr. 5, p. 37-38.

### 7.2.9 *Samenvatting en conclusies*

Er bestaat geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer een raad van toezicht naar behoren is samengesteld. Welke specifieke en algemene deskundigheden binnen de raad van toezicht benodigd zijn hangt af van het doel dat de stichting beoogt te verwezenlijken en van de rol (taak) van de raad van toezicht binnen die stichting. Naast het concrete doel zijn van belang: de sector waarin de stichting opereert, het risicoprofiel van de stichting en de omstandigheden waarin de stichting zich bevindt.

Voor leden van de raad van toezicht van woningcorporaties en pensioenfondsen gelden uitdrukkelijk geformuleerde geschiktheidseisen die getoetst worden door een externe toezichthouder. Deze eisen zijn gedetailleerd en omvatten algemene karaktereigenschappen (zoals authenticiteit en bestuurlijk inzicht) en vaardigheden. Hoewel bij andere stichtingen doorgaans geen externe toezichthouder betrokken is die kan toetsen of voldaan is aan de geschiktheidseisen, zou de raad van toezicht van andere stichtingen, zoals stichtingen die een grote onderneming hebben of een groot vermogen beheren, bij het opstellen of uitwerken van een profielschets en bij de selectieprocedure van een nieuw lid inspiratie kunnen opdoen uit deze geschiktheidseisen.

Niet alleen de aanwezigheid van bepaalde deskundigheden, vaardigheden en ervaring maar ook een diverse achtergrond van leden van de raad van toezicht (diversiteit in persoonskenmerken, maar ook in karaktereigenschappen) kan er toe bijdragen dat onderwerpen vanuit verschillende invalshoeken worden benaderd, hetgeen de discussie en daarmee afgewogen besluitvorming binnen de raad van toezicht kan bevorderen.

Voor grote stichtingen geldt, anders dan voor grote vennootschappen, niet de regeling uit Boek 2 BW voor een evenwichtige verdeling van zetels in de raad van toezicht over mannen en vrouwen. In sectorcodes zou, net als in de NCGC, voorgeschreven kunnen worden dat de raad van toezicht een diversiteitsbeleid opstelt voor de samenstelling van de raad, waarin wordt ingegaan op concrete doelstellingen ten aanzien van diversiteit en voor de stichting relevante aspecten van diversiteit zoals nationaliteit, leeftijd, geslacht en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring. Ook voor stichtingen, waarvoor sectorale governancecode geldt, is van belang dat wordt nagedacht over diversiteitsbeleid. Over diversiteitsbeleid en doelstellingen kan ook vrijwillig een verklaring opgesteld worden.

## HOOFDSTUK 7

De omvang van de raad van toezicht zal onder meer afhangen van de deskundigheden, die mede gelet op de taakopdracht van de raad, binnen die raad vertegenwoordigd moeten worden. Besluitvorming door een groep die bestaat uit drie of meer leden betekent dat verschillende invalshoeken worden belicht, informatie vanuit verschillende perspectieven wordt beoordeeld zodat de groep tot een meer afgewogen gezamenlijk oordeel kan komen. In sectorregels wordt voor sommige soorten stichtingen, in ieder voor woningstichtingen voor culturele instellingen, een minimum van drie leden voorgeschreven. Ik meen dat ook voor stichtingen in andere sectoren zou moeten gelden dat de raad uit ten minste drie personen bestaat.

De deskundigheden en achtergronden die de raad van toezicht van belang acht kan de raad vastleggen in een meer of minder uitgebreide profielschets. De raad van toezicht is zelf (eind)verantwoordelijk voor het vaststellen van zijn profielschets, maar kan advies van anderen, zoals het bestuur, vragen. Een collectieve en/of individuele profielschets is mede van belang voor een zorgvuldige, geobjectiveerde en transparante wervings-, selectie- en benoemingsprocedure, met name wanneer de raad van toezicht zelf het orgaan is dat zijn leden benoemt. Indien de raad van toezicht een verslag opstelt, kan hij middels de profielschets inzicht bieden in de competenties, expertises en achtergronden die hij zichzelf ten doel stelt en motiveren waarom bepaalde doelstellingen niet zijn gehaald. Bovendien kan de raad van toezicht van de criteria die zijn opgenomen in de profielschets gebruik maken in het kader van zijn zelfevaluatie.

### 7.3 Onafhankelijkheid

#### 7.3.1 *Inleiding*

Leden van de raad van toezicht dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Daarbij dienen de verschillende bij de stichting betrokken deelbelangen in acht genomen te worden en tegen elkaar afgewogen te worden. Ieder lid van de raad van toezicht wordt geacht zijn toezichthoudende taak zelfstandig en naar eigen inzicht, maar wel onpartijdig en onafhankelijk, te vervullen. Een lid van de raad van toezicht dat bij een bepaalde handelingen een persoonlijk belang heeft, dient besluiten hierover over te laten aan leden van de raad die meer onafhankelijk zijn. Naast onafhankelijke taakuitoefening is van belang dat de samenstelling van de raad zodanig is dat de leden van de raad van toezicht ook daadwerkelijk onafhankelijk kunnen functioneren.<sup>87</sup>

---

87. Kroeze 2005, p. 272-278.

Onafhankelijkheid kan worden gezien in relatie tot de raad van toezicht als geheel, maar ook in relatie tot de individuele leden. Sectorregels schrijven voor dat de raad van toezicht *als geheel* zodanig is samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, maar ook ten opzichte van het bestuur van de stichting en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.<sup>88</sup>

### 7.3.2 *Onafhankelijke taakvervulling*

Voor veel stichtingen gelden, bijvoorbeeld op grond van sectorcodes, formele onafhankelijkheidsregels, zoals de regel dat een lid van de raad van toezicht niet mag zijn een voormalig werknemer van de stichting of iemand die (in het recente verleden) bestuurder van de stichting is geweest. Wel is toegestaan dat een lid van de raad van toezicht wordt benoemd of voorgedragen door een belanghebbendenorgaan (zoals een cliëntenraad), de ondernemingsraad, een partij die belanghebbende is bij de stichting, een overheidsinstantie of een andere derde. Alle leden van de raad van toezicht, ook leden die “afhankelijk” zijn omdat zij zijn voorgedragen of benoemd door een dergelijke partij, dienen hun taak op onafhankelijke wijze, zonder last of ruggespraak, te vervullen.<sup>89</sup>

Onafhankelijke taakvervulling betekent dat leden van de raad van toezicht niet aan hun eigen belang of aan een bepaald deelbelang voorrang mogen geven.<sup>90</sup> Een voorbeeld van een deelbelang waaraan niet zonder meer, zonder afweging van andere betrokken belangen, voorrang mag worden gegeven, is het belang van het stichtingsbestuur of het belang van de overheidsinstantie die subsidie heeft verstrekt. Indien een lid van de raad van toezicht is benoemd door een overheidsinstantie betekent dit niet dat de overheid als benoemende instantie instructiebevoegdheid heeft ten opzichte van dit lid, ook niet als hij als ambtenaar in dienst is bij de overheid.<sup>91</sup> Het is echter de vraag of dergelijke leden

88. Zie ook de toelichting bij Transparantie-eisen WTZi. In artikel 104 lid 1 Pw is de algemene bepaling opgenomen dat de leden van de raad van toezicht onafhankelijk zijn en dat zij dit tot uiting laten komen in het toezicht.

89. Zie ook de toelichting bij de wet tot aanpassing van de structuurregeling, *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 179, nr. 3, p. 33.

90. Hiervoor werd de MvT uit 1970 bij artikel 2:140 en 250 lid 2 BW al aangehaald waarin te lezen is dat “het gemeenschappelijk belang van de bij de vennootschap en onderneming betrokkenen bij commissarissen zwaarder moet wegen dan welk groeps- of particulier belang ook” en dat “commissarissen hun taak niet behoren uit te oefenen ten dienste van bepaalde deelbelangen”.

91. Dortmund 2008. Dortmund haalt de parlementaire geschiedenis bij de wijziging van de structuurregeling aan (*Kamerstukken II* 2001/2002, 28 179, nr. 3, p.37 en *Kamerstukken II* 2001-2002, 22 063, nr. 5-6) waaruit blijkt dat de overheidscommissaris bij de structuurvennootschap in de nieuwe regeling van 2004 werd geschrapt, aangezien het recht van benoeming van een dergelijke bijzondere commissaris volgens de Ministers van Justitie, Economische Zaken en Financiën het gevaar van belangenverstrengeling met zich brengt.

ook daadwerkelijk onafhankelijk kunnen zijn. In het laatstgenoemde voorbeeld kan het desbetreffende lid van de raad van toezicht worden ontslagen door de overheidsinstantie en dit zal een zekere mate van afhankelijkheid met zich meebrengen.

Hierna zal worden nagegaan wat onafhankelijkheid inhoudt, hoe onafhankelijkheid met regels bevorderd kan worden en hoe belangenverstrengeling zo veel mogelijk voorkomen kan worden.

### 7.3.3 Begrip onafhankelijkheid; formele en materiële onafhankelijkheid

Het begrip onafhankelijkheid kan formeel worden opgevat, maar kan ook in een breder perspectief worden geplaatst. Veel sectorale governance codes die voor stichtingen gelden bevatten, net als de NCGC, formele onafhankelijkheidscriteria. Als het desbetreffende lid van de raad van toezicht aan één of meer van die criteria voldoet wordt hij aangemerkt als afhankelijk. De Code Pensioenfondsen gaat echter, anders dan de NCGC, uit van een breder begrip “onafhankelijkheid”. Volgens de Toelichting neemt de Code Pensioenfondsen 2014, in navolging van standpunten van DNB,<sup>92</sup> als uitgangspunt dat onafhankelijkheid kan betreffen: onafhankelijkheid *in state*, onafhankelijkheid *in appearance* en onafhankelijkheid *in mind(set)*.<sup>93</sup>

Onafhankelijkheid *in state* betekent dat het lid van de raad van toezicht volgens formele, objectieve criteria onafhankelijk is. Bepaalde functies of omstandigheden zijn bijvoorbeeld onverenigbaar met het lidmaatschap van de raad van toezicht, aangezien men er van uitgaat dat zij het onafhankelijk functioneren belemmeren. Voorbeelden van formele onafhankelijkheidsregels komen hierna aan de orde.

Onafhankelijkheid *in appearance* is gerelateerd aan de indruk ten opzichte van derden. Dit houdt in dat de schijn van belangenverstrengeling voorkomen of tegengaan moet worden, waarover hierna meer. Onafhankelijkheid *in mind(set)* betekent het hebben van een onafhankelijke geest. Dat wil zeggen:

---

De Minister van Economische Zaken lichtte destijds ook toe dat hij het beter vond om de constructie van benoeming van een commissaris door de overheid te vermijden, aangezien het dan lijkt alsof de overheid invloed heeft op het beleid van de onderneming, terwijl dat niet zo is.

92. Zie bijvoorbeeld het bericht ‘Het belang van onafhankelijk functionerende commissarissen’, 17 september 2012 in DNBulletin, te vinden via [www.dnb.nl/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb278277.jsp](http://www.dnb.nl/nieuwsoverzicht-en-archief/dnbulletin-2012/dnb278277.jsp).

93. Code Pf 2014, toelichting bij norm 52 onder kopje 3.2.2. Ook Van Zijl gaat uit van de volgende drie vergelijkbare soorten onafhankelijkheid: *in fact* (feitelijk), *in appearance* (indruk ten opzichte van derden) en *in form* (voldoen aan relevante criteria), Van Zijl 2012, p. 17.



het zich onafhankelijk opstellen en het zo veel mogelijk trachten om op een onafhankelijke, evenwichtige wijze tot een oordeel en een besluit te komen. Een lid van de raad kan zich bijvoorbeeld – ook onbewust – laten beïnvloeden door en daarmee “afhankelijk zijn” van de mening van een of meer andere leden van de raad van toezicht (hier gaat ook de volgende paragraaf over evenwichtige besluitvorming op in). Onafhankelijkheid *in mind* wordt ook wel feitelijke onafhankelijkheid genoemd.

Een lid van de raad van toezicht kan weliswaar voldoen aan de formele regels van onafhankelijkheid, maar vanwege het feit dat hij klakkeloos volgt wat de meerderheid voorstelt feitelijk afhankelijk zijn. Formele onafhankelijkheid betekent niet automatisch dat ook sprake is van feitelijke onafhankelijkheid. Hierna, wanneer ik een aantal concrete formele onafhankelijkheidsregels bespreek, kom ik daar op terug.

#### *7.3.4 Regels ter bevordering van (formele) onafhankelijkheid voor bepaalde typen stichtingen*

Zoals opgemerkt in het voorgaande hoofdstuk, is het voor veel soorten stichtingen, waaronder in ieder geval stichtingen die beschikken over overheidsgeld en subsidies (semipublieke instellingen, culturele instellingen), stichtingen die beschikken over geld van derden (goede doelen) en stichtingen die belastingvoordelen genieten (ANBI's), van belang dat het risico van belangenverstrengeling zo veel mogelijk wordt vermeden. Tegengegaan dient te worden dat leden van de raad van toezicht (en bestuurders) zichzelf met het geld van derden verrijken ten koste van de doelstellingen van de stichting. Het is dan ook niet voor niets dat in veel sectoren sectorregels zijn opgesteld die onafhankelijkheid van individuele leden van de raad van toezicht beogen te bevorderen en belangenverstrengeling beogen tegen te gaan. Ook voor pensioenfondsen is onafhankelijkheid van leden van de raad van toezicht, als gezegd, belangrijk. Leden van de raad van toezicht van een pensioenfonds worden door een bepaalde groep (bijvoorbeeld de werkgever) voorgedragen, maar dienen bij de vervulling van hun taak alle betrokken belangen in acht te nemen.

De volgende regels op het gebied van onafhankelijkheid komen voor in sectorwetten en sectorcodes:

- a. formele onafhankelijkheidseisen, onverenigbare functies en kwaliteitseisen;
- b. regels over het opgeven van nevenfuncties en maximumaantal andere toezichthoudende functies;
- c. maximale zittingstermijnen;
- d. regels ter voorkoming van (de schijn van) belangenverstrengeling en persoonlijke bevoordeling (lijstjes van handelingen die een lid van de raad van toezicht niet mag verrichten).

Regels die de samenstelling van de raad van toezicht als geheel betreffen, zoals regels over diversiteit, die onafhankelijke besluitvorming kunnen bevorderen, kwamen in de vorige paragraaf al aan de orde. De verschillende soorten genoemde individuele onafhankelijkheidsregels zullen hierna besproken worden. Overigens beoogt een aantal van de hiervoor genoemde regels, zoals het maximaal aantal toezichthoudende functies, niet alleen het aspect onafhankelijkheid maar ook kwaliteit van het toezicht in het algemeen te bevorderen.

*a. Formele onafhankelijkheidseisen*

In veel sectorwetten, sectorregels, codes en toelichtingen bij codes zijn “harde” onafhankelijkheidscriteria voor leden van de raad van toezicht opgenomen. Daarbij zijn in veel gevallen lijstjes geformuleerd met de bedoeling dat zij het onafhankelijk functioneren van leden van de raad van toezicht bevorderen. Opvallend is dat formele onafhankelijkheidslijstjes voor verschillende soorten stichtingen op verschillende plaatsen zijn vastgelegd.<sup>94</sup> Voor wat betreft woningcorporaties zijn, naast het algemene beginsel dat de raad van toezicht dusdanig moet zijn samengesteld dat de leden onafhankelijk kunnen opereren (artikel 30 lid 5 Woningwet), concrete onafhankelijkheidscriteria geformuleerd in de Woningwet (artikel 30 lid 6 Woningwet). Voor zorginstellingen zijn onafhankelijkheidseisen opgenomen in de toelichting bij de Transparantie-eisen WTZi.<sup>95</sup> De Governance Code Cultuur (GCC 2014) bevat geen eigen lijstje, maar er is wel een lijstje opgenomen in een afzonderlijke *toolkit* die is opgesteld door de brancheorganisatie.<sup>96</sup>

De criteria uit de lijstjes gelden voor het lid van de raad van toezicht zelf en vaak ook voor zijn echtgenoot, geregistreerde partner of levensgezel, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in een bepaalde graad (bijvoorbeeld de tweede graad). Voorbeelden van onafhankelijkheidscriteria die in veel lijstjes voorkomen komen er op neer dat een lid van de raad van toezicht:

- in het (recente) verleden geen werknemer is geweest van de stichting;
- geen persoonlijke financiële vergoeding van de stichting (of een gelieerde rechtspersoon) ontvangt anders dan een normale vergoeding voor werkzaamheden als lid van de raad van toezicht;
- geen bestuurder is geweest van de stichting noch van een “gelieerde” of “verbonden rechtspersoon” (waarbij niet altijd duidelijk is wat met “gelieerde” of “verbonden rechtspersonen” bedoeld wordt);

94. Overigens geldt voor vennootschappen ook dat onafhankelijkheidscriteria op verschillende plaatsen zijn geregeld: in artikel 2:160/270 BW voor structuurvennootschappen en in 2.1.6 van de NCGC voor beursvennootschappen.

95. Transparantie-eisen WTZi op grond van artikel 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi op [www.wtzi.nl](http://www.wtzi.nl).

96. Toolkit Governance Code Cultuur op [www.governancecodecultuur.nl](http://www.governancecodecultuur.nl).

- geen bestuurder is van een rechtspersoon waar een bestuurder van de stichting waarop hij toezicht houdt lid van de raad van toezicht is;
- geen zakelijke relatie met de stichting heeft; en
- niet in de afgelopen twaalf maanden tijdelijk heeft voorzien in het bestuur bij belet of ontstentenis van een bestuurder.<sup>97</sup>

Sommigen auteurs, zoals Kroeze, hebben kritiek geuit op lijstjes met formele onafhankelijkheidscriteria.<sup>98</sup> Kroeze schrijft over de vergelijkbare onafhankelijkheidscriteria die voor beursvennootschappen gelden op grond van de NCGC dat het voordeel daarvan is dat zij op eenvoudige wijze toetsbaar zijn. Het nadeel is echter dat de criteria niet altijd recht doen aan de werkelijkheid. Een lid van de raad van toezicht, dat niet-onafhankelijk is, kan heel onafhankelijk functioneren en andersom kan een lid, dat formeel wel onafhankelijk is, in sommige gevallen juist niet goed in staat zijn om onafhankelijk te opereren. Dat kan samenhangen met de persoonlijke kwaliteiten van het lid in kwestie of met het onderwerp waarover hij moet oordelen, aldus Kroeze.

De omstandigheden en criteria die in codes en sectorregels zijn opgenomen zijn vaak limitatief, terwijl er mogelijk ook andere criteria te bedenken zijn. Kroeze meent, mijns inziens terecht, dat meer ruimte geboden zou moeten worden om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. De raad van toezicht kan die omstandigheden mijns inziens het beste zelf beoordelen.<sup>99</sup>

Sommige auteurs beargumenteren dat in een aantal gevallen te veel nadruk op formele onafhankelijkheidsregels ten koste kan gaan van de kwaliteit van het toezicht dat gehouden wordt.<sup>100</sup> Sommige afhankelijke leden (zoals oud-bestuurders) beschikken over meer informatie over de stichting en de eventueel met de stichting verbonden onderneming dan onafhankelijke leden, die doorgaans verder van de stichting af staan. Een afhankelijk lid zou *inside information* en daarmee meer ervaring en inzicht in de activiteiten en bijvoorbeeld de sterke

97. Voor zorginstellingen geldt nog een bijzondere incompatibiliteit op grond van de GCZ 2017: “Een lid van de raad van toezicht (en een bestuurder) kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van een lid van de raad van bestuur of de raad van toezicht van de van de zorgorganisatie of van een andere zorgorganisatie die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht, tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie.”

98. Kroeze 2005.

99. Vergelijk ook UK Corporate Governance Code 2016 onder B.1.1. waar het aan de *board* van een beursvennootschap zelf wordt gelaten om vast te stellen of de leden van de *board* onafhankelijk zijn. Dit moet wel in het bestuursverslag worden toegelicht; zie ook hierna. Overigens gaat het om een enigszins ander begrip onafhankelijkheid.

100. Van Zijl 2012, p. 101-102, en Kroeze 2005, p. 274.

## HOOFDSTUK 7

en zwakke punten van de stichting in de raad van toezicht kunnen brengen. Bovendien zijn leden die *inside information* hebben (gehad) vaak beter in staat om de door het bestuur aangeleverde informatie te beoordelen. Wel moet voorkomen worden dat een lid van de raad van toezicht “over zijn graf” regeert. Bij een voldoende breed samengestelde en kritische raad zal dit echter minder snel gebeuren. Een argument tegen formele onafhankelijkheidsvoorschriften is voorts dat het moeten voldoen aan deze criteria kan betekenen dat een plaats wordt vervuld ten koste van een lid met andere noodzakelijke competenties en relevante ervaring.

Met name voor stichtingen met een private doelstelling en een vermogen dat uit private middelen is gevormd, kan gezegd worden dat het van haar activiteiten afhangt hoe belangrijk (formele) onafhankelijkheid is. Zo wordt over ondernemingen die innovatief (moeten) zijn of veel concurrenten hebben gezegd dat zij vooral behoefte hebben aan creativiteit en (branche)kennis in de raad van toezicht, welke kennis bijvoorbeeld het meest aanwezig is bij iemand die voorheen bestuurder van de stichting of een vergelijkbare stichting was.<sup>101</sup>

Naar mijn mening zou het aan de raad van toezicht zelf gelaten zou moeten worden om te beoordelen en beargumenteren of zijn leden als onafhankelijk kunnen worden aangemerkt.<sup>102</sup> Bij dat oordeel kan een indicatieve lijst met criteria en omstandigheden helpen, maar uiteindelijk gaat het erom of de kandidaat “onafhankelijk van geest” is, een onafhankelijk oordeel kan vormen. In dat verband zijn ook de persoonlijke eigenschappen van de kandidaat relevant. Ook andersom moet de raad van toezicht kunnen oordelen dat een kandidaat niet-onafhankelijk is, ook al voldoet hij aan de lijst van onafhankelijkheidscriteria.

Voor stichtingen in bepaalde sectoren, waaronder in ieder geval de semipublieke sector,<sup>103</sup> zou mijns inziens voorgeschreven moeten worden dat de raad van toezicht in zijn jaarlijkse verslag, waarover meer in het volgende hoofdstuk, verklaart over elk van de leden of zij onafhankelijk zijn. Als er indicaties of omstandigheden zijn waarom aan de onafhankelijkheid van een lid getwijfeld zou kunnen worden, bijvoorbeeld omdat het lid vroeger werknemer van de

---

101. Van Zijl, Lückerath-Rovers & De Bos 2013 en Van Zijl 2012, p. 101-102.

102. Zie ook UK Corporate Governance Code 2016 onder B.1.1. waar het aan de *board* zelf wordt gelaten om vast te stellen of de leden onafhankelijk zijn. Dit dient in het bestuursverslag met een nadere motivering vastgelegd te worden.

103. Voor woningstichtingen is in 3.27 GCW bepaald dat de raad van commissarissen van iedere commissaris vaststelt of hij/zij onafhankelijk toezicht kan houden en dat meldt in het jaarlijkse verslag van de RvC. Daarbij dient de raad de bepalingen als bedoeld in artikel 30 lid 6 Woningwet in acht te nemen.

stichting was of bestuurder was van een verbonden stichting, zou toegelicht dienen te worden waarom het lid niettemin als onafhankelijk kan worden aangemerkt. Als de raad van toezicht een dergelijke verklaring opstelt is ook van belang dat gecontroleerd wordt of aan de hiervoor genoemde verklaring wordt toegelicht. In geval van commerciële, grote stichtingen die door de accountant gecontroleerd worden, zou de accountant mijns inziens ook moeten nagaan of een toelichting of motivering in het verslag is opgenomen.

*Kwaliteitseisen in de statuten*

Ook stichtingen waarvoor geen onafhankelijkheidsregels op grond van een sectorwet of code gelden, kunnen menen dat een bepaalde functie of kwaliteit onverenigbaar is met het lidmaatschap van de raad van toezicht. Stichtingen kunnen er uit eigen beweging voor kiezen om dit in de statuten of in een reglement van die stichting te expliciteren. Bovendien kan een sectorale onafhankelijkheidseis “kracht worden bijgezet” door deze in de statuten te herhalen. In de statuten kunnen bepaalde criteria of onverenigbare functies voor leden van de raad van toezicht worden geformuleerd als (negatieve) kwaliteitseisen. Overigens kunnen de statuten ook in verband met gewenste deskundigheid of ervaring en vanwege de gewenste samenstelling een (positieve) kwaliteitseis stellen, zoals de eis dat één lid werkzaam moet zijn bij een overheidslichaam.<sup>104</sup>

Wat betreft commissarissen van NV's en BV's bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de statuten kwaliteitseisen kunnen stellen, waardoor de kring van benoembare personen wordt ingeperkt (artikel 2:142 lid 1 tweede zin, 252 lid 1 vijfde zin BW). Hoewel de wet en het Wetsvoorstel btrp hierover voor stichtingen niets bepalen, is niet betwist dat ook stichtingsstatuten kwaliteitseisen kunnen stellen aan leden van de raad van toezicht. De wijze van benoeming van leden van de raad van toezicht bij een stichting wordt immers door de wetgever in Boek 2 BW geheel vrijgelaten. Aangezien het onlogisch is dat dit bij NV's en BV's wel maar bij andere rechtspersonen niet geregeld is, zou overwogen kunnen worden om ook voor (bestuurders en) leden van de raad van toezicht van de stichting in Boek 2 BW te bepalen dat de statuten de kring van benoembare personen kunnen beperken door kwaliteitseisen te stellen.

In aanvulling op het stellen van een of meer kwaliteitseisen, kunnen de statuten bepalen dat het verliezen van een bepaalde kwaliteit een grond is voor ontslag of zelfs automatisch leidt tot defungeren. Indien het verliezen van een bepaalde kwaliteit een ontslaggrond is, kan bepaald worden dat het desbetreffende lid in functie blijft totdat in zijn opvolging is voorzien.

---

104. R.A. Hagens en G.J.C. Rensen, SDU *Tekst& Commentaar* bij artikel 2:142 BW.

## HOOFDSTUK 7

Het afwijken van of terzijdestellen van kwaliteitseisen kan door de statuten mogelijk worden gemaakt.<sup>105</sup> De statuten kunnen bijvoorbeeld bepalen dat bij besluit van een bepaald orgaan, zoals de raad van toezicht, dat al dan niet met een gekwalificeerde meerderheid wordt genomen, afgeweken kan worden van de kwaliteitseis of dispensatie kan worden verleend. In aanvulling daarop kan worden voorgeschreven dat dergelijke besluiten met de daaraan ten grondslag liggende beweegredenen genoemd moeten worden in het jaarlijkse verslag van de raad van toezicht (zie par. 8.2 hierna) en/of op andere wijze openbaar gemaakt moeten worden.

### *b. Nevenfuncties en maximaal aantal toezichthoudende functies*

#### *Nevenfuncties melden*

Boek 2 BW bepaalt voor NV's en BV's dat, indien een lid van de raad van commissarissen wordt benoemd of herbenoemd op aanbeveling of voordracht, van het kandidaat-lid onder meer de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed worden genoemd voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van zijn taak (artikel 2:142 en 252 lid 3 BW). Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris is verbonden. Indien zich daaronder rechtspersonen bevinden die tot een zelfde groep behoren, kan met de aanduiding van de groep worden volstaan. Tot slot is bepaald dat de aanbeveling of voordracht gemotiveerd dient te worden. Ik meen dat terecht is voorgesteld in het Wetsvoorstel btrp om deze bepaling ook te laten gelden bij een voordracht of aanbeveling tot benoeming van een lid van de raad van toezicht van de stichting. Deze informatie stelt het orgaan dat of de instantie die bevoegd is tot benoeming van nieuwe leden van de raad van toezicht (bijvoorbeeld de raad van toezicht zelf) in staat om een afweging te maken over de geschiktheid en de mate van afhankelijkheid van het beoogde lid van de raad van toezicht. Bovendien kan worden beoordeeld of het beoogde lid voldoende tijd kan besteden aan zijn toezichthoudende functie.

Voor fondsenwervende instellingen en vermogensfondsen bepaalt de SBF-Code 2015 dat leden van de raad van toezicht elke nevenfunctie aan de raad van toezicht melden. Voor het aanvaarden of continueren van een betaalde of onbetaalde nevenfunctie, die strijdig kan zijn met de belangen van de organisatie, heeft het lid de goedkeuring van de raad van toezicht. Van een kandidaat-lid wordt gevraagd om nevenfuncties te melden aan het orgaan dat het lid benoemt

---

105. Ten aanzien van NV's en BV's is bepaald dat de kwaliteitseisen terzijde kunnen worden gesteld door een besluit van de algemene vergadering genomen met twee derde gedeelte van de uitgebrachte stemmen die meer dan de helft van het geplaatst kapitaal vertegenwoordigen.

(veelal de raad van toezicht zelf).<sup>106</sup> Bovendien wordt in diverse codes en sectorregels voorgeschreven dat de (belangrijkste) nevenfuncties van leden van de raad van toezicht worden vermeld in het verslag (zie daarover ook paragraaf 8.3).<sup>107</sup>

*Maximumaantal toezichthoudende functies*

Voor grote stichtingen geldt op grond van de wet (artikel 2:297b BW) bij de benoeming van leden van de raad van toezicht een maximumaantal toezichthoudende en bestuurlijke functies. Zoals eerder opgemerkt is de achtergrond van het voorschrijven van een maximumaantal van vijf toezichthoudende functies dat daarmee niet alleen het *old boys network* wordt doorbroken, maar ook dat belangenverstrengeling kan worden voorkomen. Het doel is om de kwaliteit van toezicht in bredere zin te bevorderen; leden van de raad van toezicht moeten voldoende tijd kunnen besteden aan de vervulling van hun taak.<sup>108</sup>

Hoewel de achtergrond begrijpelijk is, meen ik dat, net als bij de formele onafhankelijkheidscriteria, het nadeel van formele maximumaantallen is dat maatwerk minder goed mogelijk is. Het is op grond van de genoemde wettelijke bepaling niet toegestaan om af te wijken van het wettelijke maximumaantal toezichthoudende functies. Een beperking in de kwantiteit hoeft niet altijd te leiden tot verbetering van de kwaliteit van het toezicht. Volgens sommigen zijn kwalitatief goede leden van de raad van toezicht in bepaalde sectoren soms moeilijk te vinden en is het risico van het stellen van maxima dat er een schaarste ontstaat.<sup>109</sup> Dit kan er juist toe leiden dat niet altijd de beste mensen voor de functies worden benoemd.

Ik meen dat een regeling van het maximumaantal bestuurlijke en toezichthoudende functies, waarmee wordt beoogd om goed toezicht te bevorderen, niet in Boek 2 BW thuishoort. In sectorale governancecodes kan een betere regeling op maat geboden worden en kan de mogelijkheid worden geboden om gemotiveerd van bepalingen af te wijken. In hoofdstuk 9 zal de verhouding tussen wetgeving en codes nader aan de orde komen. Net als voor onafhankelijkheidscriteria zou mijns inziens het uitgangspunt moeten zijn dat de raad zelf beoordeelt en,

106. Hoofdstuk 3 onder 2.4 en Hoofdstuk 4 onder 2.6 SBF-Code 2015.

107. Zie bijvoorbeeld 8.10 GCC 2014.

108. Uit het WRR Rapport 2014 blijkt dat er een groot aantal toezichthoudende functies vervuld moet worden, met name ook bij semipublieke instellingen. Het lijkt dus een uitdaging zijn om voldoende geschikte kandidaten te vinden.

109. De Melker 2012.

## HOOFDSTUK 7

zo nodig, beargumenteert of een (beoogd) lid wel of niet teveel toezichhoudende en bestuurlijke functies vervult. De beoordeling of de overige toezichhoudende en bestuurlijke functies het functioneren van het desbetreffende lid (kunnen) belemmeren, zou jaarlijks herhaald kunnen worden, bijvoorbeeld in het kader van de (zelf)evaluatie.

In een sectorale code zouden wel voor bepaalde soorten grote stichtingen een (indicatief) maximaal aantal bestuurlijke en toezichhoudende functies genoemd kunnen worden, waarvan in een individueel geval gemotiveerd kan afgeweken kan worden. Het ligt overigens meer voor de hand om in governancecodes die gelden voor semipublieke instellingen dergelijke indicatieve criteria op te nemen dan bijvoorbeeld in een governancecode voor culturele instellingen, aangezien intern toezicht bij semipublieke instellingen doorgaans meer tijd zal vergen.

Een argument tegen het opnemen van maximaal aantallen bestuurlijke en toezichhoudende functies in sectorcodes, is dat dan sprake zal zijn van een versnipperde regeling. De huidige, mijns inziens starre, regeling in Boek 2 BW heeft als voordeel dat niet per sectorregeling gekeken hoeft te worden of de aanvaarding van een nieuwe functie leidt tot overtreding van het in die sector maximaal toegestane aantal.

### *Toelichting*

Voor stichtingen in verschillende sectoren geldt dat nevenfuncties een tegenstrijdig belang kunnen opleveren. Het belangrijkste is mijns inziens dat de raad van toezicht, net als bij onafhankelijkheidscriteria, in zijn jaarlijkse verslag verklaart en toelicht over elk van de leden van de raad van toezicht wat hun (relevante) nevenfuncties zijn of die nevenfuncties een belemmering kunnen vormen voor een goede taakuitoefening door het desbetreffende lid in de zin dat deze mogelijk niet voldoende tijd heeft voor zijn functie, een tegenstrijdig belang heeft of om andere redenen als gevolg daarvan onvoldoende onafhankelijk wordt geacht.

### *c. Maximale zittingstermijnen*

In veel governancecodes is een maximale zittingstermijn voor leden van de raad van toezicht opgenomen. Een maximaal toegestane zittingstermijn heeft (mede) als achtergrond om (impliciete) afhankelijkheid te voorkomen. Gezegd zou kunnen worden dat hoe langer iemand zitting heeft in de raad van toezicht hoe meer afhankelijk hij is geworden. Hij is immers bij besluitvorming over verschillende onderwerpen betrokken geweest en het wordt steeds lastiger om daar met een *open mind* tegenaan te kijken.<sup>110</sup>

---

110. Volgens B.1.1. van de UK Corporate Governance Code 2016 wordt een *board member* geacht na negen jaar *board membership* geacht afhankelijk te zijn.



Vaak is de maximale termijn die codes stellen drie of vier jaar en kan het desbetreffende lid van de raad van toezicht één of twee keer worden herbenoemd.<sup>111</sup> Het feit dat na afloop van de eerste (en eventueel tweede) termijn een herbenoemingsbesluit nodig is, heeft als belangrijk voordeel dat de benoemende instantie (vaak de raad van toezicht zelf) gedwongen wordt zich uitdrukkelijk uit te spreken over herbenoeming, waarbij het functioneren van het desbetreffende lid onder de aandacht komt.

De NCGC bepaalt ook dat een commissaris benoemd wordt voor een bepaalde periode, te weten een periode van vier jaar. Na deze periode is hij één keer herbenoembaar voor een periode van vier jaar.<sup>112</sup> De NCGC biedt echter nog een opening, door te bepalen dat de commissaris na deze periode opnieuw kan worden herbenoemd voor een benoemingstermijn van twee jaar, die daarna met maximaal twee jaar kan worden verlengd. Herbenoeming na een periode van acht jaar wordt gemotiveerd in het verslag van de raad van commissarissen.

Voor 1 januari 2017 gold voor commissarissen een periode van maximaal driemaal vier jaar. De Monitoring Commissie Corporate Governance merkte bij de consultatie over de concept NCGC in 2016 op dat de zittingstermijn van commissarissen van driemaal een periode van vier jaar in beginsel te lang is om met gepaste afstand toezicht te houden op het bestuur van de vennootschap. Door een langere zittingstermijn kan de commissaris te veel vergroeiën met de vennootschap, wat kan leiden tot minder scherpte in het door de commissaris uitgevoerde toezicht, aldus de toelichting bij de NCGC.

Uit het rapport Monitoring Boekjaar 2014 blijkt dat de best practice bepaling over de maximale zittingstermijn van commissarissen een van de meest uitgelegde bepalingen van de NCGC is. Vennootschappen die niet aan de bepaling voldeden gaven daarbij aan dat zij ervoor kiezen de commissarissen toch langer in de raad van commissarissen te laten plaatsnemen vanwege bestaande familiebanden met de vennootschap of vanwege hun lange ervaring en expertise die schaars zijn in de sectoren waarin de onderneming opereert. In de toelichting merkt de Monitoring Commissie op dat onder omstandigheden herbenoeming na de maximale termijn wenselijk kan zijn, bijvoorbeeld wanneer specifieke specialistische kennis relevant is en er nog geen goede opvolger kan worden gevonden die daarover beschikt.

---

111. Voor zorginstellingen en woningcorporaties geldt twee keer vier jaar (6.2.3. GCZ 2017 en 3.20 GCW 2015). Voor culturele instellingen geldt 2 keer vier jaar of drie keer drie jaar (9.6 GCC 2014).

112. 2.2.2 NCGC 2016.

Voor stichtingen gelden mijns inziens dezelfde overwegingen. De uitdrukkelijke afwijkingsmogelijkheid die de NCGC 2016 biedt na de tweede zittings-termijn is een flexibele oplossing die ook gebruikt zou kunnen worden in sectorcodes voor stichtingen die een maximale zittingstermijn kennen. Dit biedt immers de mogelijkheid tot maatwerk onder de voorwaarde dat de redenen en omstandigheden die aanleiding geven voor afwijking door de raad van toezicht gemotiveerd worden toegelicht, bijvoorbeeld in het jaarlijkse verslag van de raad van toezicht.

*d. Regels ter voorkoming van belangenverstrengeling en omgang met tegenstrijdig belang*

Sommige codes bevatten, naast lijstjes met onafhankelijkheidscriteria, lijstjes van handelingen die een lid van de raad van toezicht niet mag verrichten. Met deze lijstjes wordt beoogd om (de schijn van) belangenverstrengeling en persoonlijke bevoordeling van leden van de raad van toezicht te voorkomen.<sup>113</sup> Een lid van de raad van toezicht mag bijvoorbeeld:

- niet in concurrentie treden met de stichting;
- geen schenkingen voor zichzelf of zijn naasten/familieleden aannemen van de stichting;
- zichzelf geen ongerechtvaardigd voordeel ten laste van de stichting verschaffen;
- geen zakelijke kansen voor zichzelf of zijn naasten/familieleden benutten die de stichting toekomen.<sup>114</sup>

De NCGC bepaalt in algemene zin, net als veel sectorcodes die voor stichtingen gelden, dat elke vorm van belangenverstrengeling tussen de vennootschap en haar bestuurders of commissarissen wordt vermeden.<sup>115</sup> Hiertoe dienen adequate maatregelen te worden getroffen, aldus de NCGC.

Volgens de NCGC *kan een tegenstrijdig belang bestaan* wanneer de vennootschap voornemens is een transactie aan te gaan met een rechtspersoon: (1) waarin een commissaris persoonlijk een materieel financieel belang houdt; of (2) waarvan een bestuurder of commissaris een familierechtelijke verhouding heeft met een commissaris van de vennootschap.<sup>116</sup>

Daarmee wordt in feite aangegeven dat in dergelijke gevallen alertheid is geboden en onderzocht moet worden of sprake is van een tegenstrijdig belang in de zin van Boek 2 BW. In Boek 2 BW wordt immers gesproken van “een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de

---

113. Zie bijvoorbeeld 8.4 GCC en 3.25 GCW.

114. Zie ook 2.7.1 NCGC 2016.

115. 2.7 NCGC 2016.

116. 2.7.3 NCGC 2016.

vennootschap”. Of een lid van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang heeft in de zin van Boek 2 BW moet – blijkens de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie – worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval.<sup>117</sup>

In de vorige NCGC (uit 2008) en het Concept van de Herziene NCGC stond nog dat *in ieder geval sprake was* van een tegenstrijdig belang in de hiervoor onder (1) en (2) genoemd situaties, maar ook in de situatie dat de vennootschap een transactie aangaat met een rechtspersoon waarbij een commissaris een bestuurs- of toezichthoudende functie heeft. In deze situatie is sprake van een formeel tegenstrijdig belang dat geen materieel tegenstrijdig belang in de zin van Boek 2 BW hoeft op te leveren.<sup>118</sup>

Ik meen dat er ook voor bepaalde soorten stichtingen goede argumenten zijn om – net als bij beursvennootschappen – voorbeelden van mogelijke tegenstrijdig belangsituaties te formuleren en zo mogelijk te objectiveren. Hiermee wordt de stichting beter beschermd, maar ook de raad van toezicht zelf heeft er baat bij om de discussie over tegenstrijdig belang van één of meer van zijn leden zo veel mogelijk te (kunnen) objectiveren. Voor zover er een sectorcode geldt, kunnen evidente, objectief bepaalbare omstandigheden in de code worden opgenomen. Stichtingen waarvoor geen sectorcode geldt kunnen vrijwillig omstandigheden vastleggen, bijvoorbeeld in een reglement.

---

117. *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 3, p. 12. “De enkele omstandigheid dat een bestuurder een eigen belang heeft, behoeft niet te leiden tot de kwalificatie van een tegenstrijdig belang. Daarvan is geen sprake zolang de belangen van de bestuurder parallel lopen met de belangen van de vennootschap. Zo leidt de aanwezigheid van een arbeids-overeenkomst met of het bezit van aandelen in de vennootschap niet automatisch tot een tegenstrijdig belang van de bestuurder. Dat laat onverlet dat een eigen belang, bijvoorbeeld door een wijziging van omstandigheden, een tegenstrijdig belang kan worden. Of sprake is van een tegenstrijdig belang, moet van geval tot geval worden beoordeeld.” Zie ook r.o. 3.4 uit HR 29 juni 2007, *JOR* 2007, 169, met noot Leijten en Bartman (Bruil Kombex): of sprake is van een tegenstrijdig belang hangt af van de omstandigheden van het geval. “Gelet op alle omstandigheden van het geval moet de bestuurder niet in staat worden geacht om het belang van de vennootschap en de daarmee verbonden onderneming te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.” Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam 5 juli 2017, ECLI: NL:RBROT:2017:5177 (Stichting Humanitas) blijkt dat deze overweging uit het Bruil Kombex-arrest ook relevant is voor bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting.

118. Zie ook *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 6, p. 18. Zie hierover Rensen 2013.

### 7.3.5 *Tegenstrijdig belangregeling voor leden van de raad van toezicht*

Voor alle stichtingen is het van belang dat een lid van de raad van toezicht niet betrokken is bij besluiten waarbij hij een persoonlijk belang heeft dat strijdig is met het belang van de stichting. In dat geval moet het desbetreffende lid van de raad van toezicht de besluitvorming overlaten aan leden die geen persoonlijk tegenstrijdig belang hebben.<sup>119</sup> Tegenstrijdig belang van leden van de raad van toezicht van de stichting is op dit moment niet in de wet geregeld (evenmin als tegenstrijdig belang van bestuurders, zie daarover paragraaf 5.5.7). In het Wetsvoorstel btrp wordt voorgesteld om tegenstrijdig belang van leden van de raad van toezicht op vergelijkbare wijze te regelen als tegenstrijdig belang van commissarissen van een kapitaalvennootschap. Op dit moment zijn in veel sectorcodes regels opgenomen die door stichtingen in die sector in acht genomen moeten worden in het geval dat zich een tegenstrijdig belangssituatie voordoet met een lid van de raad van toezicht. Bovendien kunnen statuten of reglementen regels bevatten. Stichtingen waarvoor geen codes of sectorregels gelden kunnen bij het opstellen van een tegenstrijdig belangregeling in de statuten of in een reglement inspiratie opdoen uit codebepalingen.

#### *Omgang met tegenstrijdig belang van leden van de raad van toezicht*

Zoals gezegd noemt de NCGC situaties waarin sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang van een commissaris. De vraag of in een concreet geval, dus ook in *andere gevallen* dan de gevallen die in een governancecode worden genoemd, sprake is van tegenstrijdig belang laat de wetgever in beginsel over aan het desbetreffende lid van de raad van toezicht. Dit laat onverlet dat geregeld kan worden dat, in geval niet duidelijk is of sprake is van tegenstrijdig belang van één van de leden van de raad van toezicht, de hele raad van toezicht daarover een oordeel moet geven.<sup>120</sup>

In veel sectorcodes wordt bepaald dat een lid zijn tegenstrijdig belang of mogelijk tegenstrijdig belang, voor zover dat van materiële betekenis voor de stichting is, meldt aan de voorzitter van de raad van toezicht, waarbij hij alle relevante informatie verstrekt.<sup>121</sup> Als het de voorzitter zelf betreft, meldt hij dit aan de vicevoorzitter van de raad van toezicht. Bovendien staat in veel codes, net als in de NCGC, dat de raad van toezicht buiten aanwezigheid van degene die een (mogelijk) tegenstrijdig belang heeft een standpunt inneemt en beslist of sprake is van een tegenstrijdig belang.

---

119. Timmerman 2009.

120. Dit lijkt te volgen uit de parlementaire geschiedenis bij de Wet bestuur en toezicht, *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 21.

121. Zie bijvoorbeeld 8.6 GCC 2014 voor culturele instellingen en 3.26 GCW 2015 voor woningcorporaties.

*Niet deelnemen aan beraadslaging en besluitvorming*

De regels over tegenstrijdig belang die in de wet zijn opgenomen voor NV's en BV's komen er op neer dat degene die een tegenstrijdig belang heeft niet betrokken mag zijn bij de beraadslaging en de besluitvorming over het onderwerp waarbij hij een persoonlijk belang heeft. Dit is mede van belang in het kader van evenwichtige en zorgvuldige besluitvorming, waarop paragraaf 7.4 nader ingaat. In het Wetsvoorstel btrp is mijns inziens terecht voorgesteld om deze regels ook te laten gelden voor bestuurders en leden van de raad van toezicht van alle soorten stichtingen. Reeds nu kan, net als in artikel 2:11 lid 6 Wetsvoorstel btrp is bepaald, in de statuten van een stichting geregeld worden dat een lid van de raad van toezicht niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de stichting en de daaraan verbonden onderneming. Hieraan dient in de statuten toegevoegd te worden dat als alle leden een tegenstrijdig belang hebben de raad van toezicht het besluit, ondanks het tegenstrijdig belang, toch kan nemen.<sup>122</sup>

Een lid van de raad van toezicht met een tegenstrijdig belang dient zich op grond van het Wetsvoorstel btrp dus niet alleen te onthouden van deelname aan de stemming maar ook van deelname aan de beraadslaging over het desbetreffende voorstel. In de parlementaire geschiedenis bij de Wet bestuur en toezicht is hierover opgemerkt dat het zowel gaat over de voorbereiding als de uiteindelijke stemming over het besluit. Vanaf het moment dat een agendapunt van het bestuur in de vergadering wordt opengesteld voor discussie en gedachtevorming, dient het desbetreffende lid van de raad van toezicht daarbij niet langer aanwezig te zijn. De gedachtevorming en discussie binnen de raad moeten kunnen plaatsvinden zonder dat deze worden beïnvloed door de aanwezigheid van het lid met een tegenstrijdig belang.<sup>123</sup> Om die reden dient het (mogelijke) tegenstrijdig belang dus tijdig gemeld te worden bij (de voorzitter van) de raad van toezicht.

*Schriftelijke vastlegging*

Volgens artikel 11 lid 6 van het Wetsvoorstel btrp wordt, in het geval een besluit als gevolg van het tegenstrijdig belang niet genomen kan worden (bijvoorbeeld omdat alle leden van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang hebben), het besluit toch wordt genomen door de raad van toezicht *onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen*.<sup>124</sup> In de MvT btrp wordt opgemerkt dat als de overwegingen niet schriftelijk worden vastgelegd, dit de geldigheid van het besluit

122. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2015a.

123. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 6, p. 20 e.v.

124. MvT btrp, p. 6.

niet aantast. In de literatuur is echter, mijns inziens terecht, opgemerkt dat het wettelijk vereiste tot schriftelijke vastlegging meer lijkt te zijn dan enkel een vormvereiste.<sup>125</sup> Heeft de vastleggingsverplichting niet mede betrekking op de totstandkoming van het besluit? Als dat het geval is, zou het besluit vernietigbaar kunnen zijn als de vastleggingsplicht niet wordt nagekomen.<sup>126</sup>

Waar zal schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen dan plaatsvinden? Deze overwegingen kunnen bijvoorbeeld in de notulen van de vergadering worden vastgelegd. Paragraaf 7.4.6 hierna gaat verder in op zorgvuldige besluitvorming en zorgvuldige verslaglegging van besluiten van de raad van toezicht.

Sommige auteurs merken op dat zij niet veel verwachten van de wettelijke eis dat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vastgelegd moeten worden.<sup>127</sup> Ik meen dat dit voorschrift wel degelijk iets kan toevoegen, maar alleen als aan deze eis daadwerkelijk inhoud wordt gegeven. Een simpele standaardverklaring, die bijvoorbeeld inhoudt ‘dat de transactie voordeel oplevert voor de stichting’, zou in het algemeen niet moeten volstaan.<sup>128</sup> De achtergrond van het voorschrift is immers dat op rationele wijze, gemotiveerd en inhoudelijk, verantwoording wordt afgelegd en bovendien dat achteraf kan worden gecontroleerd waarom en op welke grond het besluit is genomen. Mijns inziens zouden brancheorganisaties in bepaalde sectoren behulpzaam kunnen zijn en handreikingen kunnen geven over zorgvuldige besluitvorming, waarin ook de motivering van tegenstrijdig belang besluiten aan de orde zou kunnen komen. Ook zou bijvoorbeeld in een sectorcode bepaald kunnen worden dat, indien het gaat om (een besluit tot het aangaan van) een overeenkomst of transactie waarbij een tegenstrijdig belang speelt, gemotiveerd moet worden in hoeverre de voorgenomen overeenkomst of transactie in het belang is van de stichting, dat wil zeggen: bijdraagt aan de verwezenlijking van het stichtingsdoel.

#### *Afwijking van de regeling?*

Onduidelijk is of de zinsnede “tenzij de statuten anders bepalen” in het Wetsvoorstel btrp verwijst naar de schriftelijke vastlegging of ook naar het feit dat de raad van toezicht in geval van tegenstrijdig belang van alle leden toch het besluit neemt. Met andere woorden: kan straks, als het Wetsvoorstel btrp in deze vorm wet wordt, ingeval van tegenstrijdig belang van alle leden van de raad van toezicht worden afgeweken van de terugverwijzing naar de raad van toezicht?

---

125. Zie hierover Waaijer 2016, p. 68, Wezeman 2016, p. 88, Quist & Rensen 2017 en De Jongh 2017.

126. Zie ook over de vraag of schending van de vastleggingsplicht kan leiden tot aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling: De Jongh 2017.

127. Huizink 2016, p. 23.

128. Waaijer 2016, p. 68.

Gedacht kan worden aan een statutaire regeling die inhoudt dat een ander orgaan (zoals een raad van aangeslotenen of een deelnemersraad) of een derde in een dergelijk geval het besluit neemt. Nog afgezien van de vraag of de wet dat toelaat, lijkt het middels een algemene statutaire bepaling betrekken van een ander orgaan of een derde bij tegenstrijdig belangbesluiten mij onwenselijk. Het andere orgaan of de derde wordt immers belast met belangrijke beslissingen en zal in de meeste gevallen niet beschikken over de informatie en/of deskundigheid om de voor de stichting meest adequate beslissing te nemen.<sup>129</sup> Het toekennen van deze bevoegdheid aan een orgaan (zoals een deelnemersraad) zou bovendien, in combinatie met andere bevoegdheden van dat orgaan, tot overtreding van het ledenverbod kunnen leiden (zie par. 4.7). Van belang is voorts dat derden en andere organen dan het bestuur en de raad van toezicht niet op grond van de wet gehouden zijn zich te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Ik meen dat om die reden afwijking van de hoofdregel, voor zover die mogelijkheid al wordt geboden onder het Wetsvoorstel btrp, in de meeste gevallen niet aan te raden is.

Dat laat onverlet dat aan een onafhankelijke derde advies gevraagd kan worden, in het bijzonder over de vraag of en onder welke voorwaarden de rechtshandeling in het belang is van de stichting.<sup>130</sup> Uiteraard dienen bij het inschakelen van deskundigen de daarmee gemoeide kosten redelijk en in verhouding te zijn.

#### *Openheid over tegenstrijdig belang*

Net als de NCGC, bepalen sectorale governancecodes, waaronder de GCC 2014 die geldt voor culturele instellingen, dat besluiten of transacties in het afgelopen boekjaar, waarbij tegenstrijdige belangen van leden van de raad van toezicht speelden die van materiële betekenis waren voor de stichting of het desbetreffende lid, met toelichting worden opgenomen in het jaarlijkse verslag van de raad van toezicht.<sup>131</sup> Ik meen dat ook voor andere stichtingen van belang kan zijn om tegenstrijdig belangbesluiten die van materiële betekenis zijn voor de stichting te vermelden in een jaarlijks verslag van de raad van toezicht (zie over het jaarlijkse bestuursverslag en het verslag van de raad van toezicht ook paragraaf 8.3). De raad van toezicht zou een reglement en/of verslag over omgang met tegenstrijdig belang van zijn eigen leden openbaar kunnen maken, bijvoorbeeld via de website van de stichting.

129. Zie in dezelfde zin ten aanzien van NV's en BV's over de escalatie naar de algemene vergadering: Lennarts & Boschma 2008. Daarbij komt dat deze personen het risico lopen aangemerkt te worden als een beleidsbepaler en daarmee aansprakelijkheid riskeren (artikel 2:300a juncto 2:138 lid 7 BW).

130. Verdam 2013a.

131. 2.7.4. NCGC. Zie bijvoorbeeld principe 8.8 GCC 2014 voor culturele instellingen en II.2.3 Code HBO 2013 voor hogescholen.

## HOOFDSTUK 7

### 7.3.6 *Samenvatting en conclusies*

Voor het optimaal laten functioneren van de raad van toezicht is het van belang dat de leden van de raad feitelijk onafhankelijk en kritisch zijn. Onafhankelijkheid is in het bijzonder van belang voor bepaalde soorten stichtingen: stichtingen die beschikken over overheidsgeld (semipublieke instellingen en sommige culturele instellingen), stichtingen die beschikken over geld van derden (goede doelen, fondsenwervende instellingen) en stichtingen die een groot vermogen beheren (pensioenfondsen). Om die reden zijn onafhankelijkheidsregels op sectoraal niveau voor deze soorten stichtingen opgesteld.

Formele onafhankelijkheidscriteria hebben als voordeel dat zij objectief bepaalbaar zijn, maar als belangrijk nadeel dat zij statisch zijn en geen rekening houden met de omstandigheden van het geval. Onafhankelijkheidscriteria in sectorregels zouden mijns inziens om die reden niet limitatief maar indicatief moeten zijn, waarbij de mogelijkheid wordt geboden om gemotiveerd af te wijken van één of meer criteria. De raad van toezicht zelf is het orgaan dat het meest geschikt is om te beoordelen en te beargumenteren of zijn leden onafhankelijk zijn. De raad van toezicht zou in zijn jaarlijkse verslag voor elk van zijn leden moeten verklaren en toelichten of het desbetreffende lid onafhankelijk is.

Objectief bepaalbare onafhankelijkheidseisen die voor leden van de raad van toezicht van een stichting van belang worden geacht, kunnen als kwaliteitseis in de statuten opgenomen worden. Hoewel daarover voor stichtingen, anders dan voor andere rechtspersonen, in de wet niets geregeld is, staat buiten discussie dat statutaire kwaliteitseisen mogelijk zijn.

Het stellen van een maximum aan het aantal toezichthoudende functies kan de kwaliteit en onafhankelijkheid van het toezicht bij bepaalde soorten stichtingen bevorderen. Een regeling van het maximaal aantal toezichthoudende functies hoort mijns inziens echter niet in Boek 2 BW thuis maar zou per sector in governancecodes geregeld moeten worden. Net als het stellen van een maximale (her)benoemingstermijn voor leden van de raad van toezicht, zou in governancecodes naar mijn mening (meer) ruimte voor maatwerk geboden moeten worden. Indien een indicatief maximum wordt gesteld, zou aan de raad van toezicht de mogelijkheid geboden moeten worden om hiervan gemotiveerd af te wijken.

Bij het afbakenen en vaststellen of sprake is van tegenstrijdig belang, kan het behulpzaam zijn als er objectief bepaalbare omstandigheden zijn geformuleerd die een tegenstrijdig belang kunnen opleveren. Sectorale governancecodes kunnen een indicatieve lijst van omstandigheden bevatten en stichtingen kunnen



ook zelf een indicatieve lijst in een reglement opnemen. Niet alleen de stichting zelf maar ook de raad van toezicht zelf heeft baat bij het formuleren van (zo veel mogelijk objectief bepaalbare) indicatieve omstandigheden waarin mogelijk sprake is van tegenstrijdig belang.

Het Wetsvoorstel btrp gaat er mijns inziens terecht van uit dat leden van de raad van toezicht van alle stichtingen niet betrokken mogen zijn bij de besluitvorming en beraadslaging over voorstellen waarbij zij een tegenstrijdig belang hebben. Een lid van de raad van toezicht met een tegenstrijdig belang zou immers de overige leden van de raad van toezicht kunnen beïnvloeden, hetgeen een onafhankelijk en kritisch oordeel van de raad niet ten goede komt.

Het wetsvoorstel btrp bepaalt dat ingeval van tegenstrijdig belang van alle leden, de raad van toezicht toch bevoegd is, maar dat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag hebben gelegen schriftelijk worden vastgelegd. Ik meen dat dit voorschrift toegevoegde waarde heeft, aangezien de raad van toezicht wordt gedwongen op rationele wijze verantwoording af te leggen. Voorwaarde is echter wel dat sprake is van een inhoudelijke motivering.

## 7.4 Besluitvorming

### 7.4.1 Inleiding

Een raad van toezicht die naar behoren is samengesteld dient ook richtlijnen en instrumenten te hebben om tot goede beslissingen te kunnen komen. In de inleiding bij dit hoofdstuk werd reeds genoemd dat het van belang is dat de raad van toezicht voldoende stilstaat bij zijn eigen besluitvormingsproces. In lijn met de hiervoor in par. 7.1 genoemde Guidance,<sup>132</sup> kan gezegd worden dat de kwaliteit van besluitvorming door de raad van toezicht bevorderd kan worden door:

- de raad van toezicht tijdig te voorzien van kwalitatief goede en *to the point* informatie;
- het goed voorbereiden van vergaderingen, het inwinnen van advies van experts en deskundigen als dat nodig is;
- het inruimen van voldoende tijd voor de vergadering, voor toelichting van de voorstellen en voor discussie over voorstellen tijdens de vergadering;

---

132. 3.2. van de Guidance: *Good decision-making capability can be facilitated by:*

- *high-quality board documentation;*
- *obtaining expert opinions when necessary;*
- *allowing time for debate and challenge, especially for complex, contentious or business critical issues;*
- *achieving timely closure; and*
- *providing clarity on the actions required, and timescales and responsibilities.*

## HOOFDSTUK 7

- het inzichtelijk maken van het besluitvormingsproces, het duidelijk kenbaar maken wat verwacht wordt van leden van de raad van toezicht; en
- zorgvuldige verslaglegging van de inhoud van de genomen besluiten en de wijze waarop deze tot stand zijn gekomen.

Een aantal van deze onderwerpen zal hierna afzonderlijk aan de orde komen.

### 7.4.2 *Sociaalpsychologische aspecten van besluitvorming*

In paragraaf 6.6.5 kwamen psychologische aspecten van het besluitvormingsproces op bestuursniveau al aan de orde, met name in verband met het risico dat het bestuur verkeerde of suboptimale beslissingen neemt, dat wil zeggen: beslissingen die niet in het belang van de stichting zijn. Daarbij werd het onderscheid genoemd tussen psychologische factoren die optimale besluitvorming vertroebelen (waaronder *groupthink*), externe factoren die buiten de directe controle van de onderneming liggen en factoren die binnen de controle van de onderneming liggen. Niet alle effecten van beslissingen kunnen beheerst worden. Strik merkt op dat bestuursbeslissingen vanuit aansprakelijkheidspectief door de rechter met name beoordeeld worden aan de hand van de gevolgde procedure en de logica van die besluiten. Ook de Ondernemingskamer (OK) beoordeelt ondernemersbeslissingen mede aan de hand van het besluitvormingsproces. In de Van der Moolen-beschikking oordeelde de OK dat – gezien de aard en complexiteit van de beslissing daarover en de gevolgen daarvan – hoge eisen gesteld hadden mogen worden aan het besluitvormingsproces. De OK overwoog voorts dat verantwoord ondernemerschap vereist dat het een en ander in geschriften, notulen, rapporten of anderszins wordt vastgelegd.<sup>133</sup>

#### *Systeem 1-denken en systeem 2-denken*

In paragraaf 6.6.5 werden de soorten van denkwijzen genoemd die in de psychologie worden onderscheiden, te weten: *system 1 thinking (fast, instinctive and emotional)* en *system 2 thinking (slower, more deliberative, and more logical)*. Opgemerkt werd dat, afhankelijk van de aard en complexiteit van de beslissing en de betrokken risico's, bestuurders systeem 1-denken zullen moeten toepassen. Het bestuur neemt vaak dagelijks en *ad hoc* besluiten. Hoewel de raad van toezicht doorgaans meer tijd heeft om zijn besluiten voor te bereiden, zullen in de praktijk ook “snelle besluiten” genomen moeten worden. Een besluit moet soms worden genomen onder tijdsdruk, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een “kritische situatie” (zie de voorbeelden genoemd in paragraaf 5.4.4). Bovendien worden sommige besluiten genomen zonder dat de raad er erg

---

133. Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen) met noot Strik. Zie ook Kahneman 2011, p. 452.

in heeft: er wordt bijvoorbeeld niet gestemd of het besluit ligt zo voor de hand dat het kan rekenen op algemene instemming.<sup>134</sup> Niettemin zal de raad van toezicht, als het gaat om belangrijke besluiten die verband houden met de toezichthoudende taak, deze besluiten terdege moeten voorbereiden en moeten trachten systeem 2-denken toe te passen. Waar bij systeem 1-denken snel conclusies worden getrokken op basis van beperkte informatie, is systeem 2 in staat om beschikbare informatie systematisch en zorgvuldiger te benaderen, om een checklist na te lopen voordat een besluit wordt genomen (net als bij het kopen van een huis wordt nagegaan of alle noodzakelijke informatie om het besluit te kunnen nemen voorhanden is).<sup>135</sup>

Toch zal systeem 1 ook dergelijke zorgvuldig genomen beslissingen kunnen beïnvloeden.<sup>136</sup> Indien een lid van de raad van toezicht (te) eenzijdige informatie krijgt, is hij zich daar niet altijd van bewust. Niet alleen de hoeveelheid informatie, maar met name de consistentie van informatie, is relevant om een goed besluit te kunnen nemen. Bovendien is het *framing* effect van belang. Er zijn verschillende manieren om dezelfde informatie te presenteren. Deze verschillende “verpakkingen” kunnen leiden tot verschillende gevoelens en daardoor mogelijk tot verschillende reacties.

Indien een lid van de raad van toezicht een informatieachterstand heeft en zich daarvan bewust is, zal dit leiden tot een verzoek om meer informatie en tot systeem 2-denken. In kritische situaties zullen raden van toezicht ook sneller en bewuster systeem 2-denken toepassen. Uit een onderzoek naar het omgaan met kritische situaties blijkt dat leden van toezichthoudende organen in kritische situatie belang hechten aan het bewaren van rust en aan zorgvuldig handelen, waarbij het proces en de inhoudelijke analyse steeds goed in het oog gehouden worden.<sup>137</sup>

### *Groepsdenken*

De hiervoor genoemde Guidance somt een aantal psychologische factoren op die effectieve besluitvorming belemmeren, zoals de dominante persoonlijkheid van een of meer van de leden van de raad van toezicht, maar ook de dynamiek en de cultuur binnen de raad als geheel. Wordt tegenspraak bijvoorbeeld geduld?<sup>138</sup>

---

134. Kroeze 2013, p. 867.

135. Zie hierover Kahneman, Lovallo & Sibony 2011, p. 51-60.

136. Kahneman 2011, p. 94-95.

137. Veltrop & Van Manen 2017, p. 34-35.

138. Zie 3.3 van de Guidance: *Boards should be aware of factors which can limit effective decision making, such as:*  
 – *a dominant personality or group of directors on the board, which can inhibit contribution from other directors;*

## HOOFDSTUK 7

Staan de meer ervaren leden van de raad van toezicht open voor nieuwe inzichten? Ervaring kan een pré zijn, maar kan het beoordelingsvermogen ook negatief beïnvloeden, bijvoorbeeld doordat er teveel vertrouwd wordt op eerdere ervaringen en beslissingen.

Hiervoor werd groepsdenken als een voorbeeld van afhankelijkheid *in mind* genoemd. De raad van toezicht dient zich bewust te zijn van de mogelijkheid dat groepsdenken zich voordoet en kan dit op verschillende manier (trachten te) voorkomen of doorbreken. Zo kan de voorzitter of kunnen de meer ervaren leden van de raad van toezicht eerst de ruimte geven aan de andere, minder ervaren, leden en zelf als laatste hun oordeel geven.<sup>139</sup> Ook kan getracht worden de discussie te stimuleren door vooraf in subgroepen te discussiëren of kan iemand aangewezen worden om een bepaald standpunt in te nemen (“advocaat van de duivel”)<sup>140</sup> of kan algemeen gevraagd worden of iemand nog tegenwerpingen of mogelijke alternatieven kan bedenken.<sup>141</sup> Op deze wijze zou

- 
- *insufficient attention to risk, and treating risk as a compliance issue rather than as part of the decision-making process, especially in cases where the level of risk involved in a project could endanger the stability and sustainability of the business itself;*
  - *failure to recognise the value implications of running the business on the basis of self interest and other poor ethical standards;*
  - *a reluctance to involve non-executive directors, or of matters being brought to the board for sign-off rather than debate;*
  - *complacent or intransigent attitudes;*
  - *a weak organisational culture; or*
  - *inadequate information or analysis.*

139. Kroeze 2005.

140. 3.4. van de Guidance: *Most complex decisions depend on judgment, but the judgment of even the most well intentioned and experienced leaders can, in certain circumstances, be distorted. Some factors known to distort judgment in decision making are conflicts of interest, emotional attachments, and inappropriate reliance on previous experience and previous decisions. For significant decisions, therefore, a board may wish to consider extra steps, for example:*

- *describing in board papers the process that has been used to arrive at and challenge the proposal prior to presenting it to the board, thereby allowing directors not involved in the project to assess the appropriateness of the process as a precursor to assessing the merits of the project itself; or*
- *where appropriate, putting in place additional safeguards to reduce the risk of distorted judgements by, for example, commissioning an independent report, seeking advice from an expert, introducing a devil's advocate to provide challenge, establishing a sole purpose sub-committee, or convening additional meetings. Some chairmen favour separate discussions for important decisions; for example, concept, proposal for discussion, proposal for decision. This gives executive directors more opportunity to put the case at the earlier stages, and all directors the opportunity to share concerns or challenge assumptions well in advance of the point of decision.*

3.5. *Boards can benefit from reviewing past decisions, particularly ones with poor outcomes. A review should not focus just on the merits of the decision itself but also on the decision-making process.*

141. Ellemers & De Gilder 2012, p. 91.

kritische inbreng geforceerd kunnen worden en kan getracht worden groepsdenken zo veel mogelijk te voorkomen. Een wellicht voor sommige raden van toezicht wat vergaande manier om het risico van groepsdenken te ondervangen is om een buitenstaander (een expert) uit te nodigen om een vergadering bij te wonen en te vragen om de wijze van vergaderen, de interactie tussen de leden en de discussie tijdens de vergadering te analyseren en te evalueren.

Als gezorgd is voor een diverse samenstelling van de raad van toezicht moet daarvan ook zo veel mogelijk gebruik gemaakt worden. Dat wil zeggen: de onafhankelijke oordeelsvorming door verschillende typen mensen moet ook tot zijn recht kunnen komen. Als alle leden onafhankelijk een oordeel vormen wordt meer informatie (vanuit verschillende invalshoeken) verkregen en daarmee kun je een meer afgewogen gezamenlijk oordeel vormen. Een centrale groepsdiscussie is daarvoor niet altijd het beste middel. Op het moment dat de eerste begint, wordt de rest immers al beïnvloed door wat de eerste persoon zegt. Om die reden kan er bij lastige onderwerpen ook voor gekozen worden om voorafgaand aan de vergadering iedereen een standpunt op te laten schrijven.

Het evidente nadeel van groepsdenken en conformisme is dat er (mogelijk) te weinig tegenspraak is. Overigens zal het feit dat de raad van toezicht zijn eigen leden beoordeelt al snel kunnen leiden tot conformisme. Anderzijds kan een gebrek aan conformisme er toe leiden dat consensus (te) vaak niet mogelijk is, hetgeen een negatieve invloed kan hebben op het functioneren van de raad als geheel en het nemen van beslissingen kan belemmeren, ook in situaties waarin snelle beslissingen nodig zijn.

Hierna wordt ingegaan op de voorbereiding van de vergadering en de gang van zaken tijdens de vergadering vanuit juridisch perspectief en komt zorgvuldige verslaglegging aan de orde. Als de juridische en procedurele aspecten van vergaderen en besluitvorming goed doordacht zijn,<sup>142</sup> zou dat mogelijk psychologische factoren die besluitvorming vertroebelen kunnen ondervangen en kan de raad van toezicht zich bewust(er) richten op uitwisseling van standpunten en optimale besluitvorming.

#### 7.4.3 *Vergaderen*

Boek 2 BW kent, afgezien van algemene besluitvormingsregels, waaronder tegenstrijdig belangregels, nauwelijks regels over vergaderen en besluitvorming door het bestuur of de raad van toezicht. Anders dan bij vergaderingen van aandeelhouders, ontbreken in Boek 2 BW regels over de oproeping van een vergadering van de raad van toezicht, de gang van zaken tijdens de vergadering en

---

142. Bijvoorbeeld door gebruik te maken van een checklist, zie Kahneman, Lovallo & Sibony 2011, p. 54-60.

## HOOFDSTUK 7

het vastleggen van besluiten. In sommige governancecodes zijn enkele regels neergelegd over vergaderingen van de raad van toezicht, zoals de minimale vergaderfrequentie. De statuten en reglementen van een stichting kunnen meer uitgewerkte bepalingen over vergaderingen en besluitvorming door de raad van toezicht bevatten.

Mijns inziens zouden brancheorganisaties handreikingen kunnen opstellen, waarin aanwijzingen gegeven worden over effectief vergaderen, over de rol van de (vergader)voorzitter en over evenwichtige besluitvorming en zorgvuldige notulering.

### *Gezamenlijke vergadering met het bestuur?*

De raad van toezicht kan apart maar ook gezamenlijk met het bestuur vergaderen. Het voordeel van een gezamenlijke vergadering is dat de raad van toezicht tijdens de vergadering kan worden geïnformeerd door het bestuur over bepaalde onderwerpen. Voor NV's en BV's wordt de gezamenlijke vergadering apart genoemd in Boek 2 BW en voor de werking van bepaalde wetsartikelen als orgaan aangemerkt. Voor de stichting is dit niet geregeld, maar dat betekent niet dat gezamenlijk vergaderen niet toelaatbaar is.

Van belang is echter dat de raad van toezicht ook zonder bestuurders vergadert.<sup>143</sup> Het belang van zelfstandig vergaderen, zonder het bestuur, wordt onder meer benadrukt door de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties.<sup>144</sup>

Aparte vergaderingen dienen mijns inziens in ieder geval plaats te vinden als het gaat om het (her)benoemen of ontslaan van een bestuurder, als sprake is van tegenstrijdig belang van bestuurders of wanneer vergaderd wordt over goedkeuring van het beleid van de stichting. Onderwerpen die het eigen functioneren van de raad van toezicht betreffen lenen zich evenmin voor een vergadering waarbij het bestuur aanwezig is. Het gaat immers over de kwaliteit van toezicht, welk toezicht gehouden wordt op datzelfde bestuur. Echter, ook voor andere onderwerpen is het van belang dat de raad van toezicht vergadert zonder het bestuur, mede vanwege het de mogelijkheid dat leden van de raad van

---

143. Zie ook UK Corporate Governance Code 2016, onder A.4.2, waar staat “*the chairman should hold meetings with the non-executive directors without executives present. Led by the senior independent director, the non-executive directors should meet without the chairman present at least annually to appraise the chairman’s performance and on such other occasions as are deemed appropriate*”. Een afzonderlijke vergadering of bijeenkomst kan ook voor de gezamenlijke vergadering met het bestuur plaatsvinden. Zie ook Schuit & Jaspers 2017.

144. Rapport Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties 2014, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 4, p. 188.

toezicht (onbewust) worden beïnvloed door bestuurders (groepsdenken). Indien reeds een gezamenlijke vergadering gepland is, is het mogelijk om een voor- of nabespreking te houden zonder het bestuur.

*Vorbereiding van de vergadering: het belang van betrouwbare informatie*

Voor een vruchtbare vergadering en een inhoudelijk goede besluitvorming tijdens de vergadering is het essentieel dat de leden van de raad van toezicht goed voorbereid en goed ingelicht zijn.<sup>145</sup> Van belang is dat vooraf voldoende informatie ter beschikking is gesteld en dat leden van de raad van toezicht zich hebben kunnen voorbereiden, bijvoorbeeld door het houden van commissievergaderingen, gesprekken met bestuurders, maar bijvoorbeeld ook met de ondernemingsraad of met externe experts (zie ook par. 5.6). Hierna komt het onderwerp taakverdeling en het instellen van commissies aan de orde. Commissies kunnen een belangrijke rol spelen bij het voorbereiden van besluiten. Door ondersteunende processen goed te regelen kan de raad van toezicht tijdens de vergadering optimale besluiten nemen.

Zoals eerder werd opgemerkt, draagt het nemen van besluiten op basis van onvolledige of onjuiste informatie het risico in zich dat de verkeerde besluiten worden genomen. Bovendien werd opgemerkt dat, hoe complexer en omvangrijker de stichting en de groep waartoe zij behoort is, hoe groter het risico is dat de informatie onvoldoende is om een weloverwogen besluit te kunnen nemen. Dat betekent niet dat hoe groter de stichting is hoe meer informatie ter beschikking gesteld moet worden. Van belang is dat de informatie kwalitatief goed is, dat wil zeggen: actueel, begrijpelijk en *to the point*. Bij een grote, complexe stichting zal dan ook een filtering, samenvatting en voorselectie van de belangrijkste informatie plaatsvinden, bijvoorbeeld door de verantwoordelijke divisiedirecteuren, de ingestelde commissie of door hoger management. Indien de stichting een bestuurssecretaris heeft, dan kan deze een belangrijke rol vervullen bij de informatievoorziening.

Het ter beschikking stellen van relevante en betrouwbare informatie is dus essentieel in het kader van goede besluitvorming. Door de stichting zou inzichtelijk gemaakt kunnen worden welke informatie van tevoren is toegestuurd; bijvoorbeeld door een lijst van informatie die ter beschikking is gesteld bij de notulen te voegen. Bovendien kan in (een bijlage bij) de notulen vermeld worden welke vooroverleggen of informatiebijeenkomsten er over bepaalde onderwerpen hebben plaatsgevonden.

---

145. Zie ook Rapport NVTZ 2015, p. 5: 1.3.

## HOOFDSTUK 7

### *Agenda; rol van de vergadervoorzitter*

Vergaderingen kunnen plaatsvinden aan de hand van een agenda die van tevoren aan de leden van de raad van toezicht is toegestuurd. De voorzitter van de raad van toezicht zal doorgaans tijdens de vergadering optreden als vergadervoorzitter. In verband met besluitvorming en het al dan niet behalen van vereiste quora en meerderheden, zal hij vaststellen wie van de leden van de raad van toezicht bij de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd zijn. Overigens kan de raad van toezicht in zijn jaarlijkse verslag een overzicht geven van de aanwezigheid van de verschillende leden tijdens de vergaderingen die zijn gehouden.

Hiervoor werd de rol van de voorzitter genoemd in verband met tegenstrijdig belang. Indien er tijdens de vergadering een voorstel aan de orde komt waarbij een lid van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang heeft, kan de voorzitter het desbetreffende lid bijvoorbeeld verzoeken de vergadering tijdelijk te verlaten. De voorzitter leidt de discussie over verschillende agendapunten. Van belang is hoe een agendapunt of voorstel geformuleerd en gepresenteerd wordt. Als een voorstel of een vraag aan de raad van toezicht neutraal geformuleerd wordt, is het risico kleiner dat door de bewoording van het voorstel al richting wordt gegeven aan de discussie.<sup>146</sup>

De voorzitter dient er voor te zorgen dat degenen die een stem hebben tijdens de vergadering – de leden van de raad van toezicht of hun vertegenwoordigers – in de gelegenheid worden gesteld hun zienswijze naar voren te brengen. Hij bepaalt hoeveel tijd en ruimte er is voor discussie. Indien nodig, bijvoorbeeld indien het risico van groepsdenken zich voordoet, kan hij er voor kiezen om de discussie “uit te lokken”, bijvoorbeeld door een “advocaat van de duivel” aan te wijzen. Als er over bepaalde voorstellen formeel besloten moet worden, kan de voorzitter de wijze van besluitvorming bepalen (hand opsteken, wie zwijgt stemt toe, etc) en vaststellen wat de uitslag van de stemming is. De voorzitter heeft dus een belangrijke rol bij de formele gang van zaken rond het besluitvormingsproces.

Sommige governancecodes bevatten specifieke bepalingen over de taak van de voorzitter van de raad van toezicht. Zo bepaalt de Governancecode woningcorporaties 2015 (GCW 2015) dat de voorzitter er op toe ziet dat de raad als een team goed kan functioneren.<sup>147</sup>

---

146. Neutraal is bijvoorbeeld de vraag: “Hoe functioneren de bestuurders?” terwijl de vraag “Functioneren de bestuurders voldoende?” een andere reactie kan oproepen.

147. Zie bijvoorbeeld 3.22 GCW 2015. Vergelijk ook 2.3.6 NCGC 2016.



#### 7.4.4 *Besluitvorming en stemmen*

Tenzij in de statuten anders is bepaald, worden besluiten van de raad van toezicht genomen met een gewone meerderheid van de uitgebrachte stemmen. Voor bepaalde belangrijke besluiten kan een zwaardere (gekwaliceerde) meerderheid of unanimitieit van stemmen worden voorgeschreven in de statuten. De statuten kunnen bovendien een quorum bevatten.

##### *Vrucht van onderling overleg*

Uit de rechtspraak en algemene rechtsbeginselen (zoals artikel 2:8 BW) volgt dat ieder lid van de raad van toezicht aan de besluitvorming moet kunnen meewerken. Uit het Wijsmuller-arrest uit 1968 blijkt dat, bij statutair voorziene besluitvorming door een meerhoofdig orgaan van een rechtspersoon, het besluit tot stand moet komen als vrucht van onderling overleg van alle leden van dat orgaan die, na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld, aan dat overleg wensen deel te nemen.<sup>148</sup> Dat betekent niet dat alle leden van de raad van toezicht aanwezig moeten zijn om het besluit te kunnen nemen (tenzij dat vereist in verband met het voorgeschreven quorum), maar wel dat alle leden in de gelegenheid moeten zijn gesteld om aan het overleg deel te nemen.<sup>149</sup>

Besluiten van de raad van toezicht komen dus in beginsel tot stand via een proces van onderlinge menings- en besluitvorming. Hoewel dit uitgangspunt van belang is, zal het niet altijd de realiteit zijn. Bij bestuursbesluiten is het zelfs niet meer in alle gevallen voorgeschreven dat het gehele bestuur een besluit neemt. Bij een *one tier board* kunnen de statuten mogelijk maken dat één of meer bestuurders die een taak toebedeeld hebben gekregen een besluit nemen dat vervolgens geldt als een besluit van het hele bestuur (artikel 2:129a/239a lid 3 BW en artikel 2:9a lid 2 Wetsvoorstel btrp). In de praktijk zullen besluiten van de raad van toezicht, evenals bestuursbesluiten, bovendien soms genomen worden zonder dat de raad zich daarvan bewust is: er wordt niet altijd uitdrukkelijk gestemd omdat, soms na enige discussie, duidelijk is dat het besluit kan rekenen op algemene instemming.<sup>150</sup>

148. HR 15 juli 1968, *NJ* 1969/101 (Wijsmuller).

149. Hof Amsterdam 7 februari 2012, *RO* 2012/23 en *JOR* 2012/76 met noot Blanco Fernández (Cruiff/Ajax).

150. Kroeze 2013, p. 867.

## HOOFDSTUK 7

### *Gekwalificeerde meerderheden*

Als er geen zwaardere meerderheid is voorgeschreven, is het uitgangspunt dat besluiten worden genomen met een gewone meerderheid van stemmen. In het algemeen zal een raad van toezicht op consensus gericht zijn. Dit streven naar consensus kan bijvoorbeeld ook in een reglement tot uitdrukking worden gebracht. Het idee is dan dat iedereen, ook degenen die aanvankelijk een afwijkende mening hadden, overtuigd moet zijn.

Indien ook formeel wordt voorgeschreven dat besluiten slechts unaniem genomen kunnen worden, betekent dat in feite dat ieder lid van de raad van toezicht een vetorecht heeft. Indien over alles formeel unanimiteit bereikt moet worden, kan dat praktisch onwerkbaar zijn. Om die reden kan bepaald worden dat slechts voor bepaalde besluiten die de raad van toezicht belangrijk acht, een versterkte meerderheid of unanimiteit geldt.

Hiervoor in hoofdstuk 4 werd betoogd dat voor iedere stichting die een (vrijwillige of verplichte) raad van toezicht heeft geldt dat de raad betrokken zou moeten worden bij besluiten die ertoe kunnen leiden dat het stichtingsvermogen een andere bestemming krijgt, dat wil zeggen: besluiten tot doelwijziging, omzetting in een andere rechtsvorm, juridische fusie met en afsplitsing naar een stichting met een ander doel, oprichting van dochtervennootschappen, ontbinding van de stichting en/of bestemming van het liquidatiesaldo. Besluiten van de raad van toezicht op deze gebieden zijn naar mijn mening op zichzelf dusdanig belangrijk dat zij, afhankelijk van de samenstelling van de raad van toezicht, een gekwalificeerde meerderheid of instemming van bepaalde leden kunnen rechtvaardigen. Ook andere ingrijpende besluiten van de raad van toezicht, zoals het besluit een bestuurder te benoemen of te ontslaan, kunnen onderworpen worden aan een gekwalificeerde meerderheid teneinde te voorkomen dat zij te gemakkelijk genomen worden.

Sommige besluiten zijn van belang voor de aard van de werkzaamheden en de bevoegdheden van de raad van toezicht. Leden van de raad van toezicht zullen bijvoorbeeld controle willen houden op besluiten die de governancestructuur van de stichting betreffen en besluiten tot wijziging van de bevoegdheden van het bestuur en de raad van toezicht. Ook besluiten tot samenwerking met, fusie met of toetreding tot een groeps- of samenwerkingsverband kunnen leiden tot wijziging van de bevoegdheden van de raad van toezicht en de aard van de werkzaamheden van de raad van toezicht.

Bovendien zijn sommige besluiten belangrijk voor bepaalde groepen belanghebbenden. Als deze belanghebbenden een “eigen” lid van de raad van toezicht hebben benoemd of voorgedragen, zullen ze ook wensen dat “hun” lid betrokken is bij deze besluiten. Een subsidiërende gemeente, die een lid heeft

voorgedragen of benoemd, zal bijvoorbeeld wensen dat dit lid betrokken is bij besluiten tot het doen van grote investeringen. Het kan ook wenselijk zijn te regelen dat bepaalde leden van de raad vanwege hun deskundigheid moeten instemmen met specifieke besluiten.

Om verschillende van de hiervoor genoemde redenen kunnen de statuten een versterkte meerderheid, een quorum of instemming van bepaalde leden van de raad van toezicht (vetorechten) voorschrijven.<sup>151</sup> Ook kan het instrument van meervoudig stemrecht worden gebruikt.

#### *Meervoudig stemrecht*

Uitgangspunt is dat ieder lid van de raad van toezicht één stem heeft, ook als er niets in de statuten of een reglement is geregeld. Voor NV's en BV's bepaalt de wet uitdrukkelijk dat de statuten aan een met name of in functie aangeduide commissaris meer dan één stem kunnen geven (artikel 2:140 en 250 lid 4 BW). Aan deze wettelijke regel is toegevoegd dat een commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere commissarissen tezamen. Vooralsnog bevat de wet voor leden van de raad van toezicht van een stichting geen vergelijkbare regeling. Onduidelijk is dan ook of het toekennen van meervoudig stemrecht aan een lid van de raad van toezicht nu reeds mogelijk is. Ik meen dat, ondanks het ontbreken van een wettelijke bepaling, voor bestuurders en leden van de raad van toezicht van een stichting hetzelfde geldt als voor bestuurders en commissarissen van een kapitaalvennootschap.<sup>152</sup>

In het Wetsvoorstel btrp is een bepaling opgenomen die duidelijk maakt dat meervoudig stemrecht voor leden van de raad van toezicht van de stichting mogelijk is (artikel 11 lid 5 Wetsvoorstel btrp). De statuten kunnen op grond van het Wetsvoorstel btrp bepalen dat aan een met name of in functie aangeduid lid van de raad van toezicht meer dan één stem wordt toegekend. Een voorbeeld van een in functie aangeduid lid van de raad van toezicht aan wie meer stemmen kunnen worden toegekend is de voorzitter. De MvT bij het Wetsvoorstel btrp noemt een ander voorbeeld van een lid met meervoudig stemrecht: het lid dat is benoemd door een subsidieverschaffer in het geval dat de subsidieverschaffer bedingt dat extra gewicht wordt toegekend aan het inzicht van dit door hem benoemde lid.

151. Overigens dienen regelingen met quora ook afgestemd te worden op de mogelijkheid dat zich een tegenstrijdig belang voordoet. Zo kan bijvoorbeeld in de statuten opgenomen worden dat het bestuur ter vergadering alleen geldige besluiten kan nemen indien de meerderheid van de in functie zijnde bestuurders die geen tegenstrijdig belang hebben ter vergadering aanwezig is. Zie ook Van Uchelen-Schipper 2015a.

152. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/282.

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of de regel voor NV's en BV's dat een commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere commissarissen tezamen ook geldt voor de raad van toezicht van de stichting.<sup>153</sup> Ik meen dat deze begrenzing, hoewel de wet daar vooralsnog niets over bepaalt, ook zou moeten gelden voor de stichting. De gedachte is immers dat de overige leden van de raad van toezicht niet volledig buiten spel gezet mogen worden.

Het Wetsvoorstel btrp trekt wat dit betreft één lijn voor alle rechtspersonen en verklaart de begrenzing uitdrukkelijk ook van toepassing voor de stichting. Als de raad van toezicht vier leden heeft kunnen aan één lid bijvoorbeeld niet meer dan drie stemmen worden toegekend. Als de raad van toezicht bijvoorbeeld vier "gewone leden" heeft en daarnaast twee "bijzondere leden", die op voordracht van of door een bepaalde groep of (overheids)instantie zijn benoemd, kan aan elk van de bijzondere leden vijf stemmen worden toegekend. Daarmee hebben de bijzondere leden niet individueel maar wel gezamenlijk een doorslaggevende stem of vetorecht, mits zij gelijk stemmen.<sup>154</sup>

*Staking van stemmen; het betrekken van derden*

Naast de mogelijkheid van meervoudig stemrecht is het (nu reeds) mogelijk om te bepalen dat een lid van de raad van toezicht, bijvoorbeeld de voorzitter, een doorslaggevende stem heeft ingeval van staking van stemmen. Staking van stemmen leidt er immers toe dat er geen besluit tot stand kan komen, hetgeen niet in het belang van de stichting zal zijn.

De combinatie van meervoudig stemrecht en een doorslaggevende stem is naar mijn mening in sommige gevallen niet mogelijk. Indien de raad van toezicht in totaal vier leden heeft kan niet aan één lid én drie stemmen én een doorslaggevende stem ingeval van staking van stemmen worden gegeven. Daarmee wordt de begrenzing immers feitelijk alsnog overtreden. Indien de raad van toezicht uit twee personen bestaat en aan één lid een doorslaggevende stem wordt toegekend, geldt mijns inziens hetzelfde als voor meervoudig stemrecht: dit leidt er toe dat het ene lid steeds besluiten kan doordrukken en het andere lid feitelijk buiten spel staat. Een regeling dat bij staking van stemmen het voorstel is verworpen ligt in dat geval meer voor de hand.

Discussie is mogelijk over de vraag of aan een ander dan een lid van de raad van toezicht een doorslaggevende stem kan worden toegekend ingeval van staking van stemmen. Sommigen menen dat wat betreft staking van stemmen in het bestuur de doorslaggevende stem weliswaar aan een ander kan worden toegekend, maar dat deze persoon deel moet uitmaken van een ander orgaan van de

---

153. Zie hierover onder meer Schoonbrood & Meppelink 2016.

154. Dortmund 2008.

rechtspersoon.<sup>155</sup> Andere auteurs menen dat ook een derde, die niet deel uitmaakt van een orgaan, kan worden aangewezen, maar dat hiervoor vereist is dat de statuten dit kenbaar maken.<sup>156</sup>

Een belangrijk argument tegen het betrekken van een derde is mijns inziens dat een derde, anders dan leden van de raad van toezicht, niet op grond van de wet gehouden is zich te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie (zie dezelfde afweging hiervoor bij het toekennen van bevoegdheden aan een derde in geval van tegenstrijdig belang van alle leden van de raad van toezicht). Bovendien zal de derde in de meeste gevallen niet beschikken over informatie en/of deskundigheid die nodig is om de voor de stichting meest adequate beslissing te nemen.<sup>157</sup> Een praktische oplossing zou daarom kunnen zijn om in de statuten of in een reglement te bepalen dat de raad van toezicht ingeval van staking van stemmen ten aanzien van bepaalde onderwerpen, bijvoorbeeld onderwerpen die de jaarrekening of de financiën van de stichting betreffen, advies moet inwinnen van een derde, bijvoorbeeld een onafhankelijke accountant of een andere deskundige. Vervolgens dient de raad van toezicht het voorstel, met inachtneming van dit advies, te heroverwegen en wordt het voorstel opnieuw in stemming gebracht in de vergadering. Daarbij blijft voor leden van de raad van toezicht ruimte voor een eigen belangenafweging; zij zullen in een voorkomend geval gemotiveerd van het advies kunnen afwijken.

*Regelingen over besluitvorming in statuten of reglement?*

In de literatuur is de vraag gesteld of regels met betrekking tot besluitvorming en stemmen door (het bestuur en) het toezichthoudende orgaan van een rechtspersoon in de statuten opgenomen moeten worden of dat zij ook in een reglement kunnen staan. Wat betreft sommige aspecten van besluitvorming bepaalt de (toekomstige) wet uitdrukkelijk dat zij in de statuten moeten worden vastgelegd.<sup>158</sup> Zo geldt op grond van artikel 11 lid 5 Wetsvoorstel btrp bijvoorbeeld dat een regeling van meervoudig stemrecht binnen de raad van toezicht in de statuten opgenomen moet worden. Aangezien over vereiste meerderheden en quora niets geregeld is, bestaat discussie of dergelijke regels in een reglement opgenomen kunnen worden.<sup>159</sup> Het verschil tussen statuten en

155. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/419 en Van Solinge & Nowak 2002, p. 432 e.v.

156. Schoonbrood 2002 en Schoonbrood & Meppelink 2016.

157. Zie over de vergelijkbare situatie van escalatie naar de algemene vergadering van een NV of BV bij tegenstrijdig belang van alle commissarissen: Lennarts & Boschma 2008.

158. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/420.

159. Gediscussieerd wordt met name over bestuursbesluiten, maar voor besluiten van de raad van toezicht geldt mijns inziens hetzelfde.

## HOOFDSTUK 7

een reglement is dat statuten inzichtelijk zijn voor derden middels het handelsregister en een reglement niet, tenzij het reglement bijvoorbeeld op een eigen, voor derden vindbare, website van de stichting is geplaatst. Een ander verschil is dat een besluit van de raad van toezicht dat is genomen in strijd met een reglement vernietigbaar is (art 2:15 lid 1 sub c BW), terwijl een besluit van de raad dat is genomen in strijd met een statutair voorgeschreven meerderheid of quorum nietig is (artikel 2:14 BW).<sup>160</sup> Voor vernietiging van een besluit wegens het niet acht nemen van een reglementaire bepaling geldt dat de belanghebbende een erg korte termijn heeft om actie te ondernemen: binnen een jaar nadat hij van het besluit kennis heeft genomen moet hij de vernietiging inroepen (artikel 2:15 lid 5 BW).

Sommige auteurs menen dat in een reglement weliswaar afwijkingen van de normale besluitvorming (zoals een versterkte meerderheid) opgenomen kunnen worden, maar dat de statuten daarvoor wel een basis moeten bieden. De statuten dienen dus uitdrukkelijk te voorzien in de mogelijkheid van het vaststellen van een reglement.<sup>161</sup> Volgens anderen kan de raad van toezicht in een reglement regels over gekwalificeerde meerderheden en quora opnemen, ook zonder een expliciete verwijzing in de statuten naar (besluitvorming in) een reglement.<sup>162</sup>

Hoewel de wet daar niets over bepaalt, meen ik dat het in beginsel de voorkeur heeft om regelingen over meerderheden en quora, net als een regeling over staking van stemmen, in de statuten op te nemen, aangezien dergelijke bepalingen essentieel zijn voor de geldigheid van het besluit en daarmee relevant zijn voor derden om in te kunnen zien. Voorbereidende aspecten van besluitvorming, zoals de wijze van oproeping voor een vergadering, zien op de totstandkoming van een besluit<sup>163</sup> en kunnen naar mijn mening, evenals aspecten die zien op de vastlegging van reeds genomen besluiten, in ieder geval wel in een reglement opgenomen en uitgewerkt worden.

---

160. Het voldoen aan een statutair vereiste meerderheid of een quorum is mijns inziens geen totstandkomingsvereiste, zodat artikel 2:15 lid 1 sub a BW niet van toepassing is. Zie ook Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/282.

161. Van Solinge & Nowak 2002, p. 432 e.v. Bij voorkeur wordt in de statutaire bepaling ook genoemd wat er in het reglement kan worden uitgewerkt. Een voorbeeld van een statutaire bepaling is de volgende: "Regels omtrent besluitvorming door de raad van toezicht kunnen worden uitgewerkt in een reglement dat wordt opgesteld door de raad van toezicht."

162. Schoonbrood & Meppelink 2016.

163. Ook de wetgever maakt blijkens artikel 2:15 lid 1 BW een onderscheid tussen voorschriften die de geldigheid van het besluit bepalen en totstandkomingsvoorschriften.

*Stemvolmacht*

Als een lid van de raad van toezicht verhinderd is om een vergadering bij te wonen, kan hij overwegen een ander een volmacht te geven om namens hem de vergadering bij te wonen en in de vergadering een stem uit te brengen. Algemeen wordt echter aangenomen dat het slechts is toegestaan om een volmacht te geven aan een medelid van de raad van toezicht en niet aan andere personen.<sup>164</sup> Net als het toekennen van een doorslaggevende stem aan een derde, zou beargumenteerd kunnen worden dat het onwenselijk of zelfs ongeoorloofd is om een derde namens het lid van de raad van toezicht deel te laten nemen aan de vergadering van de raad van toezicht. Voor de derde geldt immers geen wettelijke norminstructie; dat wil zeggen: hij hoeft zich niet te richten naar het belang van de stichting en de daarmee verbonden onderneming op grond van artikel 2:9 BW (tenzij dat in de volmacht uitdrukkelijk wordt opgenomen). Bovendien geldt voor een derde niet dat hij de eisen van redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 2:8 BW in acht hoeft te nemen, aangezien hij niet bij de organisatie van de stichting betrokken is. Voorts beschikt de derde mogelijk niet over de benodigde informatie en voldoet hij wellicht niet aan de eisen (zoals deskundigheidsvereisten) die worden gesteld aan leden van de raad van toezicht. De taak van een lid van de raad van toezicht is een persoonlijke taak en gezegd kan worden dat een lid van de raad van toezicht zijn oordeel niet aan anderen dan eventueel medeleden van de raad van toezicht zou moeten overlaten.

Het is mijns inziens aan te raden om, ter voorkoming van discussies, uitdrukkelijk in de statuten te bepalen dat een lid van de raad van toezicht slechts aan zijn medeleden van de raad van toezicht een volmacht kan geven om namens hem de vergadering bij te wonen en daarin een stem uit te brengen. Aan een dergelijke statutaire bepaling kan toegevoegd worden dat een lid van de raad van toezicht slechts gevolmachtigde kan zijn voor één ander lid. Daarmee kan worden voorkomen dat een lid van de raad van toezicht stemmen gaat “ophalen” bij zijn medeleden die verhinderd zijn. Een volgende vraag is, of een lid van de raad van toezicht dat is verhinderd, degene die hij volmacht geeft geheel vrij kan laten ten aanzien van de wijze van stem uitbrenging. Met andere woorden: kan een lid van de raad van toezicht een blancovolmacht afgeven aan een medelid of moet hij een min of meer concrete steminstructie geven? In de literatuur wordt, mijns inziens terecht, aangenomen dat de volmacht betrekking moet hebben op een concrete en overzienbare situatie, zodat de volmachtgever zelf kan toekomen aan een verantwoorde bepaling bij voorbaat van de uit te brengen stem (een steminstructie dus).<sup>165</sup> Onder omstandigheden is het denkbaar dat een lid voor een bepaalde vergadering een meer algemene volmacht aan het medelid

---

164. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/423 en 496.

165. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/423 en 496.

geeft, bijvoorbeeld als de voorstellen waarover in de vergadering gestemd gaat worden (nog) niet exact omschreven zijn, maar wel globaal duidelijk is wat aan de orde gaat komen. Als voorwaarde blijft dan mijns inziens gelden dat de situatie voor de volmachtgever concreet en overzienbaar moet zijn.

*Stemovereenkomst*

Een discussie, die raakvlakken heeft met en voortbordurt op de discussie over de toelaatbaarheid van een stemvolmacht, is de discussie over de vraag of een lid van de raad van toezicht een stemovereenkomst met de andere leden van de raad en/of met anderen (derden) kan sluiten.

De taak van leden van de raad van toezicht is, evenals als de taak van bestuurders, een persoonlijke taak die in beginsel niet overdraagbaar is.<sup>166</sup> Als gezegd komen besluiten van de raad van toezicht tot stand als vrucht van onderling overleg, waarbij rekening gehouden dient te worden met het belang van de stichting. Daarmee lijkt zich in beginsel niet te verdragen dat een lid van de raad van toezicht zich bij voorbaat middels een stemovereenkomst bindt ten aanzien van de uitoefening van zijn stem.

In de literatuur wordt beargumenteerd dat het stemrecht van een lid van de raad van toezicht (of een commissaris) geen voorwerp van contractuele binding kan zijn en dat een stemovereenkomst in de regel ongeoorloofd is.<sup>167</sup> Sommige auteurs menen dat functionarissen van een rechtspersoon, zoals leden van de raad van toezicht, zich in beginsel wel contractueel kunnen binden, maar dat steeds moet worden bezien of tegen de concrete overeenkomst bezwaren bestaan, mede met het oog op het belang van de rechtspersoon.<sup>168</sup>

Mijns inziens zal bijvoorbeeld ongeoorloofd en dientengevolge nietig zijn een overeenkomst waarin een lid van de raad van toezicht zich bij voorbaat jegens een derde, bijvoorbeeld de instantie die hem heeft voorgedragen, verbindt om op een bepaalde manier te stemmen, bijvoorbeeld over de benoeming of het ontslag van een bestuurder.<sup>169</sup> Mijns inziens strookt dit niet met het beginsel dat een lid van de raad van toezicht zich dient te richten naar het belang van de stichting en in het concrete geval zelfstandig en onafhankelijk dient af te wegen of het desbetreffende voorstel in het belang van de stichting en de daarbij betrokken belanghebbenden is.

---

166. Blanco Fernández noemt dit een “ambtelijke bevoegdheid” (Blanco Fernández 2017).

167. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/423 en 496. Zie ook Asser/Rensen 2 III\* 2012/338 en Schmieman in zijn noot bij Rechtbank Arnhem 10 december 2008, *JOR* 2009/34 (Gelredome).

168. Blanco Fernández 2017.

169. Zie ook Hof Den Bosch 13 april 2004, *JOR* 2004/225 (Poot/Bakker) met noot Blanco Fernández.



Een lid van de raad van toezicht kan zich bijvoorbeeld wel binden om een bepaalde procedure te volgen wanneer hij dat wenselijk acht voor een correcte besluitvorming. Zo kunnen leden van de raad van toezicht bijvoorbeeld afspreken dat zij in geval van staking van de stemmen het advies van een derde zullen opvolgen (zie ook hiervoor).<sup>170</sup> Ik merk daarbij op dat het meer voor de hand ligt om een dergelijke regeling in statuten of in een reglement op te nemen. Een contract geldt immers tussen bepaalde leden van de raad van toezicht terwijl statuten en een reglement gelden voor de op dat moment in functie zijnde leden van de raad van toezicht.

#### 7.4.5 *Besluitvorming buiten vergadering*

De raad van toezicht kan ook buiten vergadering (op papier) besluiten nemen. Net als bij besluitvorming in vergadering moeten bij besluitvorming buiten vergadering alle leden van de raad van toezicht in de gelegenheid worden gesteld om een stem uit te brengen. Voor besluiten buiten vergadering gelden dezelfde meerderheidsvereisten als voor besluiten die in vergadering worden genomen, tenzij de statuten anders bepalen. Unanimititeit is dus niet vereist, tenzij de statuten dat voorschrijven, maar wel is vereist dat geen van de leden van de raad van toezicht zich tegen deze wijze van besluitvorming heeft verzet. Anders dan in een vergadering is het bij besluitvorming buiten vergadering immers niet mogelijk om standpunten uit te wisselen. Vanwege het feit dat eenmaal genomen besluiten gelden als een besluit van de raad van toezicht, ook als een van de leden heeft tegengestemd, is van belang dat inzichten tussen de leden van de raad van toezicht kunnen worden uitgewisseld. Uit het principe dat het besluit in beginsel een “vrucht van onderling overleg” is, vloeit mijns inziens voort dat leden van de raad van toezicht kunnen verlangen dat er een gewone vergadering wordt gehouden, tenzij zich bijzondere omstandigheden voordoen.<sup>171</sup>

Bij “papieren besluitvorming” of besluitvorming via emailverklaringen is niet altijd duidelijk of achteraf te herleiden wanneer het besluit precies is genomen. Vaak vormen alle losse (stem- en/of akkoord)verklaringen tezamen het besluit en wordt het besluit geacht te zijn genomen op het moment dat de laatste verklaring is afgegeven. In de statuten kan om die reden worden bepaald dat de secretaris en/of voorzitter van de raad bijhoudt en op schrift stelt welke besluiten zijn genomen, bijvoorbeeld in een schriftelijke besluitenlijst. Als het belangrijke besluiten betreft kan de secretaris of voorzitter in de eerstvolgende vergadering

170. Zie ook Blanco Fernández 2017.

171. Asser/Rensen 2 III\* 2012/138. Zie hierover ook, in iets striktere zin, Van Solinge & Nowak 2002, p. 432 e.v.

## HOOFDSTUK 7

de besluiten(lijst) en de datum waarop de besluiten zijn genomen laten bevestigen. Uiteraard geldt ook voor besluiten die in vergadering zijn genomen dat van belang is dat duidelijk gedocumenteerd wordt welke besluiten wanneer zijn genomen.

### 7.4.6 *Zorgvuldige verslaglegging van besluiten: notuleren*

Het doel van het opmaken van notulen is dat, op hoofdlijnen, komt vast te liggen wat is besproken tijdens de vergadering. Notulen van vergaderingen van de raad van toezicht hebben dus primair een interne functie: in de notulen wordt de interne besluitvorming vastgelegd. Daarin kan tevens inzichtelijk worden gemaakt hoe het besluit tot stand is gekomen, wat de inhoudelijke afwegingen waren om tot het besluit te komen en wat de discussiepunten waren. Daarnaast hebben notulen een bewijsfunctie, bijvoorbeeld in het kader van procedures,<sup>172</sup> maar ook eventueel toekomstig *due diligence* onderzoek en externe *audits*. Delen van notulen of uittreksels uit de notulen kunnen ook via de website van de stichting openbaar gemaakt worden, teneinde de werkwijze ten aanzien van en besluitvorming over bepaalde onderwerpen binnen de stichting inzichtelijk te maken. Vanwege de belangrijke functie van notulen is van belang dat op accurate en, zo mogelijk, onpartijdige wijze wordt vastgelegd wat er is besproken en besloten tijdens een vergadering.<sup>173</sup>

#### *Wijze van notuleren*

De wijze van notuleren en de notuleerstijl zijn mede afhankelijk van de aard, werkzaamheden en omvang van de rechtspersoon. Bovendien hangt de wijze van notuleren af van de specifieke taak van de raad van toezicht en (het belang van) de onderwerpen die besproken worden. De raad van toezicht maakt zelf

---

172. Indien er een geschil is en er wordt gekeken naar de handelwijze van (bestuurders en/of) leden van de raad van toezicht, blijkt dat notulen bewijskracht hebben, zowel in positieve zin (ter disculpatie) als in negatieve zin, bijvoorbeeld in aansprakelijkheidsprocedures, enquêteprocedures en faillissementsonderzoeken van curatoren. Zie Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, *JOR* 2013/102 (Van der Moolen) met noot Strik.

173. In het Verenigd Koninkrijk heeft het ICSA (The Governance Institute) in mei 2016 een consultatiedocument gepubliceerd over het notuleren van *board meetings*, getiteld 'The practice of minuting meetings' [www.icsa.org.uk/knowledge/governance-and-compliance/features/october-2016-minuting-meetings](http://www.icsa.org.uk/knowledge/governance-and-compliance/features/october-2016-minuting-meetings). Aanleiding was het onderzoek naar de ondergang van de HBOS-bank, waaruit bleek dat notulen regelmatig niet toereikend waren om te achterhalen wat was overwogen en besloten; voorts bleek dat notulen soms totaal ontbraken. Met de consultatie werd beoogd kaders in kaart te brengen waaraan notulen dienen te voldoen, niet alleen voor financiële instellingen maar voor allerlei soorten bedrijven en instellingen. Onderdelen van de uitkomsten van de reacties op dit consultatiedocument zijn, voor zover het algemene principes betreft, ook interessant voor vergaderingen van de raad van toezicht. In het hierna volgende zijn enkele constateringingen naar aanleiding van de consultatie verwerkt.

een keuze over de wijze van notuleren en de gedetailleerdheid van de notulen. In dat verband is mede van belang in welke sector de stichting opereert, de eisen die sectorregels stellen en hetgeen gebruikelijk is in die sector. Notulen zeggen veel over de cultuur van een organisatie.<sup>174</sup> De notulen dienen in ieder geval inzicht te geven in de belangrijkste discussiepunten, de genomen besluiten, in sommige gevallen de overwegingen die aan de besluiten ten grondslag lagen en eventuele actiepunten die opgevolgd moeten worden. Notulen hoeven geen letterlijke weergave van de vergadering te zijn, maar zijn een samenvatting van de belangrijkste discussiepunten. Van belang is dat geen belangrijke zaken weggelaten worden die wel besproken zijn en andersom mogen geen punten toegevoegd worden die tijdens de vergadering niet aan de orde zijn gekomen.

Mede gelet op de hiervoor genoemde mogelijk aanvullende functie van notulen (in het kader van procedures, maar ook eventueel toekomstig *due diligence* onderzoek en externe *audits*), is het van belang dat ook de niet-aanwezige leden, toekomstige leden van de raad van toezicht en in enkele gevallen buitenstaanders de besluitvorming in de notulen kunnen volgen en begrijpen. In sommige gevallen is het belangrijk dat notulen meer gedetailleerd zijn, bijvoorbeeld om inzicht te geven in de *dissenting opinions*. Zorgvuldige notulering kan een tijdrovend proces zijn. Het feit dat anderen dan de leden van de raad van toezicht zelf de notulen onder ogen (kunnen) krijgen, kan er echter ook toe leiden dat juist minder gedetailleerde notulen worden opgesteld. Bijvoorbeeld notulen die zijn voorbereid en opgesteld door juristen of adviseurs in het kader van een transactie, zullen minder gedetailleerd zijn omdat de beslissing daarover feitelijk al eerder genomen was en de vastlegging van (opvolgende) besluiten slechts nog een juridische formaliteit is.

Indien er een secretaris is, kan aan hem de taak worden toebedeeld om de notulen op te stellen. Deze secretaris kan een lid van de raad van toezicht zijn, maar bijvoorbeeld ook een werknemer van de stichting kan als notulist fungeren. Vaak zal dit laatst de voorkeur hebben, als daartoe ten minste de mogelijkheid bestaat, aangezien het lastig zal zijn om zowel actief aan de vergadering deel te nemen als vast te leggen wat er tijdens de vergadering is besproken.

De raad van toezicht is als geheel eindverantwoordelijk voor de inhoud van de notulen van zijn vergadering. De notulen kunnen in concept aan de raad van toezicht worden toegestuurd voordat ze, al dan niet met wijzigingen of aanvullingen door leden van de raad van toezicht, formeel worden goedgekeurd of vastgesteld, bijvoorbeeld in de eerstvolgende vergadering. Ten blijke van het feit dat de notulen zijn vastgesteld, kunnen deze ondertekend worden door de voorzitter en de secretaris.

---

174. Marcel Pheijffer in het *Financieele Dagblad*, 22 juni 2016.

## HOOFDSTUK 7

### *Inhoud notulen*

Als de vergaderingen van de verschillende stichtingen gecombineerd worden, bijvoorbeeld indien sprake is van stichtingen die gelieerd zijn door een personele unie, is van belang dat duidelijk wordt aangegeven in welke hoedanigheid (bij welke stichting) wordt vergaderd en in welke hoedanigheid (voor welke stichting) een besluit wordt genomen.

In de notulen wordt vastgelegd welke leden van de raad van toezicht aanwezig waren tijdens de vergadering en wie zich afgemeld hadden. Aangegeven wordt of het eventueel noodzakelijke quorum behaald is. Voorts wordt vermeld wie er buiten de leden van de raad van toezicht aanwezig waren op de vergadering (bestuurders, deskundigen, etc). Van belang is om uitdrukkelijk vast te leggen welke leden van de raad van toezicht vanwege een tegenstrijdig belang bij een of meer onderwerpen niet aanwezig waren bij de behandeling van één of meer agendapunten. Eventueel kan een lijst (opsomming) van stukken, die voorafgaand aan de vergadering aan de leden van de raad van toezicht zijn toegestuurd, bij de notulen worden gevoegd. Ook kunnen kopieën van presentaties die tijdens de vergadering zijn gegeven als bijlage bij de notulen worden gevoegd.

Wat betreft besluitvorming zal in de notulen vastgelegd worden op welke wijze besluiten zijn genomen, wie voor en wie tegen het voorstel waren, wat de argumenten voor en tegen waren en wat de doorslag heeft gegeven. Een tegenstimmend lid kan verzoeken zijn tegenstem vast te laten leggen, bijvoorbeeld omdat hij in verband met mogelijke (aansprakelijkheids-)procedures wil kunnen aantonen dat hij het niet met het voorstel eens was.

Aangezien de opzet van de notulen, met inachtneming van de hiervoor genoemde punten, doorgaans hetzelfde zal zijn, kan de stichting gebruik maken van een eigen model waarin een aantal juridische standaardbepalingen is opgenomen. Een model of instructie voor de notulen kan een handvat en een controlemiddel zijn in verband met zuivere besluitvorming. De wijze van vergaderen, het tot stand komen en vastleggen van besluiten en de kwaliteit van de notulen zijn punten die in de in hierna te noemen (zelf)evaluatie van de raad van toezicht terug kunnen komen.

### *Openbaar maken notulen*

De raad kan besluiten om (delen van) de notulen openbaar te maken, bijvoorbeeld op een website van de stichting. Hierbij dient echter bedacht te worden dat het openbaar maken van de (volledige) notulen er toe kan leiden dat een ander soort vergadering wordt gehouden. De vergadering, waarvan de notulen gepubliceerd worden, wordt bijvoorbeeld een meer formele vergadering, terwijl de werkelijke discussie en positionering verschuift naar een “voorvergadering”.

Hoewel het van belang is dat discussie wordt gevoerd en dat dit in de notulen inzichtelijk wordt gemaakt, is het niet altijd in het belang van de stichting om volledige openheid te bieden over discussies binnen de raad van toezicht. Twijfel aan de eensgezindheid van de raad van toezicht ten aanzien van het bestuursbeleid kan de stichting en de daarmee verbonden onderneming juist schaden.<sup>175</sup>

#### 7.4.7 *Samenvatting en conclusies*

Leden van de raad van toezicht dienen hun besluiten zorgvuldig en zo veel mogelijk rationeel te nemen. Indien het besluitvormingsproces, de wijze van besluitvorming, van tevoren goed gestructureerd en vastgelegd is, zal dit de kwaliteit van besluitvorming ten goede komen. Van belang is dat het besluitvormingsproces inzichtelijk is en dat duidelijk is wat verwacht wordt van leden van de raad van toezicht.

De mogelijkheid om standpunten uit te wisselen, *dissenting opinions* te horen en zo veel mogelijk een onafhankelijk oordeel te kunnen vormen zal er aan bijdragen dat besluiten worden genomen die in het belang van de stichting zijn. Onafhankelijk denken en onafhankelijk optreden van leden van de raad van toezicht kan echter belemmerd en vertroebeld worden door psychologische factoren, zoals groepsdenken. Deze “ vertroebelende factoren ” zouden doorbroken of zo veel mogelijk geneutraliseerd kunnen worden door de juridische en procedurele aspecten van de vergaderingen zo goed mogelijk te regelen. De voorzitter van de raad van toezicht speelt daarbij een belangrijke rol.

De voorzitter dient er voor zorg te dragen dat leden van de raad van toezicht voorafgaand aan de vergadering een duidelijke agenda en benodigde informatie hebben ontvangen. Tijdens de vergadering kan de voorzitter, indien nodig, de discussie en wijze van besluitvorming op verschillende manieren vormgeven en bevorderen, bijvoorbeeld aan de hand van een checklist.

Ieder lid van de raad van toezicht moet aan de besluitvorming kunnen meewerken en dient in de gelegenheid gesteld te worden de vergadering bij te wonen. Vanwege de persoonlijke taak van leden van de raad van toezicht dient een lid zelf aan vergaderingen en besluitvorming deel te nemen. De statuten kunnen het mogelijk maken dat een lid van de raad van toezicht dat verhinderd is om een vergadering bij te wonen, een volmacht kan afgeven aan een medelid om namens hem de vergadering bij te wonen en een stem uit te brengen, mits het gaat om een concrete en overzienbare situatie.

---

175. Biesheuvel-Hoitinga, Bootsma & Hijink 2013, p. 152 en Rapport Monitoring Commissie Corporate Governance 2011, p. 15.

## HOOFDSTUK 7

Voor bepaalde belangrijke of ingrijpende kan een quorum, een gekwalificeerde meerderheid en/of instemming van een bepaald lid van de raad van toezicht voorgeschreven worden bij voorkeur in de statuten van de stichting. Hoewel de wet daar, anders dan voor andere rechtspersonen, vooralsnog niets over bepaalt, is het mogelijk om in de statuten meervoudig stemrecht toe te kennen aan een bepaald lid van de raad van toezicht. De statuten kunnen aan een lid van de raad van toezicht (bijvoorbeeld de voorzitter), maar bij voorkeur niet aan een derde, een rol toebedelen in verband met staking van stemmen.

Stemovereenkomsten waarin leden van de raad van toezicht zich bijvoorbeeld vastleggen hoe zij zullen stemmen over een voorstel tot benoeming of ontslag van een bestuurder, zullen doorgaans ongeoorloofd en dientengevolge nietig zijn. Leden van de raad van toezicht dienen in een concreet af te wegen of het voorstel in het belang van de stichting en de daarbij betrokkenen is. Daarbij past niet dat zij zich bij voorbaat verbinden en niet meer toekomen aan een eigen (onafhankelijke) belangenafweging en oordeelsvorming.

Notulen van de vergadering van de raad van toezicht maken inzichtelijk hoe een besluit tot stand is gekomen en wat de inhoudelijke afwegingen en discussiepunten waren. Notulen hebben primair een interne functie: de raad van toezicht kan de notulen gebruiken in het kader van zijn zelfevaluatie. Daarnaast kunnen notulen een bewijsfunctie hebben, bijvoorbeeld in verband met eventueel later te voeren procedures.

### 7.5 Taakverdeling

#### 7.5.1 *Inleiding*

De raad van toezicht is, net als het bestuur, een college met een collegiale taak en collegiale bevoegdheden. De algemene taak van de raad van toezicht is een gezamenlijke taak waarvoor ieder lid verantwoordelijkheid draagt. Niettemin kunnen de statuten aan leden van de raad van toezicht individuele taken toekennen. Een taakverdeling of portefeuillevdeling kan bijdragen aan deskundig toezicht en kan het efficiënt functioneren van de raad van toezicht bevorderen, zowel bij grotere als kleinere stichtingen. Hiervoor werd immers betoogd dat het van belang is dat besluiten van de raad van toezicht goed worden voorbereid en deze voorbereiding kan in sommige gevallen het beste plaatsvinden door degenen die binnen de raad van toezicht deskundig zijn op dat gebied.

### 7.5.2 *Algemene wettelijke bepalingen over taakverdeling*

Op dit moment is in Boek 2 BW niets geregeld over de inhoud van de algemene taak van de raad van toezicht van een stichting en evenmin is de mogelijkheid om een taakverdeling te maken geregeld.<sup>176</sup> Ondanks dat wordt algemeen aangenomen dat de raad van toezicht zijn taken onderling kan verdelen.<sup>177</sup>

Het Wetsvoorstel btrp bevat wel een uitdrukkelijke regeling voor een taakverdeling tussen leden van een toezichthoudend orgaan. Deze is grotendeels gelijk aan de huidige regeling van de taakverdeling tussen bestuurders. Om die reden zal eerst de (werking van) de regeling voor bestuurders aan de orde komen.

#### *Wettelijke bepaling en wetsgeschiedenis omtrent taakverdeling tussen bestuurders*

Voor bestuurders van alle rechtspersonen bevat de huidige wet een wettelijke basis voor een bij of krachtens de statuten te maken taakverdeling (artikel 2:9 lid 1 BW). Deze bepaling geldt sinds de invoering van de Wet bestuur en toezicht op 1 januari 2013 en houdt blijkens de toelichting op deze wet verband met de introductie van de *one tier board* in Boek 2 BW.<sup>178</sup> In het wetsvoorstel btrp is een regeling opgenomen (artikel 2:9 lid 2 Wetsvoorstel btrp) die inhoudelijk overeenkomt met de huidige regeling. Op grond van artikel 2:9 BW behoren tot de taken van de bestuurder alle bestuurstaken die niet aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld. De omvang van de taak van de bestuurder hangt dus mede af van de toebedeling aan zijn medebestuurders. Taken die niet zijn toebedeeld rusten op alle bestuurders.

De Minister van Veiligheid en Justitie merkte bij de behandeling van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht op, dat een taakverdeling tot doel heeft te voorkomen dat meerdere bestuurders zich met dezelfde bestuurstaak moeten bezighouden, terwijl dat voor een goede uitvoering van bestuurstaken niet nodig is. Een taakverdeling komt de efficiëntie ten goede, aldus de Minister.<sup>179</sup>

176. Onder het huidige recht geldt artikel 2:9 BW via de schakelbepaling van artikel 2:300a juncto 2:149 BW slechts ingeval van faillissement van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

177. Schild en Timmerman merken wat betreft bestuurders van NV's en BV's op dat, hoewel tot 1 januari 2013 een taakverdeling tussen bestuurders wettelijk niet was geregeld, daarvoor reeds algemeen werd aangenomen dat een taakverdeling toegelaten was (Schild & Timmerman 2014).

178. De introductie in de wet van een monistisch bestuursstelsel voor kapitaalvennootschappen noopt tot precisering van artikel 2:9 BW, aldus de MvT bij het Wetsvoorstel bestuur en toezicht (*Kamerstukken II 2008-2009*, 31 763, nr. 3, p. 7).

179. *Kamerstukken I 2010-2011*, 31 763, C, p. 15.

Een taakverdeling brengt geen wijziging in de gezamenlijke verantwoordelijkheid van bestuurders. Iedere bestuurder blijft verantwoordelijk voor de taakuitoefening door het bestuur en voor de besluiten die door het orgaan worden genomen.<sup>180</sup> Als gevolg van die collectieve verantwoordelijkheid kan een bestuurder aansprakelijk zijn voor schade die optreedt als gevolg van onbehoorlijk bestuur van een andere bestuurder. Een bestuurder die aansprakelijk wordt gesteld voor onbehoorlijk bestuur van een medebestuurder kan echter wel een beroep doen op een disculpatiegrond. Dat wil zeggen: hij kan aanvoeren dat hem, mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken, geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. De consequentie van dit systeem is dat een bestuurder, die opmerkt dat een andere bestuurder zijn taken niet of onjuist vervult en dat daardoor onbehoorlijk bestuur dreigt, moet ingrijpen om het risico van aansprakelijkheid te vermijden. Dat kan in een concreet geval betekenen dat een bestuurder een taak naar zich toe trekt, in afwijking van de eerder gemaakte afspraken over de verdeling van taken. Hij is daartoe dus bevoegd, aldus de Minister.<sup>181</sup>

#### *Wetsvoorstel btrp*

Onder het huidige recht is de mogelijkheid van een taakverdeling geregeld voor commissarissen van een NV of BV via een schakelbepaling (artikel 2:149/259 juncto artikel 2:9 BW). In het Voorontwerp btrp was echter niets geregeld over de mogelijkheid van een taakverdeling tussen leden van een toezichthoudend orgaan van rechtspersonen in het algemeen. Volgens de Minister van Veiligheid en Justitie zou hier geen behoefte aan bestaan.<sup>182</sup> Nadat in reacties op de internetconsultatie over het Voorontwerp btrp werd opgemerkt dat ook een taakverdeling binnen een toezichthoudend orgaan de efficiëntie ten goede komt en dat daaraan wel degelijk behoefte bestaat,<sup>183</sup> werd alsnog een regeling opgenomen in het Wetsvoorstel btrp. Artikel 2:11 lid 3 Wetsvoorstel btrp biedt uitdrukkelijk de mogelijkheid om een taakverdeling tussen leden van het toezichthoudend orgaan, dus ook tussen leden van de raad van toezicht, te maken.

180. Bij een taakverdeling tussen dagelijkse en algemene bestuurders, nemen bestuurders die niet met de dagelijkse gang van zaken zijn belast, evenzeer deel aan de besluitvorming over onderwerpen die de dagelijkse gang van zaken betreffen, aldus de Minister van Veiligheid en Justitie. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 8.

181. *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, C, p. 15.

182. Concept MvT btrp bij het Voorontwerp btrp, p. 15.

183. Zie hierover onder meer de reactie van het IvO van 28 maart 2014 en de reactie van Houthoff Buruma op het Voorontwerp, [www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties).



Net als voor bestuurders, geldt op grond van het voorgestelde artikel 2:11 lid 3 dat tot de taak van een lid van de raad van toezicht alle taken behoren die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere leden van de raad van toezicht zijn toebedeeld. Net als voor bestuurders, geldt voor leden van de raad van toezicht, dat de taakverdeling geen wijziging brengt in de gezamenlijke verantwoordelijkheid van leden van de raad van toezicht. Artikel 11 lid 3 Wetsvoorstel btrp bepaalt dat elk lid van de raad van toezicht verantwoordelijk is voor het algemene toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. De regeling voor de raad van toezicht ligt dus in het verlengde van de regeling voor bestuurders, waar is te lezen dat elke bestuurder verantwoordelijkheid draagt voor de algemene gang van zaken. Een (andersluidende) taakverdeling doet niet af aan de verantwoordelijkheid voor (het toezicht op) de algemene gang van zaken.

*Interne aansprakelijkheid en disculpatiemogelijkheden*

Aangezien ieder lid verantwoordelijk is voor de taakuitoefening door de raad van toezicht en voor besluiten die door de raad van toezicht worden genomen, kan een lid van de raad van toezicht aansprakelijk zijn voor schade die optreedt als gevolg van onbehoorlijk toezicht door een ander lid (ingeval van faillissement van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen via artikel 2:300a juncto 2:149 juncto 2:9 BW). De taakverdeling tussen de leden van de raad van toezicht zou, net als de taakverdeling tussen bestuurders, van belang kunnen zijn bij de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid en disculpatiemogelijkheden.<sup>184</sup> Zie ook het in het Wetsvoorstel btrp voorgestelde artikel 2:11b: Elk lid van de raad van toezicht is jegens de stichting voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijke taakvervulling tenzij

---

184. Wat betreft interne aansprakelijkheid en disculpatie van bestuurders kende het Hof Amsterdam bijvoorbeeld in de Freule Lauta van Aysma uitspraak uit 2010 gewicht toe de taakverdeling van bestuurders. In deze uitspraak ging het om drie oud-bestuurders van een stichting die op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk werden gesteld voor de door de stichting geleden schade als gevolg van een riskant beleggingsarrangement. De disculpatieverweren van twee van de drie oud-bestuurders (de penningmeester en de voorzitter), inhoudende dat zij geen specialisten waren en hun bestuurstaken onbezoldigd vervulden, werden niet door het Hof geaccepteerd. Het disculpatieverweer van de secretaris, Lambers, slaagde echter wel, gelet op de omstandigheden van het geval. Hoewel de bijzondere omstandigheden van belang waren voor het oordeel van het Hof, valt op dat het Hof de taakverdeling – op grond waarvan het financiële beleid aan de penningmeester werd overgelaten – voor Lambers als disculperende factor meewoog, gecombineerd met het vertrouwen dat Lambers, die zelf geen financiële achtergrond had, stelde in de penningmeester na hun jarenlange samenwerking. Hof Amsterdam 21 september 2010 (Stichting Freule Lauta van Aysma), RO 2010/80 en JOR 2011/40 met noot Wezeman, zie in het bijzonder r.o. 4.32.

## HOOFDSTUK 7

hem *mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken* geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

Volgens sommige auteurs is er echter bij de raad van toezicht minder ruimte voor disculpatie op grond van een taakverdeling dan bij het bestuur, aangezien de toezichthoudende taak zich richt op de vervulling van kerntaken van het bestuur.<sup>185</sup>

### *Algemene gang van zaken*

In aansprakelijkheidsprocedures voor bestuurders is het van belang of een bepaald onderwerp tot de “algemene gang van zaken” behoort. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Indien een onderwerp behoort tot de algemene gang van zaken, kan een taakverdeling in beginsel niet leiden tot disculpatie van een individuele bestuurder. Zoals eerder opgemerkt, is “algemene gang van zaken” geen vastomlijnd begrip; het wordt aan de rechtspraak, met name in het kader van procedures over interne aansprakelijkheid van bestuurders (en leden van de raad van toezicht), overgelaten om het begrip in te vullen.

Uit de rechtspraak en literatuur volgt dat onder algemene gang van zaken in ieder geval het algemene en het financiële beleid vallen. Meer concreet wordt aangenomen dat onderwerpen als strategie en risicobeheersing behoren tot het algemene beleid.<sup>186</sup>

In artikel 11 lid 3 van het Wetsvoorstel btrp is bepaald dat elke commissaris (waaronder een lid van de raad van toezicht van een stichting) verantwoordelijkheid draagt voor *het algemene toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming*.

Veel onderwerpen zullen vallen onder “het algemene toezicht op het beleid van het bestuur”. Ik ben het eens met de hiervoor genoemde opmerking dat de raad van toezicht zich in beginsel richt op de vervulling van de kerntaken van het bestuur en dat dat in beginsel de verantwoordelijkheid van elk lid van de raad van toezicht is. Van belang is in ieder geval dat ieder lid van de raad van toezicht het algemene en financiële beleid op hoofdlijnen kan beoordelen. Als één van de leden van de raad van toezicht een financieel deskundige is (belast is met toezicht op financiële zaken), laat dat onverlet dat de overige leden van de raad van

---

185. Kersten 2016.

186. Zie bijvoorbeeld Dumoulin 2012.

toezicht ook de financiële verslaggeving op hoofdlijnen moeten (kunnen) beoordelen. De gezamenlijke verantwoordelijkheid betekent dat leden van de raad van toezicht, ook als zij een taak toebedeeld hebben gekregen, de overige leden goed op de hoogte dienen te houden van hun werkzaamheden. Andersom dienen de andere leden van de raad van toezicht daarnaar te informeren. De wet gaat er immers van uit dat de raad van toezicht, net als het bestuur, als een team werkt.<sup>187</sup>

#### *Statutaire basis*

In een aantal codes wordt voorgeschreven dat de taakverdeling schriftelijk wordt vastgelegd.<sup>188</sup> Blijkens artikel 2:11 lid 3 Wetsvoorstel btrp vindt toebedeling van taken aan leden van de raad van toezicht, net als toebedeling van taken aan bestuurders, plaats *bij of krachtens de statuten*. Dit betekent dat voor een taakverdeling op grond van het Wetsvoorstel btrp een statutaire basis vereist is. De statuten zelf kunnen de verdeling van taken bevatten, maar kunnen ook verwijzen naar de uitwerking in een reglement. De statutaire bepaling kan bijvoorbeeld een minimale “kapstokbepaling” zijn. Mits er een statutaire basis is, kan een taakverdeling ook plaatsvinden in een schriftelijk besluit van de raad van toezicht.

#### 7.5.3 *Taakverdeling en commissies*

In sectorregels en sectorcodes die hiervoor aan de orde kwamen wordt de raad van toezicht, impliciet of expliciet, gestimuleerd om in ieder geval verschillende soorten expertises en deskundigheden binnen de raad te verzamelen aangezien de kwaliteit en deskundigheid van de raad als geheel kan vergroten. Als een lid van de raad van toezicht specifieke deskundigheid op een bepaald gebied heeft, bijvoorbeeld deskundigheid op het gebied van technologische innovatie, zal hij in de praktijk in het bijzonder op deze aspecten toezicht houden en mogelijk ook (goedkeurende) besluiten van de raad van toezicht op dat gebied voorbereiden, waarover hierna meer.

Toebedeling van een taak houdt een zekere (niet-privatief werkende) delegatie van toezichthoudende bevoegdheden op dat gebied in. De delegatie kan niet verder gaan dan de taken die de raad van toezicht zelf heeft. Een taak kan worden toebedeeld aan één bepaald lid, maar ook aan meerdere leden, een groep. Een taakbelaste groep wordt soms ook wel een commissie genoemd.

187. Zie, ten aanzien van bestuurders, Schild & Timmerman 2014.

188. Zie bijvoorbeeld 5.3. GCC voor culturele instellingen.

## HOOFDSTUK 7

Bij een taakverdeling kunnen concrete bevoegdheden worden toebedeeld aan de taakbelaste leden. Indien dat niet het geval is, kan aangenomen worden dat betrokkenen tenminste die bevoegdheden hebben die nodig zijn om hun taak te vervullen.<sup>189</sup>

### *Instellen van een commissie*

Taken van de raad van toezicht op bepaalde terreinen kunnen worden voorbereid door en uitgewerkt in commissies. Besloten kan worden om een of meer vaste commissie in te stellen, maar het is ook mogelijk om *ad hoc*, voor een bijzondere gebeurtenis, zoals de aankoop van een nieuw bedrijfspand, een ingrijpende verbouwing of een voorgenomen fusie, een tijdelijke commissie in te stellen. Commissies worden gevormd uit leden van de raad van toezicht. Hoewel een commissie kan worden ondersteund door een externe deskundige, zoals bijvoorbeeld een deskundige op het gebied van werving en selectie de benoemingscommissie kan ondersteunen, zullen deze externen formeel niet deel uitmaken van de commissie. Ook een financieel manager van een stichting die de vergaderingen van de financiële commissie bijwoont, zal officieel geen deel uitmaken van deze commissie.<sup>190</sup> Een commissie zal, tenzij de statuten of een reglement anders bepalen, functioneren als een college en beslissen bij meerderheid van stemmen.<sup>191</sup>

Werkzaamheden van de commissie ontslaan de raad van toezicht als geheel niet van de verplichting om het aangeboden werk of het voorstel te beoordelen en wel of niet over te nemen.<sup>192</sup> De instelling van commissies doet dus niet af aan de (eind)verantwoordelijkheid van de raad van toezicht. In lijn met de NCGC kan gezegd worden dat het feit dat een commissie besluitvorming van de raad voorbereidt onverlet laat dat zowel de raad van toezicht als orgaan als de individuele leden verantwoordelijk zijn voor het inwinnen van informatie en het vormen van een onafhankelijk oordeel.

---

189. Zie Blanco Fernández 1993, p. 13.

190. In 1.5.2 NCGC 2016 wordt wat betreft de auditcommissie bepaald dat de bestuurder verantwoordelijk voor financiële zaken, de interne auditor en de externe accountant aanwezig zijn bij de vergaderingen van de auditcommissie, tenzij de auditcommissie anders bepaalt.

191. Zie ook Blanco Fernández 1993, p. 13.

192. Zo blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis bij de Wet bestuur en toezicht (*Kamerstukken 2008/2009*, 31 763, 3, p. 16).

*Soorten commissies*

In de praktijk komen verschillende soorten commissies voor. De MvT bij de Wet bestuur en toezicht noemt, evenals de NCGC wat betreft (beurs)vennootschappen, de auditcommissie, de remuneratiecommissie en de (selectie- en) benoemingscommissie.<sup>193</sup> Ook bij grotere stichtingen (stichtingen met een grote onderneming of een groot vermogen) komen dergelijke commissies voor. De auditcommissie, die in ieder geval voor grote semipublieke instellingen verplicht is, komt hierna afzonderlijk aan de orde. Grote semipublieke instellingen, zoals woningcorporaties en zorginstellingen, kennen vaak een remuneratiecommissie en een selectie- en benoemingscommissie.<sup>194</sup>

Echter, ook bij kleinere stichtingen kunnen commissies worden ingesteld. Zo kan de raad van toezicht van een culturele instelling besluiten een selectie- en benoemingscommissie in te stellen die als taak heeft om te zorgen voor een divers samengestelde raad van toezicht. Een selectie- en benoemingscommissie stelt bijvoorbeeld benoemingscriteria en een benoemingsprocedure op, maar kan daarnaast de (wijze van) periodieke beoordeling van bestuurders en leden van de raad van toezicht voorbereiden. Voorts kan deze commissie een plan opstellen voor de opvolging van bestuurders en leden van de raad van toezicht.<sup>195</sup>

Sommige grotere semipublieke instellingen en stichtingen in de pensioensector kennen een risicocommissie of een risk- en compliancecommissie. Grotere zorginstellingen stellen vaak een commissie kwaliteit en veiligheid, die toeziet op kwaliteit en veiligheid van de zorg en scholen kennen een onderwijscommissie, die toeziet op de kwaliteit van het onderwijs.<sup>196</sup> Een ander voorbeeld van commissies die bij culturele instellingen voorkomt is de commissie fondsenwerving.<sup>197</sup>

Voor vaste commissies zal doorgaans een reglement worden opgesteld waarin is opgenomen wat de taak van de commissie is, hoe zij is samengesteld, op welke wijze zij haar taak uitoefent en de wijze waarop zij verslag uitbrengt.

193. *Kamerstukken 2008/2009*, 31 763, 3, p. 15. Deze commissies worden ook in de Aanbeveling van de Europese Commissie over niet-uitvoerende bestuurders en commissarissen van 15 februari 2005 (Pb EG L 52 van 25 februari 2005) genoemd.

194. Zie bijvoorbeeld 3.29 GCW waarin voor woningcorporaties de mogelijkheid van het instellen van een remuneratiecommissie wordt genoemd, die overigens niet mag worden voorgezeten door de voorzitter van de raad van toezicht.

195. Zie ook 2.2.5 NCGC 2016 over de taken van de selectie- en benoemingscommissie bij een beursvennootschap.

196. Zie III.3.1 Branchecode goed bestuur Hogescholen 2013.

197. Het Rijksmuseum kent, blijkens het jaarverslag, één vaste commissie: de Financiële Commissie. Het Nederlands Openluchtmuseum kent, blijkens het jaarverslag, een Commissie Benoeming, Beoordeling en Beloning. Stichting Nationale Opera en Ballet (Het nationale ballet) kent, blijkens het jaarverslag, een aantal commissies, waaronder een commissie fondsenwerving en een commissie renovatie en bouw.

7.5.4 *De auditcommissie*

Zoals gezegd is in ieder geval voor grote semipublieke instellingen, net als voor beursvennootschappen, een auditcommissie verplicht gesteld.<sup>198</sup> De NCGC 2016 bepaalt dat de auditcommissie de besluitvorming van de raad van commissarissen over het toezicht op de integriteit en kwaliteit van de financiële verslaggeving van de vennootschap en op de effectiviteit van de interne risico-beheersings- en controlesystemen van de vennootschap voorbereidt.<sup>199</sup>

Eén van de aanbevelingen van de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties in 2014 was dat de raad van toezicht van een woningcorporatie uit zijn midden een auditcommissie samenstelt. “Om kritisch te zijn is niet alleen kennis nodig maar ook aandacht”, aldus de enquêtecommissie.<sup>200</sup> Toezicht op de financiële verslaggeving en risicobeheersingssystemen is bij een woningcorporatie, net als bij andere grote semipublieke instellingen en stichtingen met een grote onderneming, een belangrijke taak van de raad van toezicht, waar relatief veel tijd en dus ook aandacht aan besteed moet worden. De auditcommissie kan een belangrijke ondersteuning vormen voor de raad van toezicht teneinde deze taak zo goed mogelijk te vervullen.

De Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta) schrijft voor dat instellingen of organisaties van openbaar belang een auditcommissie instellen.<sup>201</sup> Een organisatie van openbaar belang is een instelling of organisatie wier *omvang of functie in het maatschappelijk verkeer* van zodanige aard is dat een ondeugdelijk uitgevoerde wettelijke controle van de financiële verantwoording een aanmerkelijke invloed kan hebben op het vertrouwen in de publieke functie van de accountantsverklaring.<sup>202</sup> De Minister van Financiën heeft het voornemen geuit om ook grote pensioenfondsen, het merendeel van de woningcorporaties en mogelijk ook andere instellingen die met publiek geld worden gefinancierd aan te

---

198. P. 3 van ‘Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht’, Bijlage 1 bij Brief van de Minister van Financiën over Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 822, nr. 1.

199. 1.5.1 NCGC 2016.

200. Rapport Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties 2014, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 606, nr. 4, p. 188.

201. Artikel 1 lid 1 sub 1 juncto artikel 2 Wta: bevat de verplichting tot het instellen van een auditcommissie, samengesteld uit leden van de raad van commissarissen indien sprake is van een organisatie van openbaar belang als bedoeld in artikel 2 lid 2 Besluit uitvoering EG-richtlijn wettelijke controles jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen.

202. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 658, nr. 3, p. 46. Bij de *omvang* van een organisatie van openbaar belang kan worden gedacht aan de geconsolideerde omzet, het geconsolideerde balanstotaal of het geconsolideerde aantal werknemers. Bij de *functie* kan worden gedacht aan organisaties die weliswaar (relatief) klein zijn gemeten in absolute getallen, doch een publieke rol vervullen en vele individuele belangen kunnen raken en schaden.”

merken als organisatie van openbaar belang in de zin van de Wta.<sup>203</sup> Dergelijke instellingen dienen dus in de toekomst ook op grond van de Wta een auditcommissie in te stellen.

*Taak van de auditcommissie*

De auditcommissie bereidt, als gezegd, besluitvorming voor van de raad van toezicht over het toezicht op de financiële verslaglegging en de risicobeheersings- en controlesystemen. De auditcommissie richt zich (samen met de accountant) op onderwerpen als risicobeheersing, administratieve organisatie en interne controle binnen de organisatie. De auditcommissie ziet toe op de naleving van de eventuele aanbevelingen en opvolging van opmerkingen van de interne auditor en de externe accountant.<sup>204</sup> De auditcommissie zal doorgaans ook belast zijn met het vaststellen van de procedure voor de selectie van de externe accountant en de beoordeling van de accountant.<sup>205</sup>

*Samenstelling*

De samenstelling van de auditcommissie hangt af van de taak van de auditcommissie, maar ook van de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van de betrokken stichting.<sup>206</sup> De auditcommissie kan uit drie of, in het geval van minder grote stichtingen, uit twee leden bestaan. Mijns inziens dient de omvang van de auditcommissie in verhouding te staan met de omvang van de gehele raad van toezicht.

De Wta schrijft voor dat de meerderheid van de leden, waaronder de voorzitter, onafhankelijk is van de stichting, maar onduidelijk is wat met onafhankelijkheid wordt bedoeld. Bovendien wordt in de Wta voorgeschreven dat ten minste één lid deskundig is op het gebied van financiële verslaggeving of de controle van de

---

203. Zie de brief van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 26 juni 2015 (*Kamerstukken II* 2014-2015, 33 977, nr. 6) naar aanleiding van de aanbevelingen in ‘Bouwen aan vertrouwen. Evaluatie van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta)’, Erasmus Universiteit Rotterdam, september 2014, teneinde nader te onderzoeken of het soort organisaties dat wordt aangemerkt als organisatie van openbaar belang dient te worden uitgebreid.

204. 1.5.1 NCGC. Zie ook artikel 2 sub f van het Besluit uitvoering EG-richtlijn wettelijke controles jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen. De NCGC noemt voorts als onderwerpen waar de auditcommissie zich op richt: toezicht op het bestuur ten aanzien van de financiering van de vennootschap, de toepassing van ICT door de vennootschap, waaronder risico's op het gebied van *cybersecurity* en het belastingbeleid van de vennootschap.

205. Zie voor woningstichtingen ook 5.11 GCW 2015.

206. Zie wat betreft de auditcommissie in de UK ook FRC Guidance on Audit Committees, April 2016, [www.frc.org.uk](http://www.frc.org.uk). Deze guidance geeft, net als de Guidance on Board Effectiveness, aanbevelingen en uitwerkingen in verband met de toepassing van de UK Corporate Governance Code.

## HOOFDSTUK 7

jaarrekening, wat er in de praktijk op neer zal komen dat deze persoon een opleiding tot (register)accountant of een andere accountancyopleiding heeft genoten.<sup>207</sup> Als gezegd kunnen de interne auditor of controller, de bestuurder verantwoordelijk voor financiële zaken en de externe accountant worden uitgenodigd om aanwezig te zijn bij vergaderingen van de auditcommissie, maar maken zij geen deel uit van de auditcommissie.<sup>208</sup>

### *Reglement auditcommissie*

In een reglement van de auditcommissie kan bepaald worden hoe vaak de auditcommissie vergadert. Vergaderingen zullen vaak samenhangen met de verslaggevings- en auditcyclus van de stichting. Naast de formele vergaderingen zal (de voorzitter van) de auditcommissie regelmatig contact houden met het bestuur, met de financieel directeur en – voor zover deze er is – de interne auditor. Uiteraard is van belang dat de auditcommissie tijdig voldoende informatie verkrijgt en om die reden is het raadzaam om de wijze van informatievoorziening in het reglement op de nemen.

### *Verslag auditcommissie*

De auditcommissie dient verslag uit te brengen aan de raad van toezicht over zijn beraadslagingen en bevindingen. De NCGC noemt een aantal elementen die moeten worden opgenomen in het verslag, welke elementen evenzeer relevant zijn voor de auditcommissie van een grote stichting: (i) de wijze waarop de effectiviteit en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen is beoordeeld; (ii) de wijze waarop de effectiviteit van het interne en externe audit proces is beoordeeld; (iii) materiële overwegingen inzake de financiële verslaggeving; en (iv) de wijze waarop de materiële risico's en onzekerheden zijn geanalyseerd en besproken en wat de belangrijkste bevindingen van de auditcommissie zijn.<sup>209</sup>

### *7.5.5 Taakverdeling en besluitvorming*

Een taakverdeling tussen leden van de raad van toezicht houdt in ieder geval in dat een bepaald lid of bepaalde leden de besluitvorming over onderwerpen die tot hun taak behoren voorbereiden. De “taakbedeelde” leden verzamelen en bestuderen informatie, voeren besprekingen en verrichten handelingen die met hun taak verband houden. Indien een formeel besluit genomen moet worden

---

207. Artikel 3 van het Besluit uitvoering EG-richtlijn wettelijke controles jaarrekeningen en geconsolideerde jaarrekeningen. Zie ook Guidance on Audit Committees, punt 15.

208. Zie ook Guidance on Audit Committees, punt 20.

209. 1.5.3 NCGC.



over een onderwerp dat tot hun taak behoort, kunnen zij een bepaald voorstel voorbereiden en met toelichting voorleggen aan de raad van toezicht. Het besluit wordt vervolgens in of buiten vergadering genomen door de raad van toezicht. De raad is immers als collectief verantwoordelijk voor het besluit.

*Besluitvorming door taakbelaste bestuurders: verschillen tussen one tier board en gewoon bestuur*

Het is de vraag of de bevoegdheden van taakbelaste leden zo ver kunnen gaan dat zij, individueel of met hun commissie, besluiten op hun gebied kunnen nemen die gelden als besluiten van de raad van toezicht. De wet en het Wetsvoorstel btrp bieden niet uitdrukkelijk de mogelijkheid dat een taakbelast lid of taakbelaste leden zelf besluiten nemen over onderwerpen die tot hun taakgebied behoren, die vervolgens worden toegerekend aan de gehele raad van toezicht.

De wet regelt de mogelijkheid van besluitvorming door taakbedeelde bestuurders indien sprake is van een taakverdeling tussen één of meer uitvoerende en één of meer niet uitvoerende bestuurders: “Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.”<sup>210</sup>

Besluiten die met gebruikmaking van deze bepaling worden genomen, worden toegerekend aan het hele bestuur; zij gelden als een besluit van het gehele bestuur. Net als bij ieder bestuursbesluit is het bestuur dus collectief verantwoordelijk voor besluiten die op deze wijze bijvoorbeeld door de niet uitvoerende bestuurders zijn genomen. Deze regeling voorziet volgens de Minister in een praktische behoefte en wordt aangeduid als “vereenvoudigde besluitvorming”.<sup>211</sup> Zonder een dergelijke nadere wettelijke regeling kunnen met een bepaalde taak belaste leden van het bestuur niet zelfstandig besluiten nemen die als bestuursbesluiten hebben te gelden, aldus de Minister van Justitie bij de introductie van deze regeling middels de Wet bestuur en toezicht.<sup>212</sup>

210. In de huidige wet is een dergelijke bepaling opgenomen voor de *one tier board* bij een NV of BV (artikel 2:129a/239a lid 3 BW) en in het Wetsvoorstel btrp voor de *one tier board* van alle rechtspersonen (artikel 2:9a lid 2 Wetsvoorstel btrp).

211. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 17, *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, 6, p. 13 en *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, C, p. 25.

212. *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 17. Zie ook de verwijzing in *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 491, nr. 3, p. 16.

Hoewel ook binnen een “gewoon bestuur”, dus bij een dualistisch model, een taakverdeling mogelijk is, is het hiervoor genoemde systeem van vereenvoudigde besluitvorming niet geregeld voor gewone bestuurders, niet in de huidige wet<sup>213</sup> en evenmin in het Wetsvoorstel btrp.<sup>214</sup> De MvT bij het Wetsvoorstel btrp gaat hier, mijns inziens ten onrechte, niet of nauwelijks op in. In de literatuur is de vraag gerezen of het feit geen wettelijke regeling is getroffen voor gewone bestuurders betekent, dat het bij een dualistische bestuursmodel überhaupt niet mogelijk is dat één of meer taakbedeelde bestuurders een besluit kunnen nemen dat geldt als een bestuursbesluit.<sup>215</sup> Kunnen taakbedeelde bestuurders dan slechts voorbereidingshandelingen treffen en bestuursbesluiten

- 
213. In de parlementaire geschiedenis bij het Wetsvoorstel bestuur en toezicht (artikel 2:129a/239a lid 3 BW) werd opgemerkt dat deze vorm van besluitvorming uitsluitend voor het monistisch bestuursmodel is geschreven naar aanleiding van een verzoek uit de praktijk. Voor het dualistische bestuursmodel is dat verzoek niet gedaan, aldus de Minister in 2011. *Kamerstukken I* 2010-2011, 31 763, C, p. 24. In de Concept MvT bij het Voorontwerp monistisch bestuursmodel coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij dat in 2013 ter consultatie werd aangeboden (welk voorstel inmiddels is geïntegreerd in het Wetsvoorstel btrp), kwam dit onderwerp opnieuw aan de orde. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht had in overweging gegeven de vereenvoudiging van besluitvormingsregels, waardoor een besluit van één of een aantal bestuurders wordt aangemerkt als een besluit van het gehele bestuur, ook aan te bieden binnen het dualistische stelsel. De verantwoordelijkheden van bestuurders binnen het dualistische stelsel, die nu vaak beslissingen nemen ter uitvoering van een bestuursbesluit, zouden hierdoor verhelderd worden, aldus de Commissie. In de Concept MvT werd echter opgemerkt dat de verhouding tussen bestuurders binnen het dualistische stelsel verschilt van de verhouding tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders binnen het monistische stelsel: “In het monistische stelsel is immers altijd sprake van een taakverdeling tussen de uitvoerende en de niet uitvoerende bestuurders. In dat geval kan delegatie van besluitvorming nuttig zijn, bijvoorbeeld om te kunnen bewerkstelligen dat de uitvoerende bestuurders gezamenlijk een bestuursbesluit kunnen nemen over zaken die met de dagelijkse leiding te maken hebben. In een dualistisch stelsel hebben alle bestuurders in beginsel dezelfde taak, het besturen van de vennootschap.” Ambtelijk Voorontwerp van de Memorie van Toelichting, p. 3, te vinden op [www.internetconsultatie.nl/monistisch\\_bestuursmodel\\_cooperatie\\_anderlinge\\_waarborgmaatschappij](http://www.internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_cooperatie_anderlinge_waarborgmaatschappij)
214. Hoewel in de literatuur (Van Olfën 2012) en reacties naar aanleiding van de internetconsultatie van het Voorontwerp van het Wetsvoorstel btrp is opgemerkt dat in de praktijk vaak taakverdelingen worden gemaakt tussen bestuurders en wel degelijk behoefte bestaat aan een regeling of in ieder meer geval duidelijkheid over de mogelijkheid van besluitvorming door taakbedeelde bestuurders, is geen regeling opgenomen voor “gewone bestuurders” in het Wetsvoorstel btrp.
215. In de MvT bij de Wet bestuur en toezicht is immers opgemerkt dat zonder nadere wettelijke regeling met een bepaalde taak belaste leden van het bestuur niet zelfstandig besluiten nemen die als bestuursbesluiten hebben te gelden (*Kamerstukken II* 2008-2009, 31 763, nr. 3, p. 17). Zie hierover Bartman, De Groot, Nijland & Wuisman 2016 en Schild & Timmerman 2014. Schild en Timmerman merken op dat de Minister met deze opmerking de gezamenlijke verantwoordelijkheid van het bestuur voor het nemen van bestuursbesluiten, ook indien sprake is van een taakverdeling, wil onderstrepen.

uitvoeren? In de literatuur wordt aangenomen dat er wel degelijk enige ruimte is voor het nemen van bepaalde beslissingen door een taakbedeelde bestuurder. Daarbij wordt gedacht aan een vorm van delegatie door het bestuur aan de taakbedeelde bestuurder die niet-privatief werkt.<sup>216</sup>

Besluitvorming door taakbelaste (gewone) bestuurders is nodig teneinde het bestuur flexibel te laten functioneren en komt in de praktijk (gemerkt en ongemerkt) veelvuldig voor. Ik ben het eens dat dergelijke besluiten kunnen worden aangemerkt als een niet-privatieve vorm van delegatie. Het bestuur kan op ieder moment vanwege zijn collectieve verantwoordelijkheid de bevoegdheid om zelf als college besluiten te nemen naar zich toetrekken. Bepaalde besluiten moeten vanwege hun belang en hun mogelijke verstrekkende gevolgen steeds door alle bestuurders gezamenlijk genomen worden.<sup>217</sup>

Ik meen dat de verschillende benadering door de wetgever van gewone bestuurders en uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders in een *one tier board* leidt tot vragen en tot, door de wetgever niet nader toegelichte, verschillen.<sup>218</sup> Het zou verhelderend zijn als de wetgever bij de behandeling van het Wetsvoorstel btrp ingaat op de betekenis en achtergrond van dit onderscheid.

*Besluitvorming door taakbedeelde leden van de raad van toezicht?*

Evenals voor het bestuur geldt voor de raad van toezicht het uitgangspunt dat de raad als college besluiten neemt, aangezien de raad als collectief verantwoordelijk is. Evenmin als voor gewone bestuurders is in de wet voor leden van de raad van toezicht een bepaling over besluitvorming door taakbedeelde leden van de raad van toezicht opgenomen. De huidige wet en het Wetsvoorstel btrp regelen niet (uitdrukkelijk) dat een of meer leden rechtsgeldig een besluit kunnen nemen omtrent zaken die tot zijn of hun taak behoren, welke besluit heeft te gelden als een besluit van de raad van toezicht.

216. Schild & Timmerman 2014. Anderen spreken over “mandatering” (Van Olffen 2012). Verdam betoogt dat machtiging van één of meer bestuurders om op een bepaald terrein een besluit te nemen, ook een bestuursbesluit oplevert. Machtiging houdt, anders dan delegatie of mandatering, toebedeling van de bevoegdheid voor één of meer concrete handelingen in (Verdam 2013).

217. Verdam 2013. Dat geldt in ieder geval voor (besluiten op het gebied van) het algemene beleid, het financiële beleid en de strategie aangezien deze behoren tot de taak van elke bestuurder. Echter, ook besluiten over belangrijke transacties, overnames, het aangaan van een belangrijke samenwerking of besluiten die aanzienlijke implicaties hebben voor het algemene beleid, financiële beleid of de strategie dienen door het bestuur als collectief genomen te worden.

218. Zie ook Van Olffen 2012 en Verdam 2013. Zo is voor vereenvoudigde besluitvorming door uitvoerende of niet uitvoerende bestuurders een statutaire bepaling of statutaire basis vereist (zie de laatste zin van artikel 2:129a/239a lid 3 BW en artikel 2:9a lid 2 Wetsvoorstel btrp) terwijl besluitvorming door taakbelaste gewone bestuurders op basis van de genoemde constructies voorkomt zonder statutaire basis.

## HOOFDSTUK 7

Net als besluitvorming door taakbelaste bestuurders zou besluitvorming door taakbelaste leden van de raad van toezicht gebaseerd kunnen worden op een niet-privatieve vorm van delegatie of machtiging. Hiervoor werd opgemerkt dat dit ten aanzien van het bestuur voorziet in een praktische behoefte. Het bestuur van een stichting (met name een stichting met een onderneming) dient immers *ad hoc* besluiten te nemen in verband met de *day-to-day business*. Bij de raad van toezicht zal een dergelijke behoefte echter minder snel aanwezig zijn.

Besluiten van de raad van toezicht hebben vanwege de aard van het toezicht in vergelijking met bestuursbesluiten een meer algemeen karakter, aangezien zij zich in beginsel richten tot de kerntaken van het bestuur. De raad van toezicht heeft in dat verband bijvoorbeeld een aantal goedkeurende bevoegdheden ten aanzien van belangrijke bestuursbesluiten. Daarnaast heeft de raad van toezicht mogelijk een aantal zelfstandige bevoegdheden, zoals bijvoorbeeld schorsing van bestuurders en vaststelling van de jaarrekening. Besluiten in verband met beide soorten bevoegdheden zijn mijns inziens van een dusdanige aard, dat zij door de raad van toezicht als college genomen worden. De raad van toezicht zal om die reden minder snel besluitvorming namens de raad delegeren aan taakbelaste leden.

Als uitgangspunt dient mijns inziens steeds te gelden dat een taakverdeling betekent dat de leden of de commissie van de raad van toezicht die met een bepaalde taak zijn belast, slechts besluiten op hun gebied voorbereiden en daarover adviseren, waarna het besluit formeel door de raad van toezicht genomen wordt. Het taakbelaste lid of de taakbelaste leden dienen aldus, bijvoorbeeld door de onderbouwing van hun voorstel aan de raad, de overige leden te overtuigen om conform hun voorstel te stemmen.

### 7.5.6 *Samenvatting en conclusies*

Een taakverdeling kan bijdragen aan deskundig toezicht en bevordert het efficiënt functioneren van de raad van toezicht. Het toedelen van een bepaalde taak aan één of meer leden van de raad van toezicht doet niet af aan de collectieve verantwoordelijkheid van de raad van toezicht. Elk lid van de raad van toezicht is verantwoordelijk voor het algemene toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting en de daaraan eventueel verbonden onderneming of organisatie. Leden van de raad van toezicht die een taak toebedeeld hebben gekregen dienen de overige leden goed op de hoogte houden van de werkzaamheden op hun terrein. Andersom dienen de andere leden van de raad van toezicht daarnaar te informeren.

Een taak kan worden toebedeeld aan één lid maar ook aan meerdere leden van de raad van toezicht. In het laatste geval kan ook gesproken worden over een commissie. Commissies bereiden besluitvorming door de raad van toezicht op een bepaald terrein voor en adviseren de raad daarover. Een belangrijke commissie, die in ieder geval wordt voorgeschreven voor grote semipublieke instellingen, is de auditcommissie. Toezicht op de financiële verslaggeving en risicobeheersingssystemen is bij een grote semipublieke instellingen, maar ook bij andere soorten stichtingen met een grote onderneming of een omvangrijk vermogen, een belangrijke taak van de raad van toezicht, waar relatief veel tijd aan besteed wordt. De auditcommissie kan ondersteuning bieden aan de raad van toezicht teneinde deze taak zo goed mogelijk te vervullen.

De wet bevat in geval van een taakverdeling tussen uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders in een *one tier board* de uitdrukkelijke mogelijkheid van vereenvoudigde besluitvorming: een besluit dat wordt genomen door niet uitvoerende bestuurders wordt toegerekend aan en geldt als een besluit van het gehele bestuur. Echter, ook in geval van een taakverdeling tussen gewone bestuurders zou ruimte moeten bestaan voor het nemen van bepaalde beslissingen door een taakbedeelde bestuurder.

Besluiten van de raad van toezicht hebben vanwege de aard van de toezichthoudende taak een meer algemeen karakter dan bestuursbesluiten. Bestuursbesluiten kunnen ook de *day-to-day business* betreffen. Bij de raad van toezicht gaat het om goedkeuring van belangrijke bestuursbesluiten en om belangrijke zelfstandige bevoegdheden van de raad, zoals besluiten tot schorsing van bestuurders en vaststelling van de jaarrekening. Besluiten van de raad van toezicht zullen dan ook, mede vanwege de collectieve eindverantwoordelijkheid van de raad, door de raad van toezicht als college genomen worden.

## 7.6 Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen

Bij veel soorten stichtingen is de raad van toezicht bevoegd om zijn eigen leden te benoemen en te ontslaan en ontbreekt een “verantwoordingsorgaan”. Mede om die reden is het van belang dat de raad van toezicht in het kader van *good governance* uitgebreid aandacht besteedt aan zijn profiel, zijn diverse samenstelling, het onafhankelijk (kunnen) functioneren van zijn leden, het structureren van het besluitvormingsproces binnen de raad en het opstellen van een duidelijke taakverdeling.

De raad van toezicht kan objectieve criteria en eisen voor zijn leden formuleren en vastleggen in een reglement. Dit bewerkstelligt dat de raad bij de (her)benoeming van zijn leden en bij zijn (zelf)evaluatie toetst en beargumenteert of aan de vastgestelde criteria is voldaan.

## HOOFDSTUK 7

In het voorgaande hoofdstuk werd geconcludeerd dat de specifieke taakopdracht van de raad van toezicht van een bepaalde stichting afhangt van het doel van de stichting, het type stichting, de omvang (van de onderneming, organisatie of het vermogen) van de stichting en de omstandigheden waarin de stichting zich bevindt. Afhankelijk van de taakopdracht van de raad van toezicht, bestaat binnen de raad behoefte aan specifieke en/of algemene kennis, expertise en vaardigheden van leden. Deze behoefte bepaalt in belangrijke mate de samenstelling en omvang van de raad van toezicht.

Besluiten van de raad van toezicht zijn de vrucht van onderling overleg. Het voeren van een discussie vanuit verschillende invalshoeken, expertises en achtergronden bevordert afgewogen besluitvorming binnen de raad van toezicht. Mede om die reden (ook in verband met de hierna te noemen zelfevaluatie en de mogelijkheid van schorsing van eigen leden) zou in de wet vastgelegd dienen te worden dat de raad in beginsel uit ten minste drie leden bestaat en streeft naar een evenwichtige, diverse samenstelling. Aangezien het voor sommige, bijvoorbeeld “kleinere” stichtingen kostbaar kan zijn om een raad van toezicht van ten minste drie leden te hebben, zou in de wet een uitzonderingsmogelijkheid geformuleerd kunnen worden. Sectorregels zouden dan voor bepaalde soorten stichtingen, zoals in ieder geval semipublieke instellingen, moeten bepalen dat zij geen gebruik mogen maken van deze uitzonderingsbepaling.

Diversiteit in karakters is belangrijk voor (het bevorderen van) de discussie binnen de raad. Bovendien is van belang dat de leden van de raad feitelijk onafhankelijk en integer zijn en kritisch kunnen opereren. Diversiteit kan worden gezocht in man-vrouwverdeling, maar ook in leeftijd en achtergrond, zeker wanneer de stichting zich richt op of diensten verricht ten behoeve van een breed samengesteld publiek.

Objectief bepaalbare onafhankelijkheidscriteria, maximale zittingstermijnen en maximale aantallen toezichthoudende en bestuurlijke functies die zijn opgenomen in governancecodes zouden, evenals diversiteitscriteria, in de eerste plaats indicatief van aard moeten zijn, dat wil zeggen: gemotiveerde afwijking door de raad van toezicht zou mogelijk moeten zijn.

In het Wetsvoorstel btrp is terecht een regeling opgenomen die er op neerkomt dat leden van de raad van toezicht, die een tegenstrijdig belang hebben bij een bepaald voorstel, zich dienen te onthouden van deelname aan de beraadslaging en de besluitvorming. In geval van tegenstrijdig belang van alle leden van de raad van toezicht is escalatie naar een ander orgaan doorgaans niet mogelijk. Escalatie naar een derde is mijns inziens onwenselijk. Volgens het Wetsvoorstel btrp dienen, in het geval de raad van toezicht het besluit neemt omdat alle leden van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang hebben, de overwegingen die aan het besluit ten grondslag hebben gelegen schriftelijk vastgelegd te worden.

## WAARBORGEN VOOR GOED TOEZICHT

Dit is mijns inziens een nuttige toevoeging, aangezien het de raad van toezicht dwingt het besluit op rationele wijze te beargumenteren. Wel is van belang dat de raad van toezicht aan dit vereiste inhoud geeft door aan te geven op welke gronden het besluit is genomen en in hoeverre het besluit bijdraagt aan het verwezenlijken van het stichtingsdoel.

Een zorgvuldig en gestructureerd en, in sommige gevallen, transparant besluitvormingsproces draagt bij aan de kwaliteit van de besluiten van de raad van toezicht. Ieder lid van de raad van toezicht moet aan de besluitvorming kunnen meewerken en moet tijdens de vergadering voldoende ruimte hebben om zijn standpunt naar voren te brengen. De voorzitter speelt hierbij een belangrijke rol. Voorts zijn heldere notulen van de vergadering van belang, ook voor de raad van toezicht zelf (bijvoorbeeld in verband met de zelfevaluatie), teneinde inzichtelijk te maken hoe een besluit tot stand gekomen is en wat de inhoudelijke afwegingen waren om tot het besluit te komen.

Een verdeling van taken tussen leden van de raad van toezicht bevordert deskundig en efficiënt toezicht. Het toebedelen van een bepaalde taak aan één of meer leden (waaronder een commissie) doet niet af aan de collectieve verantwoordelijkheid van de raad van toezicht. Een taakverdeling betekent dat het lid, de leden of de commissie die met een bepaalde taak is belast, voorbereidende en adviserende werkzaamheden verrichten, zodat de gehele raad van toezicht goed onderbouwde besluiten kan nemen over de desbetreffende onderwerpen.

### Aanbevelingen aan de wetgever:

- [Zie paragraaf 7.2.7 en 8.5.2] Boek 2 BW zou dienen te bepalen dat de raad van toezicht van een stichting, indien deze wordt ingesteld, uit ten minste drie leden bestaat, tenzij de statuten anders bepalen.
- [Zie paragraaf 7.3.4] Wat betreft het maximumaantal toezichthoudende functies hebben (indicatieve) voorschriften in sectorale governancecodes, waarvan gemotiveerd afgeweken kan worden, mijns inziens de voorkeur boven de huidige starre regeling in Boek 2 BW.
- [Zie paragraaf 7.2.6] Streefcijfers in verband met evenwichtige verdeling van zetels tussen mannen en vrouwen gelden op dit moment op grond van Boek 2 BW slechts voor (besturen en) raden van commissarissen van grote NV's en BV's. Indien en zolang dergelijke diversiteitsbepalingen met concrete streefcijfers voor man-vrouw verdeling in de wet zijn opgenomen, zouden zij ook voor (besturen en) raden van toezicht van grote stichtingen moeten gelden. Wat betreft streefcijfers voor man-vrouwverdeling hebben (indicatieve) voorschriften in sectorale governancecodes mijns inziens de voorkeur.

Aanbevelingen voor sectorale governancecodes:

- Sectorale governancecodes zouden voornamelijk indicatief moeten zijn en algemene principes in plaats van afvinklijstjes moeten bevatten die in individuele statuten, reglementen, bestuursverslagen en toezichtverslagen geadresseerd, toegelicht en gemotiveerd uitgewerkt moeten worden.
- [Zie paragraaf 7.3.5] In sectorcodes of handreikingen van brancheorganisaties dient benadrukt te worden dat de raad van toezicht, in geval van tegenstrijdig belang van alle leden, weliswaar een besluit kan nemen maar dat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen deugdelijk vastgelegd moeten worden.
- [Zie paragraaf 7.4.3] In (bijlagen bij) sectorale governancecodes of handreikingen die door brancheorganisaties worden opgesteld zouden nadere aanwijzingen en voorbeelden gegeven kunnen worden op het gebied van effectief vergaderen, evenwichtige besluitvorming en zorgvuldige notulering.
- [Zie paragraaf 7.2.4] Aan de raad van toezicht zelf zou een duidelijke(re) verantwoordelijkheid gegeven moeten worden in het kader van de beoordeling of zijn eigen leden geschikt zijn voor hun functie. Sectorale governancecodes zouden moeten voorschrijven dat de raad van toezicht een procedure vaststelt voor (a) zijn periodieke (zelf)evaluatie en (b) de (her) benoeming van leden van de raad van toezicht aan de hand van duidelijke, van tevoren opgestelde, objectieve criteria (waarbij inspiratie kan worden opgedaan bij wettelijke geschiktheidseisen in bepaalde sectoren).
- [Zie paragraaf 7.3.4] Sectorale governancecodes zouden indicatieve onafhankelijkheidscriteria moeten bevatten. In sectorcodes zou voorgeschreven moeten worden dat de raad van toezicht jaarlijks in een (openbaar te maken) verslag ten aanzien van elk van de leden afzonderlijk verklaart of zij geacht worden onafhankelijk te zijn. Afwijking van deze indicatieve onafhankelijkheidscriteria dient gemotiveerd te worden toegelicht.



## Hoofdstuk 8. Verantwoording en zelfevaluatie door de raad van toezicht

### 8.1 Inleiding

Heldere verantwoording over het gevoerde bestuur en het uitgeoefende toezicht is een essentiële voorwaarde voor derden om vertrouwen te kunnen stellen in de stichting. Het afleggen van verantwoording kan intern, aan andere stichtingsorganen, maar ook extern, aan externe belanghebbenden en “het publiek”, plaatsvinden. Corporatieve rechtspersonen hebben altijd een algemene vergadering waaraan de raad van commissarissen intern verantwoording aflegt, maar bij stichtingen is niet noodzakelijkerwijs een intern verantwoordingsorgaan aanwezig.

Hierna zal eerst ingegaan worden op interne en externe financiële verantwoording. Vervolgens komen (zelf)evaluatie van de raad van toezicht, schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht en de (on)mogelijkheid van het verlenen van decharge aan leden van de raad van toezicht aan de orde.

### 8.2 Jaarverslaggeving en verantwoording

#### 8.2.1 Inleiding

Externe verantwoording namens de stichting, door zowel het bestuur als door de raad van toezicht, is vervat in de jaarrekening, die door sommige soorten stichtingen openbaar gemaakt moet worden. Onderdeel van de jaarstukken is het bestuursverslag dat, anders dan de naam doet vermoeden, tevens een verslag van de raad van toezicht kan bevatten. Het is echter ook mogelijk dat de raad van toezicht een separaat verslag uitbrengt. Voor het gecombineerde verslag van het bestuur en de raad van toezicht zal hierna ook de term “verslag” gebruikt worden aangezien “bestuursverslag” soms verwarrend is.

De jaarrekening en het verslag hebben ook een interne verantwoordingsfunctie, zowel voor het bestuur als voor de raad van toezicht. Het bestuur van een stichting verantwoordt zich middels het bestuursverslag aan de raad van toezicht.

## HOOFDSTUK 8

In interne verhoudingen verantwoordt de raad van toezicht zich niet noodzakelijkerwijs aan een ander orgaan; de interne verantwoording stopt als het ware bij de raad van toezicht, tenzij de stichting een verantwoordingsorgaan kent (waarover hierna meer).

In interne verhoudingen kan een individueel lid van de raad van toezicht ook ter verantwoording geroepen worden door het orgaan of de instantie dat hem benoemd heeft (en vaak ook de bevoegdheid heeft hem te ontslaan). Het gaat dan om de beoordeling van het functioneren van het lid van de raad van toezicht. Het orgaan dat leden van de raad van toezicht benoemt is, zoals eerder opgemerkt, bij veel soorten stichtingen de raad van toezicht zelf. In dergelijke gevallen kan de raad van toezicht zijn eigen leden evalueren (zelfevaluatie).

### 8.2.2 Toezicht op de administratie en boekhouding

In een algemene bepaling in Boek 2 BW is geregeld dat het bestuur van iedere rechtspersoon verplicht is van de vermogenstoestand van de rechtspersoon een deugdelijke administratie te voeren (artikel 2:10 BW). Meer precies moet sprake zijn van een zodanige wijze van administratie dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon (zoals de fiscale verplichtingen) kunnen worden gekend. Het bestuur moet ieder jaar binnen zes maanden na afloop van het boekjaar de balans en staat van baten en lasten opmaken en op papier stellen.

Uit eerder genoemde rechtspraak volgt dat commissarissen (hetzelfde kan worden gezegd over leden van een raad van toezicht) niet *zelf* gehouden zijn tot naleving van de administratieplicht en publicatieplicht van artikel 2:394 BW, ook niet als het bestuur daarin tekort schiet, maar dat het wel hun taak is om op de nakoming van deze verplichtingen door het bestuur toezicht te houden (zie ook paragraaf 5.5.4).<sup>1</sup>

Bovendien volgt uit rechtspraak in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW, waarbij artikel 2:10 BW een belangrijke rol speelt, dat als maatstaf voor de administratie- en boekhoudplicht van artikel 2:10 BW gehanteerd wordt dat de administratie zodanig moet zijn dat snel inzicht kan worden verkregen in de debiteuren- en crediteurenpositie op enig moment. De debiteuren- en crediteurenpositie en de stand van de liquiditeiten moeten, gelet op de aard en omvang van de onderneming, een redelijk inzicht geven in de vermogenspositie van de onderneming.<sup>2</sup> Als er een raad van toezicht is ingesteld (verplicht of vrijwillig) is een belangrijk onderdeel van zijn taak om toe te zien op de nakoming

---

1. HR 28 juni 1996, *JOR* 1996/85 (Bodam Jachtservice).  
2. Zie Rechtbank Midden-Nederland, 19 juni 2013, *RO* 2013/65 (Landis) waarin wordt verwezen naar HR 11 juni 1993, *NJ* 1993/713 (Sarper).

van de boekhoudplicht. Uit de rechtspraak volgt dat de raad van toezicht informatie over de boekhouding actief dient op te vragen en dat de raad, zo nodig, dient in te grijpen als de boekhoudplicht niet voldoende wordt nagekomen.<sup>3</sup>

Het voeren van een zorgvuldige administratie vormt een belangrijk element voor een deugdelijke financiële verantwoording en daarmee ook voor goed toezicht.

### 8.2.3 *Interne verantwoording middels jaarverslaggeving*

Verantwoording door de raad van toezicht kan niet volledig los gezien worden van verantwoording door het bestuur. De toezichthoudende taak ligt immers – zoals reeds eerder werd geconstateerd – in het verlengde van de besturende taak.

Jaarstukken van de stichting vormen een instrument van interne verantwoording voor het bestuur. Voor iedere stichting geldt dat het bestuur jaarlijks, binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, een balans en staat van baten en lasten van de stichting moet opstellen (artikel 2:10 lid 2 BW). Voor stichtingen met een kleine onderneming<sup>4</sup> gelden echter, anders dan voor andere rechtspersonen met een kleine onderneming, op grond van Boek 2 BW geen verdere regels voor interne financiële verantwoording. Het bestuur van een vereniging met een kleine onderneming moet bijvoorbeeld verslag uitbrengen op de algemene vergadering over de algemene gang van zaken en het gevoerde beleid (artikel 2:48 BW). Het opstellen van een bestuursverslag is voor een stichting met een kleine onderneming niet voorgeschreven. De achtergrond van dit verschil tussen stichtingen en andere rechtspersonen is, dat stichtingen geen leden of aandeelhouders kennen en het bestuur dus ook niet op een jaarlijkse algemene vergadering van leden of aandeelhouders intern verantwoording hoeft af te leggen middels een bestuursverslag.

Stichtingen met een kleine onderneming vallen niet onder de jaarrekeningregels en niet onder de publicatieplicht van titel 9 van Boek 2 BW, evenmin als verenigingen met een kleine onderneming.

#### *Verantwoording door het bestuur*

Slechts stichtingen met een grote of middelgrote onderneming zijn verplicht een jaarrekening en een bestuursverslag op te stellen (artikel 2:300 lid 1 BW juncto 360 lid 3 juncto 396 BW). Ook de publicatieplicht (de hierna te noemen externe verantwoording) geldt slechts voor stichtingen met een middelgrote of

---

3. HR 28 juni 1996, *JOR* 1996/85 (Bodam Jachtservice).

4. Dat wil zeggen: een stichting die een of meer ondernemingen in stand houdt, waarvan de netto-omzet minder bedraagt dan € 4,4 miljoen (artikel 2:360 lid 3 BW juncto artikel 2:396 lid 1 onder b en 398 lid 4 BW).

## HOOFDSTUK 8

grote onderneming. Echter, op grond van veel sectorregels bestaat, in ieder geval voor semipublieke instellingen en pensioenfondsen, de verplichting om een bestuursverslag op te stellen, ook als sprake is van een kleine onderneming.

In de interne verhoudingen binnen de stichting wordt onder meer middels de jaarstukken rekening en verantwoording afgelegd. De jaarrekening (of balans en staat van baten en lasten) vormt de weerslag van de financiële positie, het vermogen en het resultaat van de stichting, dus in feite de financiële gevolgen van het gevoerde beleid. De beleids*verantwoording* van het bestuur volgt uit het bestuursverslag. In het bestuursverslag worden gevolgen van dit beleid in ruimere zin weergegeven.<sup>5</sup>

De jaarrekening en het bestuursverslag vormen dus in interne verhoudingen verantwoordingsdocumenten van het bestuur ten behoeve van de raad van toezicht en ten behoeve van eventuele andere organen binnen de stichting waaraan verantwoording moet worden afgelegd. Bovendien zijn deze stukken in interne verhoudingen informatiedocumenten, bijvoorbeeld ten behoeve van de ondernemingsraad. Indien sprake is van een stichting met een kleine onderneming is het, als gezegd, niet vereist om een jaarrekening en een bestuursverslag op te stellen. Dergelijke stichtingen zullen vaak geen raad van toezicht hebben, maar als er wel een raad van toezicht is ingesteld, kan de raad het bestuur vragen om een bestuursverslag of een vergelijkbaar document op te stellen teneinde toelichting te geven op het in het afgelopen boekjaar gevoerde beleid.

### *Ondertekening en vaststelling jaarrekening*

De door het bestuur opgestelde jaarrekening wordt mede ondertekend door de raad van toezicht (artikel 2:300 lid 2 BW). De raad van toezicht zal hiertoe pas overgaan als hij met de jaarrekening instemt. Aangenomen wordt dan ook dat ondertekening van de jaarrekening door de raad van toezicht inhoudt dat de raad van toezicht hiervoor instaat. Indien de handtekening van één van de bestuurders of leden van de raad van toezicht ontbreekt wordt dat gemeld onder opgaaf van redenen.

De jaarrekening van een stichting wordt niet alleen mede ondertekend maar ook vastgesteld door de raad van toezicht, tenzij de statuten een ander orgaan aanwijzen (artikel 2:300 lid 3 BW). Hoewel een wettelijke bepaling, anders dan bij NV's en BV's, ontbreekt, wordt aangenomen dat vaststelling van de jaarrekening niet automatisch decharge van bestuurders impliceert, maar dat hierover separaat besloten moet worden (zie par. 5.5.4 hiervoor).

---

5. Beckman 2005.

*Verantwoording door de raad van toezicht*

Stichtingen kennen geen algemene vergadering, zodat er niet noodzakelijkerwijs een “derde orgaan” is waaraan de raad van toezicht in interne verhoudingen verantwoording aflegt. Stichtingen *kunnen* wel een “derde orgaan” hebben, zoals een belanghebbendenorgaan of een deelnemersraad, en de statuten kunnen aan dit orgaan de bevoegdheid toekennen om de jaarrekening vast te stellen of goed te keuren (artikel 2:300 lid 3 BW). Overigens dient bij de toekenning van de bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening aan een belanghebbendenorgaan of aan een deelnemersraad in de gaten gehouden te worden of deze toekenning, in combinatie met eventuele andere bevoegdheden van dat orgaan, geen overtreding van het ledenverbod oplevert (zie par. 4.7). Organen kunnen ook op andere wijze invloed uitoefenen op de jaarrekening, bijvoorbeeld op grond van een adviesrecht.

Voor pensioenfondsen is in de Pw uitdrukkelijk geregeld dat er een speciaal “verantwoordingsorgaan” ingesteld wordt.<sup>6</sup> Dit verantwoordingsorgaan heeft adviesrechten ten aanzien van de jaarrekening en heeft onder meer de bevoegdheid “zich een oordeel te vormen over de bevindingen van de raad van toezicht” zoals deze blijken uit het verslag (artikel 115a leden 2 en 3 Pw). Semipublieke instellingen kennen wel een belanghebbendenorgaan (cliëntenraad, huurdersraad) maar geen “verantwoordingsorgaan”.

*Vaststelling jaarrekening en onderzoek accountant*

Voor stichtingen met een grote onderneming geldt dat de raad van toezicht aan een accountant in de zin van artikel 2:393 BW opdracht verleent om de jaarrekening te onderzoeken en een verklaring af te geven. Voor zorginstellingen en woningcorporaties bepalen sectorale regels eveneens dat er een externe accountant wordt benoemd teneinde de jaarrekening te onderzoeken.<sup>7</sup> De jaarrekening van dergelijke stichtingen wordt pas vastgesteld nadat de raad van toezicht of een ander orgaan dat krachtens de statuten bevoegd is om de jaarrekening vast te stellen kennis heeft genomen van de verklaring van de accountant.

Bij een accountantscontrole moet de accountant toetsen of het bestuursverslag aan de relevante (wettelijke) vereisten voldoet. Als de stichting een sectorcode toepast, zal de accountant aandacht besteden aan de verklaringen door het bestuur en door de raad van toezicht over de wijze van toepassing van de sectorcode. In een rapport uit 2016 over jaarverslagen van grote culturele instellingen wordt echter opgemerkt dat de accountant deze informatie niet altijd afzonderlijk, dus per codebepaling, controleert.<sup>8</sup>

6. Op grond van artikel 104 lid 2 Pw. Overigens stelt het bestuur van het pensioenfonds zelf de jaarrekening en het bestuursverslag vast, maar dient de raad van toezicht deze besluiten goed te keuren (artikel 104 lid 3 Pw).

7. 6.6.1 GCZ 2017 en 5.8 GCW 2015.

8. Aldus Rapport KPMG 2016.

8.2.4 *Externe verantwoording middels publicatie van jaarstukken*

*Publicatie via het handelsregister*

De plicht tot publicatie van jaarstukken via het handelsregister, ook wel openbare verantwoording genoemd, geldt, als gezegd, slechts voor stichtingen met een middelgrote of grote onderneming (artikel 2:394 BW).<sup>9</sup> In sommige sectoren stellen sectorregels voor alle stichtingen in die sector, ook als zij een kleinere onderneming hebben, publicatie van de jaarverantwoording verplicht. Dit geldt bijvoorbeeld voor zorginstellingen die beschikken over overheids-geld.<sup>10</sup> In het jaarrekeningenrecht en in sectorregels worden niet alleen eisen opgenomen ten aanzien van de publicatie van de jaarstukken, maar worden ook eisen gesteld aan de inhoud van het bestuursverslag, waarover hierna meer.

*Publicatie jaarstukken via een website*

Indien een stichting wil kwalificeren als algemeen nut beogende instelling (ANBI), waarmee de stichting belastingvrijstellingen geniet wanneer de stichting een schenking van een derde ontvangt, dienen volgens de ANBI-voorwaarden van de Belastingdienst jaarstukken (een balans, een staat van baten en lasten en een toelichting) gepubliceerd te worden op internet, dat wil zeggen: op een eigen internetsite of een gemeenschappelijke internetsite, bijvoorbeeld van een brancheorganisatie.<sup>11</sup> Ook fondsenwervende instellingen dienen op grond van sectorregels hun jaarrekening en bestuursverslag op hun website te plaatsen.<sup>12</sup>

In de Claimcode is bepaald dat de claimstichting een eigen, algemeen toegankelijke website heeft waarop voor belanghebbenden relevante informatie wordt geplaatst, waaronder een financiële verantwoording én een verantwoording door de raad van toezicht.<sup>13</sup>

Een subsidieverstrekende instantie kan aan de subsidieverlening de voorwaarde verbinden dat jaarlijks aan die instantie en/of aan andere derden (dus openbaar) verantwoording wordt afgelegd. De instantie kan bovendien aan de financiële verantwoording en aan het verslag bepaalde eisen stellen. Overigens staat het ook andere soorten stichtingen, die niet onder de jaarrekeningregels vallen omdat zij als klein kwalificeren en niet onder een vergelijkbare

---

9. Indien sprake is van een middelgrote onderneming gelden bepaalde vereenvoudigingen ten aanzien van zowel de inrichting, controle als openbaarmaking van de jaarstukken (artikel 2:397 leden 5 en 7 BW).

10. Dat wil zeggen: zorginstellingen die beschikken over geld uit de Wlz en de Zvw. Zij leveren jaarlijks hun verantwoording aan middels vragenlijsten welke openbaar worden gemaakt via de website van [www.jaarverslagenzorg.nl](http://www.jaarverslagenzorg.nl).

11. Zie ook artikel 5b lid 1 AWR.

12. Zie 3.4 en 3.5 van de SBF-Code 2015. Bovendien dient verantwoording afgelegd te worden op de website van het Centraal Informatiepunt Filantropie.

13. III.7 en VI. 8 Claimcode.

verplichting op grond van sectorregels vallen, vrij om vrijwillig hun balans, hun staat van baten en lasten en hun bestuursverslag openbaar te maken. Een kleine stichting, zoals een algemeen studiefonds, kan bijvoorbeeld te maken hebben met een onbepaalde groep begunstigden en/of externe belanghebbenden. Ook voor een kleinere stichting kan het van belang zijn dat aan belanghebbenden vrijwillig inzicht wordt geboden over de uitvoering van de taak van het bestuur en de raad van toezicht (het gevoerde beleid en het uitgeoefende toezicht). Heldere verslaggeving en transparantie speelt daarbij een belangrijke rol.

*Publicatieplicht voor alle stichtingen?*

In de literatuur is discussie gevoerd over de vraag of de publicatieplicht niet voor alle stichtingen zou moeten gelden, ongeacht de omvang van hun onderneming. Voorstanders wijzen op het feit dat alle stichtingen op deze manier gedwongen worden tot (een vorm van) maatschappelijke verantwoording.<sup>14</sup> In diverse onderzoeken is geconstateerd dat de transparantie van stichtingen te wensen overlaat,<sup>15</sup> hetgeen volgens sommigen bijvoorbeeld in de filantropische sector ongewenst is. In 2010 verscheen een concept wetsvoorstel waarin *alle stichtingen* verplicht werden hun staat van baten en lasten te publiceren.<sup>16</sup> Dit voorstel had vooral als achtergrond misbruik van stichtingen voor terrorismefinanciering te voorkomen. Nadat veel kritiek was geuit op dit voorstel, welke kritiek er onder meer op neerkwam dat een *one size fits all*-publicatieplicht niet het geëigende middel is om misbruik te bestrijden, is het niet tot een wetsvoorstel gekomen.<sup>17</sup>

Voor veel soorten stichtingen die beschikken over overheidsgeld of over geld van derden geldt, als gezegd, reeds op grond van diverse sectorregels dat zij hun jaarstukken moeten publiceren. Voor stichtingen die met private middelen een kleine onderneming drijven geldt, net als voor andere rechtspersonen met een kleine onderneming, dat zij te maken hebben met “externe belanghebbenden”, zoals verhuurders en leningverstrekkers. Ik meen dat er geen reden is om een onderscheid te maken tussen verschillende soorten rechtspersonen met een kleine onderneming.<sup>18</sup> Voor zowel stichtingen als andere rechtspersonen met

14. Zie onder meer Van der Ploeg 2011, p. 93-94.

15. Aldus de ‘Aanwijzing opsporing en vervolging faillissementsfraude’, *Stb.* 2009/40.

16. Zie [www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht\\_stichtingen](http://www.internetconsultatie.nl/publicatieplicht_stichtingen). Zie onder meer de brief van de staatssecretarissen van Veiligheid en Justitie en van Financiën over toezicht en verantwoording in de filantropische sector waarin de publicatieverplichting voor alle stichtingen wordt aangekondigd (*Kamerstukken II* 2012-2013, 32 740, nr. 13).

17. Onder meer Beckman 2010. Eén van de kritiekpunten is dat de wetgever is doorgeschoten in zijn doel om het gebruik van stichtingen voor ongeoorloofde doeleinden, zoals terrorismefinanciering, te bestrijden. Anderen, zoals Van der Ploeg (Van der Ploeg 2011, p. 93), kunnen zich niet vinden in deze kritiek.

18. Anders: Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 8.4.3.

## HOOFDSTUK 8

een kleine onderneming geldt, mijns inziens terecht, een wettelijke vrijstelling van de publicatieplicht. Voor sommige stichtingen, zoals bijvoorbeeld een stichting administratiekantoor of een stichting die als houdster fungeert en die geen (eigen) onderneming heeft, is dit een overbodige administratieve last. In het geval van een stichting administratiekantoor hebben derden er immers geen belang bij om inzicht te krijgen in jaarstukken, aangezien de stichting een zuiver privaat doel dient, namelijk: het beheren van aandelen (of andere vermogensbestanddelen) ten behoeve van certificaathouders. Vaak heeft een stichting administratiekantoor geen andere activiteiten dan het beheren van aandelen.

### 8.2.5 *Bestuursverslag en verslag van de raad van toezicht*

De minimale inhoud van het bestuursverslag en elementen die daarin aan de orde moeten komen volgen uit art 2:391 BW.

#### *Verantwoordelijkheid voor bestuursverslag en toezichtverslag*

Het bestuursverslag is, anders dan de jaarrekening, geen document dat door enig orgaan van de rechtspersoon formeel wordt vastgesteld. De jaarrekening van een stichting wordt, als gezegd, ondertekend door alle bestuurders en alle leden van de raad van toezicht, waarmee wordt bereikt dat zowel bestuurders als leden de raad van toezicht hiervoor instaan. Ondanks dat bestuurders en leden van de raad van toezicht het verslag niet hoeven te ondertekenen, zal het bestuur de inhoud van het bestuursverslag bespreken met de raad van toezicht. Dit vloeit voort uit het feit dat de jaarrekening en het bestuursverslag met elkaar samenhangen, op elkaar afgestemd moeten zijn en gelijktijdig openbaar gemaakt worden (zie ook artikel 2:391 en 394 lid 4 BW).<sup>19</sup> De gezamenlijke verantwoordelijkheid voor het bestuursverslag kan ook worden afgeleid uit het feit dat het bestuur verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken en het beleid, terwijl de raad van toezicht daar toezicht op houdt. Aangenomen wordt dan ook dat de raad van toezicht medeverantwoordelijk is voor het naar buiten gebrachte bestuursverslag.<sup>20</sup>

#### *Inhoud bestuursverslag*

Het bestuursverslag dient, in overeenstemming met de omvang en complexiteit van de stichting en de eventuele groepsmaatschappijen, een evenwichtige en volledige analyse te bevatten van de toestand op de balansdatum, de ontwikkeling gedurende het boekjaar en de resultaten. In het bestuursverslag wordt

---

19. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/508. Ook volgens Dortmond (Handboek NV en BV 2013, nr. 325.1) zal over het bestuursverslag met de raad van commissarissen worden gesproken. Als er een ondertekeningsplicht was geweest voor het bestuursverslag, zou het logisch zijn dat ook dit document mede ondertekend zou moeten worden door leden van de raad van toezicht. Aldus Beckman 2005.

20. Biesheuvel-Hoitinga, Bootsma & Hijink 2013.



gerapporteerd over de risicobeheersings- en controlesystemen. Het bestuursverslag geeft voorts een beschrijving van de voornaamste risico's en onzekerheden waarmee de stichting geconfronteerd wordt. Tot slot worden mededelingen gedaan over de verwachte gang van zaken. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen nadere eisen worden gesteld omtrent de inhoud van het bestuursverslag (artikel 2:391 lid 5 BW).

In sectorregels en in sectorale governancecodes worden extra eisen gesteld aan de inhoud van het bestuursverslag en worden aanvullende onderwerpen genoemd waarover gerapporteerd moet worden. Ook worden eisen gesteld aan de rapportage door de raad van toezicht. Zo moet de raad van toezicht van een culturele instelling over zichzelf informatie geven, zoals bijvoorbeeld informatie over de vergoeding van de leden van de raad van toezicht.<sup>21</sup> Verschillende onderdelen waarover de raad van toezicht moet rapporteren komen hierna aan de orde.

#### *Gecombineerd verslag of afzonderlijke verslagen*

Veel governancecodes bepalen dat het jaarlijkse (bestuurs)verslag ook een verslag van de raad van toezicht bevat waarin de raad zich verantwoordt over diverse hierna te noemen onderwerpen. Een afzonderlijk verslag van de raad van toezicht wordt niet altijd uitdrukkelijk voorgeschreven. Voor culturele instellingen verwijst de GCC 2014 op een aantal plaatsen naar het bestuursverslag en/of het verslag van de raad van toezicht.<sup>22</sup> Voor pensioenfondsen geldt op grond van de VITP-Toezichtcode 2014 dat de raad van toezicht jaarlijks een tekst aanlevert voor het bestuursverslag. De raad van toezicht van een pensioenfonds dient zich, als gezegd, afzonderlijk te verantwoorden ten opzichte van het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan, maar de raad kan er in overleg met het bestuur voor kiezen de verantwoording en de tekst voor het bestuursverslag in één document (een rapport) te combineren.<sup>23</sup> De GCZ 2017 laat voor zorginstellingen in het midden of een afzonderlijk verslag van de raad van toezicht vereist is, waardoor impliciet wordt toegestaan dat het verslag van de raad van toezicht wordt verwerkt in en gecombineerd met het bestuursverslag, bijvoorbeeld door een aparte paragraaf "verslag raad van toezicht" op te nemen in het bestuursverslag.

Het is voor veel stichtingen dus zowel toegestaan om een gecombineerd verslag op te stellen als twee afzonderlijke verslagen, die samen het "verslag" vormen. De primaire verantwoordelijkheid voor het bestuursverslag ligt, als gezegd, bij

---

21. Zie voor culturele instellingen bijvoorbeeld 7.3 GCC 2014. Deze informatie kan in plaats van in een bestuursverslag of toezichtverslag ook in de jaarrekening tot uitdrukking komen.

22. GCC 2014 onder 5.4. Het verslag van de raad van toezicht van een culturele instelling maakt volgens de GCC deel uit van het bestuursverslag (in de GCC 2014 wordt nog de term jaarverslag gebruikt) van de instelling.

23. VITP-Toezichtcode 2014, onder 6.2, p. 39-40.

het bestuur, maar de raad van toezicht draagt hier medeverantwoordelijkheid voor. De primaire verantwoordelijkheid voor het verslag van de raad van toezicht ligt echter bij de raad van toezicht, ook in gevallen waarin dit bericht door (het bestuur van) de stichting wordt voorbereid en/of wordt samengevoegd met het bestuursverslag.<sup>24</sup>

Zoals werd opgemerkt in par. 5.5.3, kan de raad van toezicht op grond van de statuten ook een aantal “eigen” of “zelfstandige” bevoegdheden hebben waarover hij zich ten volle moet verantwoorden, zoals de bevoegdheid om bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan en de bevoegdheid om bestuurdersbeloningen vast te stellen. Bovendien dient de raad van toezicht zich te verantwoorden over zijn eigen samenstelling. De vraag kan dan ook worden gesteld of het in verband met deze verantwoordelijkheidsverdeling, maar ook vanwege het bevorderen van de inzichtelijkheid over het functioneren van de raad van toezicht, niet zuiverder is als in sectorregels en sectorcodes expliciet wordt voorgeschreven dat beide verslagen, het bestuursverslag en het verslag van de raad van toezicht, duidelijk gescheiden moeten zijn.

*Het commissarissenverslag voor beursvennootschappen*

Ten aanzien van beursvennootschappen kwam een aantal jaar geleden in de literatuur de vraag aan de orde of de raad van commissarissen een eigen commissarissenverslag zou moeten opstellen en of dit verplicht gesteld zou moeten worden.<sup>25</sup> In antwoord daarop werd allereerst opgemerkt dat geen behoefte bestaat aan een commissarissenverslag dat een herhaling bevat van informatie uit het bestuursverslag. Het kan bovendien onwenselijk zijn om verschillen van inzicht tussen bestuur en raad van commissarissen te etaleren. De raad van commissarissen wordt immers, ook door medeondertekening van de jaarrekening, medeverantwoordelijk geacht voor (toezicht op) het door het bestuur gevoerde beleid en de algemene gang van zaken binnen de vennootschap. De raad van commissarissen zou dan ook, volgens sommige auteurs, in zijn verslag kunnen volstaan met het toelichten van de meer “procedurele aspecten” van zijn toezicht op het beleid van het bestuur.<sup>26</sup> Tegelijkertijd is van belang dat de raad van commissarissen een zekere zelfstandige, onafhankelijke rol speelt in relatie tot het bestuur, waarbij een zekere afstand hoort. Bij die rol is passend is dat de raad afzonderlijk verantwoording aflegt.

---

24. Zie ook Handboek NV en BV 2013, nr. 325.1 voor wat betreft het commissarissenverslag.

25. Biesheuvel-Hoitinga, Bootsma & Hijink 2013, p. 150-151.

26. Biesheuvel-Hoitinga, Bootsma & Hijink 2013, p. 150-151.

Bij beursvennootschappen komt de zelfstandige taak en rol van de raad van commissarissen nadrukkelijker naar voren dan bij gewone vennootschappen. De raad van commissarissen van een beursvennootschap heeft een aantal eigen bevoegdheden, bijvoorbeeld ten aanzien van het vaststellen van bestuurdersbeloningen. Inmiddels schrijft de NCGC voor beursvennootschappen uitdrukkelijk voor dat de raad van commissarissen een eigen commissarissenverslag opstelt. In het commissarissenverslag moeten onder meer worden opgenomen: de personalia van de raad van commissarissen, een verslag over het voldoen aan de onafhankelijkheidsvereisten die worden gesteld aan commissarissen, de aanwezigheid bij vergaderingen van de raad en de wijze waarop evaluatie van bestuurders en de wijze waarop zelfevaluatie van commissarissen heeft plaatsgevonden.<sup>27</sup>

*Verplicht stellen afzonderlijk toezichtverslag voor stichtingen?*

Ik meen dat het ook voor stichtingen die een raad van toezicht met “eigen bevoegdheden” hebben, zoals de benoeming van bestuurders en het vaststellen van hun beloning, van belang is als de raad een apart toezichtverslag opstelt. In het vorige hoofdstuk werden elementen genoemd, die de samenstelling en onafhankelijkheid van de raad van toezicht betreffen, die in ieder geval in het verslag van de raad van toezicht terug zouden moeten komen.

De raad van toezicht van sommige stichtingen, zoals semipublieke instellingen, heeft op grond van sectorregels zelfstandige bevoegdheden, waarmee de zelfstandige rol van de raad wordt benadrukt. Om die reden zou mijns inziens in sectorregels voor dergelijke instellingen voorgeschreven moeten worden dat de raad van toezicht in een *eigen verslag* verantwoording aflegt over de (wijze van) uitoefening van zijn bevoegdheden. Ook voor andere soorten stichtingen, zoals bijvoorbeeld culturele instellingen met raad van toezicht die de bevoegdheid heeft om bestuurders en de eigen leden van de raad van toezicht te benoemen, zou mijns inziens in een sectorcode een apart verslag van de raad van toezicht voorgeschreven dienen te worden.

Een sterke raad van toezicht zal, ook zonder daartoe verplicht te zijn, verantwoording willen afleggen aan de bij de stichting betrokken belanghebbenden. Om die reden zou de raad zijn verslag vrijwillig kunnen publiceren op een website van de stichting of van een brancheorganisatie. De raad van toezicht zou ook het verslag op andere wijze, bijvoorbeeld in een jaarlijkse nieuwsbrief, aan betrokken belanghebbenden ter beschikking kunnen stellen.

---

27. 2.3.11 NCGC 2016.

8.2.6 *Verslag over naleving van sectorale governancecodes*

Voor stichtingen in verschillende sectoren zijn governancecodes opgesteld. Governancecodes zijn een vorm van zelfregulering, waarbij in veel gevallen het principe “pas toe of leg uit” geldt. Zelfregulering houdt in dat de code zonder tussenkomst van de overheid is opgesteld bijvoorbeeld door een brancheorganisatie waarbij veel stichtingen in de desbetreffende sector zijn aangesloten. Stichtingen in die sector hebben zich verbonden aan de code, voeren deze uit en houden deze, eventueel middels een brancheorganisatie, actueel.

*Gebondenheid aan een sectorale code*

Het bestuur en de raad van toezicht van de stichting zijn verantwoordelijk voor de naleving van de toepasselijke sectorcode. Naleving is, net als bij de NCGC 2016, in veel gevallen gebaseerd op het ‘pas toe of leg uit’- principe.

Sommige sectorale governancecodes gelden (mede) op grond van lidmaatschapsverhoudingen. De governancecode zorg (GCZ 2017) geldt bijvoorbeeld voor door de overheid bekostigde of gefinancierde zorginstellingen die lid zijn van één van de brancheorganisaties die zijn aangesloten bij de Brancheorganisatie Zorg (BoZ). Blijkens de inleiding bij de GCZ 2017 is de inzet dat de code ook zo veel mogelijk wordt nageleefd door zorgaanbieders die geen lid zijn van één van de vijf genoemde brancheorganisaties. Ook andere zorginstellingen kunnen de code vrijwillig van toepassing verklaren, aldus de inleiding bij de GCZ 2017. Hoewel vrijwilligheid dus vooralsnog voorop lijkt te staan, is interessant om te zien dat de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) enige tijd geleden heeft aangekondigd goed bestuur meer bij het reguliere toezicht te betrekken en daarbij de naleving van de code prominent zal gaan gebruiken.<sup>28</sup>

Governancecodes kunnen niet alle stichtingen in een sector binden, waardoor ongerechtvaardigde verschillen kunnen ontstaan tussen stichtingen in die sector (zie ook paragraaf 9.2.2 hierna).<sup>29</sup>

---

28. Zie ook het ‘Gezamenlijk kader Goed Bestuur van de IGZ en de NZa’ op [www.igz.nl](http://www.igz.nl) en Plomp 2016, p. 105.

29. Om die reden kan in sectorwetgeving aan de minister in de desbetreffende sector de bevoegdheid worden gegeven (via een toelatings- of bekostigingsvoorwaarde) een of meer codes aan te wijzen die door de stichting in die sector nageleefd moeten worden met de verplichting jaarlijks verantwoording af te leggen over toepassing en naleving. Overes 2016, p. 62.

*Verantwoording afleggen aan wie?*

Bij een beursvennootschap leggen het bestuur en de raad van commissarissen aan de algemene vergadering verantwoording af over de naleving van de NCGC en voorzien eventuele afwijkingen van de principes en best practice-bepalingen van een inhoudelijke en overzichtelijke uitleg.

Stichtingen kennen geen algemene vergadering en om die reden is des te meer van belang dat stichtingen die belanghebbende derden kennen, met name derden die aan het vermogen van de stichting hebben bijgedragen (zoals donateurs), openbaar verantwoording afleggen.

*Gemotiveerde afwijking moet mogelijk zijn!*

Corporate governance is een kwestie van maatwerk en afwijkingen kunnen, zoals eerder opgemerkt, gerechtvaardigd zijn. Niet van alle bepalingen uit sectorcodes kan echter even gemakkelijk afgeweken worden. Afwijking van de principes en gedragsregels die voor zorginstellingen zijn opgenomen in de GCZ 2017 lijkt bijvoorbeeld lastig aangezien de GCZ 2017 niet gebaseerd is op het ‘pas toe of leg uit’-beginsel, maar het ‘pas toe *en* leg uit’-beginsel.<sup>30</sup> Een andere ontwikkeling in de zorg is dat sommige grote zorgverzekeraars, waarmee zorginstellingen contracten moeten sluiten, eisen stellen aan de statuten en reglementen. Zorginstellingen moeten aantoonbaar de GCZ 2017 hebben ingevoerd en met statuten kan een zorginstelling laten zien dat hij daaraan voldoet. Daarbij wordt weinig ruimte geboden voor afwijking van de code. In de literatuur is daarop, mijns inziens terecht, kritiek geuit.<sup>31</sup>

Afwijking van een bepaling uit een governancecode zou naar mijn mening mogelijk moeten zijn, zeker als afwijking geen afbreuk doet aan *good governance* en de verwezenlijking van het stichtingsdoel. De motivering waarom governancebepalingen wel en niet nageleefd worden is immers het meest interessant aangezien dit echte informatie biedt aan belanghebbenden.

8.2.7 *Samenvatting en conclusies*

De raad van toezicht houdt toezicht op het door het bestuur gevoerde beleid en de gang van zaken binnen de stichting. Het is dan ook niet voor niets dat het bestuur en de raad van toezicht gezamenlijk verantwoordelijkheid dragen voor de jaarrekening en het bestuursverslag. Het bestuur legt intern verantwoording af aan de raad van toezicht, maar vaak is er geen derde (verantwoordings-) orgaan, waaraan de raad van toezicht zelf intern verantwoording aflegt.

---

30. Aldus ook Plomp 2016, p. 119.

31. Zie onder meer Klaassen 2016.

## HOOFDSTUK 8

Openbare verantwoording middels publicatie van de jaarstukken is op grond van Boek 2 BW slechts voorgeschreven voor stichtingen met een middelgrote of grote onderneming. Voor stichtingen met een kleinere onderneming, die beschikken over publieke middelen (overheidsgeld, subsidies) en/of middelen van derden (bijvoorbeeld uit fondsenwerving) is echter ook van belang dat zij extern verantwoording afleggen. Sectorregels, sectorale governancecodes en beleidsregels van de overheid stellen verantwoording middels de jaarstukken verplicht en schrijven de wijze van openbaarmaking voor. Openbare verantwoording kan plaatsvinden door publicatie van de jaarstukken via het handelsregister maar ook via een eigen website van de stichting en/of een gezamenlijke website van een brancheorganisatie of, in het geval van sommige semipublieke instellingen, via een overheidswebsite.

De raad van toezicht kan op grond van de wet en/of de statuten van de stichting goedkeuringsbevoegdheden hebben ten aanzien van bestuursbeslissingen. De statuten van veel soorten stichtingen kennen aan de raad van toezicht ook zelfstandige, niet van het bestuur afgeleide, bevoegdheden toe, zoals benoeming en ontslag van bestuurders, beloning van bestuurders en benoeming van zijn eigen leden. Het ligt voor de hand dat de raad van toezicht daarover afzonderlijk verantwoording aflegt in een eigen verslag (waarover in de volgende paragraaf meer). In sectorregels en governancecodes zou voorgeschreven moeten worden dat de raad van toezicht in de desbetreffende sector een eigen afzonderlijk verslag opstelt, waarmee hij zich verantwoordt over (procedurele aspecten van) het toezicht op het bestuursbeleid, zijn zelfstandige bevoegdheden, zijn eigen samenstelling en (de wijze van evaluatie van) zijn functioneren. Een sterke raad van toezicht zal, ook zonder daartoe verplicht te zijn, verantwoording willen afleggen aan de bij de stichting betrokken belanghebbenden. De raad van toezicht kan daarom besluiten zijn verslag vrijwillig te publiceren, bijvoorbeeld op een website van de stichting, of zijn verslag op andere wijze aan betrokken belanghebbenden ter beschikking te stellen.

Het bestuur en de raad van toezicht zijn verantwoordelijk voor de naleving van de eventueel toepasselijke governancecode en leggen daarover verantwoording af. De motivering waarom een governancebepaling wel of niet is nageleefd, biedt aan belanghebbenden veel relevante informatie. Gemotiveerde afwijking van bepalingen uit governancecodes zou mogelijk moeten zijn, ook in de zorg, voor zover afwijking geen afbreuk doet aan *good governance* en evenmin aan de verwezenlijking van het stichtingsdoel.

## 8.3 Toezichtverslag en (zelf)evaluatie

### 8.3.1 *Inleiding*

In deze paragraaf komen verschillende elementen aan de orde die in het jaarlijkse verslag van de raad van toezicht opgenomen kunnen en moeten worden, waarbij ook wordt bezien welke elementen voor bepaalde typen en soorten stichtingen in het bijzonder van belang zijn.

Voor veel stichtingen geldt op grond van sectorregels en sectorcodes dat de raad van toezicht jaarlijks over bepaalde onderwerpen verslag uitbrengt. De raad van toezicht van een stichting kan zich, ook zonder daartoe verplicht te zijn, in een eigen verslag verantwoorden over één of meer van de hierna genoemde onderwerpen.

### 8.3.2 *Op maat gemaakt, inhoudelijk en informatief toezichtverslag*

#### *Typering van de stichting en governancestructuur*

De inhoud van de toezichthoudende taak hangt samen met het soort stichting waarop toezicht wordt gehouden. Het is daarom informatief als de raad van toezicht in zijn verslag een typering van de stichting geeft, waarin beschreven wordt in welke sector of omgeving de stichting opereert en welke specifieke (sectorale) regels van toepassing zijn,<sup>32</sup> of er een governancecode voor de sector is opgesteld en of deze wordt onderschreven.

Vermeld kan worden hoe de governancestructuur van de stichting er uit ziet, dat wil zeggen: hoe bestuur en intern toezicht zijn ingericht.<sup>33</sup> In het verslag kan toegelicht worden waarom de stichting een model met een raad van toezicht heeft: is instelling op grond van sectorregels verplicht of is de raad van toezicht vrijwillig ingesteld? Indien de raad van toezicht vrijwillig is ingesteld, kan worden omschreven wat de aanleiding daarvoor was.

De raad van toezicht kan voorts toelichten wat zijn algemene taakopdracht en specifieke taken binnen de stichting zijn. Informatief is ook als de raad van toezicht noemt wat zijn aandachtspunten zijn, welke toezichtsvisie hij hanteert

---

32. Relevant is ook om te vermelden of de stichting door de Belastingdienst als ANBI wordt gekwalificeerd.

33. Zie bijvoorbeeld voor culturele instellingen GCC 2014 bepaling 1.4. In het voorbeeldverslag bij de VITP-Toezichtcode 2014 is een voorbeeldindeling opgenomen. Wat betreft fondsenwervende instellingen, zie bijvoorbeeld 3.3 van de SBF-Gedragscode 2015.

## HOOFDSTUK 8

en welk toetsingskader hij gebruikt.<sup>34</sup> Uiteengezet kan worden welke toezichthoudende werkzaamheden de raad verricht en hoe het verslag tot stand komt.<sup>35</sup>

### *Inhoudelijk verslag*

De commissie Goed bestuur in het HBO constateerde in 2012 dat verslagen van raden van toezicht van hogescholen vooral beschrijvend van aard zijn. Ze maken melding van de belangrijkste onderwerpen en geven een overzicht van de belangrijkste goedgekeurde besluiten.<sup>36</sup> Ook ten aanzien van toezichtverslagen in de culturele sector is in 2016 opgemerkt dat deze vooral beschouwend en opsommend zijn; de vorm lijkt nog steeds boven inhoud te gaan.<sup>37</sup> De nadruk ligt nog (te) vaak op mededelingen van feitelijke of procesmatige aard waaruit de opvolging van de sectorcode kan worden afgeleid. Er is vaak geen inhoudelijke uiteenzetting over belangrijke onderwerpen en er is doorgaans nauwelijks sprake van kritische reflectie, aldus een rapport over verantwoording over toezicht in jaarverslagen in de cultuursector.<sup>38</sup>

### *Voorbeeldverslag*

Voor sommige stichtingen heeft de overheid een modeldocument opgesteld, zoals het Model Jaarverantwoording voor zorginstellingen, dat is opgesteld door het Ministerie van VWS.<sup>39</sup> De Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (VTW) heeft een handreiking opgesteld over het verslag van de raad van toezicht.<sup>40</sup> Voor pensioenfondsen is door de Vereniging Intern Toezichthouders Pensioensector (VITP) een voorbeeld van een toezichtverslag opgesteld dat tevens een bijlage is bij de VITP-Toezichtcode.<sup>41</sup> Ik meen dat het ook in andere sectoren van belang kan zijn om een eenvoudig voorbeeldverslag ter

---

34. Volgens Bijlage 7 van de VITP-Toezichtcode 2014 dient het pensioenfonds de algemene opdracht van de raad van toezicht en de eventuele specifieke aandachtspunten in het verslagjaar te omschrijven.

35. Zie ook Bijlage 7 van de VITP-Toezichtcode 2014.

36. Rapport HBO 2012, p. 9-10.

37. Aldus Rapport KPMG 2016.

38. Rapport KPMG 2016, p. 24.

39. Voor zorgstichtingen geldt de Regeling verslaggeving WTZi. Op grond van artikel 8a Regeling verslaggeving WTZi wordt de jaarverslaggeving van een zorginstelling opgesteld met gebruikmaking van het model jaardocument (te verkrijgen via de website [www.jaarverslagenzorg.nl](http://www.jaarverslagenzorg.nl)). Middels geïntegreerde jaarverantwoording kan een zorginstelling voldoen aan de vereisten voor jaarrekeningen in de zin van Titel 9 van Boek 2 BW, maar ook aan de Transparantie-eisen van de WTZi, de Wkkgz-regels in verband met medezeggenschap van cliënten en de regels in verband met bezoldiging (mede in verband met de WNT).

40. Zie de website [www.vtw.nl](http://www.vtw.nl).

41. VITP-Toezichtcode 2014, Bijlage 7.



beschikking te stellen, waarin elementen zijn opgenomen die verplicht zijn (op grond van sectorregels en sectorcodes), maar ook suggesties voor andere onderwerpen die relevant kunnen zijn. Een dergelijk voorbeeldverslag zou niet tot meer regels of een afvinklijstje moeten leiden, maar vooral structuur moeten bieden en onderwerpen moeten aandragen waarover de raad van toezicht zich zou moeten verantwoorden.

Een voorbeeldverslag kan helpen om de leesbaarheid en informatieve functie ten opzichte van derden te vergroten. Sommige formele eisen kunnen redelijk gestandaardiseerd weergegeven worden, maar bepaalde onderwerpen zouden juist meer inhoudelijk en informatief van aard moeten zijn.

### *8.3.3 Verslag over toezicht op het bestuursbeleid*

De primaire taak van de raad van toezicht is het houden van toezicht op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken binnen de stichting. Als gezegd, is de raad van toezicht medeverantwoordelijk voor het bestuursverslag en hoeft het verslag van de raad geen herhaling te zijn van het bestuursverslag. Wat betreft toezicht op het bestuursbeleid gaat het daarom vooral om de procedurele aspecten van dat toezicht.

#### *Informatievoorziening*

Zoals werd opgemerkt in par. 5.6 is het, met name voor grotere stichtingen, van belang dat er interne procedures zijn die er voor zorgen dat relevante informatie bij de raad van toezicht terecht komt. De raad van toezicht kan in het verslag omschrijven op welke manier informatievoorziening heeft plaatsgevonden en welke informatiebronnen de raad heeft gehanteerd. Toegelicht kan worden met welke personen de raad binnen de organisatie (al dan niet in het kader van regulier overleg of vergaderingen) heeft gesproken en welke externe deskundigen zijn geraadpleegd. Stichtingen met een grote onderneming of een groot vermogen kunnen omschrijven hoe vaak de raad van toezicht en/of de auditcommissie overleg met de externe accountant heeft gehad en hoe dit overleg was ingericht.<sup>42</sup>

#### *Toezicht op doelverwezenlijking en risicobeheersing*

In het bestuursverslag zal het bestuur uiteenzetten welke doelstellingen de stichting heeft en hoe is gewerkt aan realisatie van die doelstellingen. Risicobeheersing is als gezegd een belangrijk onderwerp dat in het bestuursverslag geadresseerd dient te worden, met name als sprake is van een stichting met een grote onderneming of een groot vermogen. Het bestuur legt aan de raad van

---

42. Zie ook 1.7 NCGC 2016 en 6.6 GCZ 2017.

toezicht verantwoording af over de effectiviteit, de opzet en de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. De raad van toezicht kan in zijn toezichtverslag rapporteren hoe toezicht is gehouden op de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. Hoewel het ook hierbij met name gaat om de procedurele benadering, dienen eventueel geconstateerde knelpunten (risico's) en bijzondere gebeurtenissen in het afgelopen boekjaar te worden genoemd. Hoe is het bestuur omgegaan met de gesignaleerde risico's?

Wat betreft een aantal onderzochte grotere culturele instellingen komt uit onderzoek naar voren dat toezicht op risicobeheersing en verantwoording daarvoor, op enkele uitzonderingen na, niet duidelijk in de toezichtverslagen aan de orde kwamen.<sup>43</sup>

#### *Goedgekeurde bestuursbesluiten*

Bij veel soorten stichtingen zijn belangrijke bestuursbesluiten op grond van sectorregels of codes onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. De raad van toezicht kan in het verslag vermelden aan welke (belangrijke) bestuursbesluiten goedkeuring is verleend in het afgelopen boekjaar. Voor zorginstellingen is dit bijvoorbeeld uitdrukkelijk voorgeschreven.<sup>44</sup>

Zoals opgemerkt in paragraaf 6.6.6 is het van belang dat de raad van toezicht inzicht geeft in geconstateerde tegenstrijdige belangen van bestuurders, voor zover deze van materiële betekenis zijn voor de stichting, en dat de raad aangeeft hoe hij daarmee omgegaan is.<sup>45</sup> Transparantie over tegenstrijdige belangen is onder meer van belang voor stichtingen die (mede) beschikken over overheids-geld en subsidies (zoals semipublieke instellingen en culturele instellingen) of geld van derden (zoals fondsenwervende instellingen, ANBI's). De raad van toezicht kan er voor kiezen om bestuursbesluiten waarbij sprake was van tegenstrijdige belangen die door de raad van toezicht zijn goedgekeurd met een toelichting in het toezichtverslag op te nemen. Voor culturele instellingen is opnemng in een verslag bijvoorbeeld in de GCC 2014 verplicht gesteld.<sup>46</sup> Het lijkt er echter op dat raden van toezicht bij culturele instellingen terughoudend zijn met het vermelden van dergelijke besluiten.<sup>47</sup>

---

43. Aldus Rapport KPMG 2016, p. 25.

44. Model Jaarverantwoording zorg en jeugd 2016, p. 49 onder B.3

45. Zie voor culturele instellingen bijvoorbeeld 8.8 en 8.10 GCC 2014.

46. GCC onder 8.8.

47. Uit het Rapport KPMG 2016 blijkt dat geen van de onderzochte jaarrekeningen van culturele instellingen melding maakt van besluiten waarbij sprake was van tegenstrijdig belang.

*Beoordeling functioneren van bestuurders*

De raad van toezicht kan in zekere zin worden aangemerkt als “werkgever” van de stichtingsbestuurders. Als de bestuurders een arbeidsrelatie hebben, is strikt genomen de stichting zelf werkgever, maar de raad van toezicht kan deze rol namens de stichting ten opzichte van de bestuurders uitoefenen.<sup>48</sup> In verband met die “werkgeversrol” kan de raad van toezicht omschrijven of en op welke wijze het functioneren van bestuurders in het verslagjaar is beoordeeld.<sup>49</sup> Sommige codes bepalen overigens dat de voorzitter er in het bijzonder op toeziet dat de bestuurders één keer per jaar worden beoordeeld.<sup>50</sup>

*Beloning van bestuurders en beloningsbeleid*

Als de stichting beschikt over overheidsgeld en/of geld van derden is het van belang dat het verslag vermeldt welke beloningen bestuurders voor hun werkzaamheden hebben ontvangen. Voor de beloning van bestuurders van semi-publieke instellingen dienen in dat verband de bepalingen van de Wet Normering Topinkomens (WNT) in acht genomen te worden. Voor culturele instellingen en fondsenwervende instellingen is bepaald dat het bestuur in het (bestuurs) verslag informatie geeft over het algemene beloningsbeleid, maar ook over individuele beloningen en over de duur van de contracten met bestuurders.<sup>51</sup> Indien er een raad van toezicht is ingesteld, zal de raad doorgaans het stichtingsorgaan zijn dat het beloningsbeleid maar ook de beloning van individuele bestuurders vaststelt. In dat geval kan informatie over (de hoofdlijnen van) het beloningsbeleid ook in het toezichtverslag opgenomen worden.<sup>52</sup>

*8.3.4 Verslag over de samenstelling en het functioneren van de raad van toezicht zelf*

In het voorgaande hoofdstuk werden diverse elementen genoemd die de samenstelling van de raad van toezicht betreffen, dus elementen die de raad zelf aangaan en waarover de raad in het toezichtverslag verantwoording dient af te leggen. In sommige gevallen volstaat een feitelijke opsomming, maar voor veel onderwerpen geldt dat de toelichting het meest interessant is. Indien er een governancecode van toepassing is en de raad afwijkt van een of meer bepalingen, moet

---

48. Zie ook GCZ 2017.

49. Stichtingen die een grote onderneming hebben (zoals semipublieke instellingen) of een groot vermogen beheren (zoals fondsenwervende instellingen) kunnen streefwaarden en prestatie-indicatoren (*key performance indicators*) formuleren voor het bestuur. In dat geval toetst de raad van toezicht of aan de prestatie-indicatoren is voldaan. Zie 3.2 van de SBF-Code 2015.

50. 3.22 GCW 2015.

51. Zie 4.3 GCC 2014. Het verslag van een fondsenwervende instelling dient op grond van RJ 650.321 het bedrag van de bezoldiging (en de omvang van het dienstverband) van iedere bestuurder en toezichthouder te vermelden.

52. Zie ook artikel 3.2 NCGC 2016.

de reden van afwijking in ieder geval toegelicht worden. Hieronder komen onderwerpen die de raad van toezicht zelf betreffen aan de orde.

#### *Samenstelling*

De raad van toezicht omschrijft in het verslag zijn omvang en samenstelling. Van de zittende leden kunnen de personalia en overige relevante gegevens worden vermeld, bijvoorbeeld in een kort CV.<sup>53</sup> Daarbij kunnen nevenfuncties en andere toezichthoudende functies worden opgesomd.<sup>54</sup> Het verslag kan omschrijven hoe de raad van toezicht onafhankelijkheid heeft gewaarborgd. Voorts kan uitdrukkelijk vermeld worden welke leden de raad van toezicht als onafhankelijk beschouwt.<sup>55</sup> Tot slot kan worden ingegaan op (doelstellingen op het gebied van) diversiteit binnen de raad van toezicht.

#### *Taakverdeling en commissies*

Het verslag biedt voorts inzicht in de functies en taken van de leden van de raad van toezicht. In het verslag kan omschreven worden wat het afgelopen jaar gedaan is aan scholing en training van leden van de raad van toezicht. Bovendien kan de algemene profielschets opgenomen worden, die uitgebreidere informatie over (gewenste en aanwezige) deskundigheden bevat. Indien er één of meer commissies zijn ingesteld die handelen onder de verantwoordelijkheid van de raad van toezicht, ligt het voor de hand dat de raad van toezicht verslag uitbrengt van de samenstelling, de taak en de werkzaamheden van deze commissies in het afgelopen jaar.<sup>56</sup> Zo zal bijvoorbeeld de raad van toezicht van een semipublieke instelling verslag doen van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen van de auditcommissie.<sup>57</sup>

---

53. In ieder geval geldt voor zorginstellingen en pensioenfondsen dat in het verslag een overzicht gegeven wordt van de namen van de leden van de raad van toezicht en hun functies. Ministerie van VWS, Model Jaarverantwoording zorg en jeugd 2016, p. 50 onder B.4 en Bijlage 7 bij VITP-Toezichtcode 2014. Zie ook bepaling 2.1.2 NCGC 2016.

54. Voor onder meer culturele instellingen en zorginstellingen geldt een verplichting tot het vermelden van nevenfuncties van leden van de raad van toezicht in het verslag, GCC 2014 onder 8.10.

55. Zie ook NCGC 2.1.8 en voor zorginstellingen: Model Jaarverantwoording zorg en jeugd 2016, p. 50 onder B.4.

56. In ieder geval moeten zorginstellingen dit beschrijven. Ministerie van VWS, Model Jaarverantwoording zorg en jeugd 2016, p. 50 onder B.4.

57. In het commissarissenverslag van een beursvennootschap wordt op grond van de NCGC in ieder geval verslag gedaan van de conclusies en aanbevelingen van de auditcommissie (1.3.6 NCGC), de besprekingen met de auditcommissie (1.5.4) en de redenen van het niet overnemen van het advies van de auditcommissie ten aanzien van de te benoemen externe accountant (voor zover van toepassing). Wat betreft andere commissies wordt verslag gedaan over de uitvoering van de taakopdracht van die commissies (2.3.5 NCGC).

*Rooster en benoemingstermijnen*

Indien er maximale (her)benoemingstermijnen gelden op grond van een eventueel toepasselijke governancecode<sup>58</sup> en/of op grond van de statuten of een reglement, kunnen deze in het verslag vermeld worden. Indien in het afgelopen jaar is afgeweken van geldende maximale (her)benoemingstermijnen, kan dit in het verslag toegelicht worden.<sup>59</sup> In het toezichtverslag of in een apart document kan, voor zover van toepassing, het rooster van aftreden worden opgenomen.<sup>60</sup> Indien er in het afgelopen jaar nieuwe leden zijn benoemd, kan inzicht worden gegeven in de wijze waarop de nieuwe leden zijn geworven en hoe het selectieproces heeft plaatsgevonden.<sup>61</sup>

*Vergaderingen*

In het verslag kan informatie worden verstrekt over de vergaderingen die zijn gehouden in het verstreken boekjaar, waaronder het aantal vergaderingen en de onderwerpen van de vergaderingen. Daarbij kan vermeld kan worden welke leden wel en niet aanwezig waren.<sup>62</sup> Ook kan worden aangegeven of in één of meer vergaderingen bestuurders en eventuele andere personen aanwezig waren.

*Tegenstrijdig belang van leden van de raad van toezicht*

De raad van toezicht kan verslag doen over omgang met tegenstrijdige belangen van zijn eigen leden. Indien alle leden van de raad van toezicht een tegenstrijdig belang hebben, dienen op grond van het Wetsvoorstel btrp de overwegingen die aan het besluit ten grondslag hebben gelegen schriftelijk vastgelegd te worden. Deze besluiten en de overwegingen kunnen tevens genoemd worden in het toezichtverslag.

*Beloningen en vergoedingen van leden van de raad van toezicht*

Veel sectorregels en sectorcodes<sup>63</sup> schrijven voor dat de beloningen en vergoedingen die de leden van de raad voor hun werkzaamheden hebben ontvangen vermeld moeten worden in de jaarstukken. Ook een raad van toezicht die hiertoe niet uitdrukkelijk verplicht is kan er voor kiezen om deze gegevens op te nemen.

---

58. Voor culturele instellingen geldt dat maximale termijnen en het rooster van aftreden genoemd moeten worden (6.9 en 6.10 GCC 2014)

59. Zie ook 2.2.2 NCGC 2016.

60. In het commissarissenverslag van een beursvennootschap dient volgens bepaling 2.1.2 NCGC van iedere commissaris het tijdstip van de eerste benoeming en de lopende termijn vermeld te worden.

61. Zorginstellingen dienen in het verslag aan te geven of en hoe deze openbare werving heeft plaatsgevonden.

62. Zie ook bepaling 2.4.3 NCGC 2016.

63. Zie voor culturele instellingen bijvoorbeeld 7.3 GCC 2014.

## HOOFDSTUK 8

Naast de concrete vergoedingen, kan het beleid met betrekking tot beloning van leden van de raad van toezicht vermeld worden. Zo moeten zorginstellingen in het verslag omschrijven of er een beleid is met betrekking tot de beloning van toezichthouders, hoe dit beleid eruit ziet en op welke manier dit in het verslagjaar in de praktijk is gebracht.

Tot slot komt in het verslag de (zelf)evaluatie van de raad van toezicht aan de orde, dat wil zeggen: de wijze waarop evaluatie van de raad van toezicht in het afgelopen boekjaar heeft plaatsgevonden. Hierna wordt afzonderlijk op dit onderwerp ingegaan.

### 8.3.5 *Zelfevaluatie*

Vanwege het ontbreken van een algemene vergadering kennen stichtingen niet noodzakelijkerwijs een “derde orgaan” dat de bevoegdheid heeft om leden van de raad van toezicht te schorsen en te ontslaan indien zij onvoldoende functioneren. Om die reden is het zelfreinigend vermogen van de raad van toezicht extra van belang. Als gezegd benoemt de raad van toezicht bij veel soorten stichtingen, in ieder geval bij semipublieke instellingen, zijn eigen leden en is er geen intern verantwoordingsorgaan. Om die reden dient de raad het functioneren van zijn eigen leden en van de commissies die uit zijn midden zijn samengesteld regelmatig zelf te evalueren en te beoordelen.

Wat betreft woningcorporaties heeft de Vereniging van toezichthouders in woningcorporaties (VTW) enkele jaren geleden terecht opgemerkt, dat naar mate interne toezichthouders van woningcorporaties serieus invulling geven aan het proces van zelfevaluatie en de belangrijkste conclusies en verbeterpunten uit de zelfevaluatie vermelden in hun jaarlijkse verslag, de politiek en de samenleving meer vertrouwen hebben in het functioneren van corporaties en het interne toezicht hierop.<sup>64</sup> Ook voor wat betreft pensioenfondsen wordt in de Code Pensioenfondsen 2014 en de VITP-Toezichtcode 2014 zelfevaluatie als een continu aandachtspunt voor de raad van toezicht genoemd.<sup>65</sup>

Naar aanleiding van onderzoek in 2016 naar de verantwoording door de raad van toezicht van culturele instellingen, is opgemerkt dat uit jaarverslagen van culturele instellingen niet of nauwelijks blijkt dat sprake is geweest van kritische reflectie door de raad van toezicht op het eigen functioneren en de eigen

---

64. Vereniging van toezichthouders in woningcorporaties (VTW), ‘Evaluatie van de raad van commissarissen en zijn leden. Handreiking voor raden van commissarissen van woningcorporaties’, 2011.

65. VITP-Toezichtcode 2014, onder 7.2, p. 41-42. Volgens de Code Pensioenfondsen 2014 is het eigen functioneren voor de raad van toezicht een continu aandachtspunt. Code Pensioenfondsen 2014, norm 55.

samenstelling.<sup>66</sup> Ik meen dat het voor alle stichtingen van belang is dat de raad van toezicht regelmatig voldoende aandacht besteed aan kritische en inhoudelijke zelfevaluatie. Hiervoor bestaan allerhande handreikingen, zowel van commerciële organisaties als van brancheorganisaties.<sup>67</sup>

#### *Procedure*

De evaluatie dient bij voorkeur plaats te vinden aan de hand van een vooraf vastgestelde procedure, waarin een aantal beoordelingscriteria is opgenomen en een gemeenschappelijk referentiekader is geformuleerd, bijvoorbeeld aan de hand van normen die zijn opgenomen in de toepasselijke sectorcode. Voor wat betreft woningcorporaties bepaalt artikel 30 lid 11 Woningwet dat *de statuten* van de woningcorporatie voorschriften bevatten omvat omtrent de beoordeling van het functioneren van de raad van toezicht. Ik meen echter dat een reglement een meer geëigende plek is voor de uitwerking van een procedure van zelfevaluatie.

Een periodieke zelfevaluatie dient volgens de meeste codes en sectorregels ten minste eenmaal per jaar plaats te vinden.<sup>68</sup> In diverse rapporten en handreikingen wordt genoemd dat niet elk jaar alles geëvalueerd hoeft te worden. Variatie in aanpak kan soms nuttig zijn: beter jaarlijks één of meer onderwerpen grondig evalueren dan ieder jaar alles een beetje.

Een evaluatie van de raad van toezicht geschiedt buiten de aanwezigheid van het bestuur, maar de raad van toezicht kan zich van tevoren wel op de hoogte stellen van de visie van het bestuur op het functioneren van de raad van toezicht en zal het bestuur naderhand informeren over de uitkomsten van de evaluatie.

#### *Onderwerpen*

In het kader van de zelfevaluatie dienen onder meer aan de orde te komen of de geschiktheid en beschikbaarheid van de leden van de raad van toezicht op niveau is en of de leden voldoende complementair zijn, of zij zich individueel en collectief voldoende onafhankelijk hebben opgesteld en of de onderlinge

---

66. Rapport KPMG 2016, p. 7.

67. Zie bijvoorbeeld de zelfevaluatiescan voor culturele instellingen van Stichting Cultuur +Ondernemen, de Handreiking voor raden van commissarissen van woningcorporaties van de VTW en Bijlage 8 (Handreiking voor zelfevaluatie) bij de VITP-Toezichtcode 2014 voor pensioenfondsen.

68. Voor semipublieke instellingen geldt in het Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht, waarin de verplichting is opgenomen jaarlijks het eigen functioneren te evalueren (p. 3 van 'Gemeenschappelijk normenkader voor financieel beheer, verantwoording en intern toezicht', Bijlage 1 bij Brief van de Minister van Financiën over Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 822, nr. 1). Ook op grond van 7.3.1 GCZ 2017 geldt voor zorginstellingen dat de raad van toezicht zijn functioneren ten minste één keer per jaar evalueert buiten de aanwezigheid van het bestuur en de uitkomsten daarvan vastlegt.

## HOOFDSTUK 8

samenwerking goed is geweest. Bovendien kan aandacht worden besteed aan inhoudelijke aspecten van het toezicht en kunnen lessen worden getrokken uit zaken die zich hebben voorgedaan.<sup>69</sup>

De VITP-Toezichtcode 2014 noemt ook de wijze van vergaderen als een punt dat in het verslag aan de orde moet komen, waarbij het functioneren van de voorzitter aparte aandacht dient te krijgen. Volgens DNB, die toezicht houdt op financiële instellingen, waaronder pensioenfondsen, zou een onderdeel van de zelfevaluatie moeten zijn dat wordt nagegaan of er collectieve gedragspatronen binnen de raad van toezicht bestaan die effectief functioneren belemmeren.<sup>70</sup> In de VITP-Toezichtcode 2014 is ten slotte de suggestie opgenomen dat de raad van toezicht elementen uit de zelfevaluatie die de interactie met het bestuur en het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan betreffen, met deze organen bespreekt.

De hoofdlijnen van de uitkomsten van de evaluatie en de wijze waarop de evaluatie heeft plaatsgevonden worden, als gezegd, opgenomen in het toezichtverslag.

### *Begeleiding door een derde*

Voor sommige soorten stichtingen waaronder in ieder geval woningcorporaties, zorginstellingen, hogescholen en pensioenfondsen geldt dat zij de zelfevaluatie periodiek door een onafhankelijke derde moeten laten begeleiden: wat betreft woningcorporaties minimaal eenmaal per twee jaar en wat betreft zorginstellingen, hogescholen en pensioenfondsen eenmaal per drie jaar.<sup>71</sup> De Woningwet schrijft zelfs voor dat de statuten van een woningcorporatie voorschriften bevatten over de aan te wijzen derde, de wijze en de frequentie van de evaluatie (met inachtneming van de genoemde minimumfrequentie) (artikel 30 lid 11 Woningwet). De begeleiding door een derde is voor hogescholen voorgeschreven in de toepasselijke sectorcode en is opgenomen naar aanleiding van een aanbeveling van de commissie Goed bestuur in het HBO uit 2012. De commissie constateerde dat, hoewel zelfevaluatie bij hogescholen inmiddels goed gebruik was, de meerderheid van de raden van toezicht nog niet werkte met externe begeleiding. Dat beschouwde de commissie als een gemis en een risico: vreemde ogen dwingen, een derde kan met een frisse blik kijken naar ingesleten gewoontes en patronen.<sup>72</sup>

---

69. Zie NCGC onder 2.2.6 en 2.2.8.

70. Van Dijk & Nuijts 2015.

71. Artikel 30 lid 11 Woningwet, 7.3.1. van de GCZ 2017, III.1.7 Branche-code goed bestuur hogescholen 2013 en Code Pf 2014, norm 55

72. Rapport HBO 2012, p. 9-10.



## VERANTWOORDING EN ZELFEVALUATIE DOOR DE RAAD VAN TOEZICHT

De GCZ 2017 noemt voor zorginstellingen als de bij de zelfevaluatie te betrekken derde: de onafhankelijke, externe deskundige. De Code Pensioenfondsen 2014 is minder strikt en licht de begeleiding door een derde als volgt toe: “Een evaluatie wordt effectiever als er ook personen van buiten de eigen kring bij worden betrokken, om het proces te begeleiden of het functioneren te observeren. Dat geeft andere inzichten dan wanneer een raad van toezicht strikt intern evalueert. Een derde partij kan op verschillende manieren bij het proces worden betrokken. Het betekent niet per definitie dat een extern bureau moet worden ingeschakeld. Een onafhankelijke voorzitter of een deskundige uit de directe omgeving is ook een optie.”

Niet voor iedere stichting zal een evaluatie onder begeleiding van een derde nodig zijn. Bovendien heeft niet elke stichting voldoende financiële middelen om dat te kunnen doen. In bijzondere omstandigheden kan het echter van belang zijn, ook voor kleinere stichtingen: met name als de raad van toezicht zelf dreigt “vast te lopen”. Dat wil zeggen: als de raad van toezicht de kwaliteit en professionaliteit van zijn eigen functioneren niet meer kan garanderen.

### 8.3.6 *Samenvatting en conclusies*

Het toezichtverslag is een belangrijk middel waarmee de raad van toezicht zich jegens interne en externe belanghebbenden verantwoordt. De raad van toezicht dient in zijn verslag de belangrijkste onderwerpen waarmee hij in het verslagjaar is geconfronteerd inhoudelijk toe te lichten. Zoals gezegd zal een sterke raad van toezicht, ook zonder daartoe verplicht te zijn, verantwoording willen afleggen over zijn toezicht aan de bij de stichting betrokken belanghebbenden.

Sommige onderdelen van het toezichtverslag kunnen redelijk gestandaardiseerd weergegeven worden, maar andere onderdelen dienen juist inhoudelijk en informatief te zijn en daadwerkelijk informatie te geven. In sommige sectoren kunnen brancheorganisaties of verenigingen van toezichthouders behulpzaam zijn met een eenvoudig voorbeeldverslag, waarin onderwerpen worden genoemd die (in ieder geval) inhoudelijk in het verslag van de raad van toezicht uitgewerkt moeten worden.

Wat betreft toezicht op het bestuursbeleid gaat het in het toezichtverslag, dat geen herhaling zou moeten zijn van het bestuursverslag, vooral om de procedurele aspecten van toezicht. Risicobeheersing is een belangrijk onderwerp dat in het bestuursverslag geadresseerd dient te worden, met name bij een stichting met een grote onderneming of een groot vermogen. De raad van toezicht kan in zijn toezichtverslag rapporteren hoe toezicht is gehouden op de werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen. De raad van toezicht kan in het

## HOOFDSTUK 8

verslag voorts vermelden aan welke (belangrijke) bestuursbesluiten goedkeuring is verleend in het afgelopen boekjaar, waaronder besluiten waarbij sprake was van tegenstrijdige belang tussen de stichting en één of meer bestuurders. In verband met zijn “werkgeversrol” zal de raad van toezicht dienen te omschrijven of en op welke wijze het functioneren van bestuurders in het verslagjaar is beoordeeld. Met name als de stichting beschikt over overheidsgeld en/of geld van (andere) derden is het van belang dat het verslag vermeldt wat het beloningsbeleid inhoudt en welke beloningen aan bestuurders zijn toegekend.

De raad van toezicht licht in het verslag bovendien zijn eigen samenstelling en functioneren toe, waarbij deskundigheid en onafhankelijkheid van de leden aan de orde komen. Voorts licht de raad van toezicht zijn werkwijze en functioneren (zelfevaluatie) inhoudelijk toe. Daarnaast kunnen een eventuele taakverdeling, rooster van aftreden, frequentie van vergaderingen en aanwezigheid tijdens vergaderingen aan de orde komen. Tot slot kan de raad van toezicht informatie geven over beloning van leden van de raad van toezicht en eventuele tegenstrijdig belangsituaties tussen de stichting en leden van de raad van toezicht.

Vanwege het feit dat de raad van toezicht van veel soorten stichtingen zijn eigen leden benoemt, schorst en ontslaat en er vaak geen intern verantwoordingsorgaan aanwezig is, is het van belang dat de raad van toezicht zichzelf ten minste één keer per jaar evalueert, de uitkomsten van deze evaluatie bespreekt en vastlegt. Bij de zelfevaluatie kan, naast de beoordeling van de samenstelling en competenties van de raad van toezicht, aandacht besteed worden aan inhoudelijke aspecten van het toezicht, maar ook aan de onderlinge interactie tussen leden van de raad van toezicht en de interactie met het bestuur en eventuele andere stichtingsorganen. Voor veel soorten stichtingen is terecht in governancecodes of sectorregels voorgeschreven dat de zelfevaluatie één keer in de twee of drie jaar door een derde begeleid wordt. Het betrekken van een derde bij de (zelf)evaluatie kan in bepaalde omstandigheden ook voor andere soorten stichtingen raadzaam zijn teneinde bestaande patronen te doorbreken en het toezicht verder te professionaliseren.

### 8.4 Decharge en vrijwaring van leden van de raad van toezicht

#### 8.4.1 *Inleiding*

In paragraaf 5.5.4 kwam decharge van bestuurders voor hun gevoerde beleid aan de orde. Het verlenen van decharge aan leden van de raad van toezicht voor het gehouden toezicht is niet in de wet geregeld, evenmin als het verlenen van decharge aan stichtingsbestuurders. In deze paragraaf komt de betekenis en wijze van decharge van leden van de raad van toezicht aan de orde. Aangezien de raad

van toezicht van een stichting op grond van de statuten de bevoegdheid kan hebben zijn eigen leden te benoemen en te ontslaan, komt de vraag op of de raad van toezicht ook bevoegd kan zijn om zijn eigen leden te dechargeren.<sup>73</sup>

#### 8.4.2 *Wat houdt decharge in?*

##### *Begrip decharge*

In plaats van de term decharge komt in de wet de term “kwijting” voor.<sup>74</sup> Algemeen wordt aangenomen dat dechargeren betekent het namens de rechtspersoon verlenen van ontslag van interne aansprakelijkheid aan bestuurders of leden van de raad van toezicht van de voor de rechtspersoon (eventueel) financieel nadelige gevolgen (schade) ontstaan door onbehoorlijke taakvervulling.<sup>75</sup> Het gaat bij decharge dus niet om goedkeuring of instemming met het gevoerde beleid of uitgeoefende toezicht, maar om afstand van recht, dat wil zeggen: van een (potentieel) vorderingsrecht.<sup>76</sup>

Decharge aan leden van het bestuur of de raad van toezicht wordt verleend door de rechtspersoon. Aangenomen wordt dat het *dechargebesluit* dat is genomen door een orgaan van de rechtspersoon externe werking heeft. De rechtspersoon, in dit geval de stichting, wordt hierdoor gebonden.

##### *Jaarlijkse decharge*

De wetgever lijkt er van uit te gaan dat decharge verband houdt met de jaarrekening, aangezien voor corporatieve rechtspersonen (verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, NV's en BV's) expliciet is bepaald dat vaststelling van de jaarrekening *niet* tot kwijting strekt aan een bestuurder of commissaris.<sup>77</sup> Voordat dit wettelijk werd geregeld bestond er discussie in de literatuur of vaststelling van de jaarrekening decharge impliceerde.<sup>78</sup>

---

73. Indien een stichting slechts een bestuur kent, kan dezelfde vraag worden gesteld ten aanzien van het verlenen van decharge aan bestuurders.

74. Zie artikel 2:49 lid 3, 2:58 lid 1, 2:101 lid 3 en 2:210 lid 3 BW alsook artikel 2:138, 2:248 lid 6 BW en artikel 2:9c lid 6 Wetsvoorstel btrp.

75. Beckman 2005. Decharge kan zich desgewenst ook uitstrekken tot ernstig verwijtbare handelingen. Zie ook Bier 2006, p. 38, en Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 111.

76. Bulten & Kreileman 2017, p. 418-419.

77. Artikel 2:49 lid 3, 2:58 lid 1, 2:101 lid 3 en 2:210 lid 3 BW.

78. Beckman (Beckman 2005) meent overigens dat deze koppeling aan de jaarrekening vreemd is omdat de jaarrekening geen beleidsdocument is, maar slechts de weerslag bevat van de financiële gevolgen van het gevoerde beleid. Of een beleid nu goed of slecht is gevoerd, de gevolgen er van moeten worden weergegeven; de financiële gevolgen van een slecht beleid kunnen prima zijn weergegeven.

## HOOFDSTUK 8

Dat er een verband bestaat met vaststelling van de jaarrekening, komt doordat decharge gevraagd kan worden op de grondslag van de jaarrekening over het afgelopen boekjaar. Het jaarlijkse besluit tot het verlenen van decharge aan bestuurders en leden van de raad van toezicht zal dan volgen op het besluit tot vaststelling van de jaarrekening. Decharge in deze zin heeft een beperkte reikwijdte, aangezien het zich slechts uitstrekt tot gegevens die uit de jaarrekening blijken of anderszins aan het dechargerend orgaan (in die hoedanigheid) bekend zijn gemaakt voordat tot decharge werd besloten.<sup>79</sup>

### *Finale kwijting*

Leden van een raad van toezicht kunnen, evenals bestuurders, bij hun aftreden verzoeken om “finale decharge” (finale kwijting) voor alle voor de stichting verrichte werkzaamheden. Het gaat dan om decharge voor het afgelopen boekjaar, maar ook voor het nog lopende boekjaar.

Soms wordt finale kwijting verleend zonder daarbij aan te geven op basis van welke gegevens dit gebeurt. Een dergelijke decharge zonder enig voorbehoud lijkt ruimer dan decharge op de grondslag van de jaarlijkse financiële stukken.<sup>80</sup> De stichting doet dan afstand van elk recht op vergoeding van schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling.<sup>81</sup>

### 8.4.3 *Decharge door wie?*

#### *Corporatieve rechtspersonen*

Bij corporatieve rechtspersonen kan mijns inziens worden aangenomen dat de algemene vergadering, die daarbij de rechtspersoon vertegenwoordigt, het orgaan is dat decharge verleent aan commissarissen. De algemene vergadering is tevens het orgaan waaraan de raad van commissarissen middels de jaarrekening, het bestuursverslag en (eventueel) het commissarissenverslag intern verantwoording aflegt, het orgaan dat de jaarrekening vaststelt en het orgaan dat commissarissen benoemt en ontslaat. Het is niet onomstreden dat bij corporatieve rechtspersonen altijd de algemene vergadering het decharge bevoegde orgaan is. Volgens sommigen is het orgaan dat benoemt en ontslaat bevoegd tot het verlenen van decharge.<sup>82</sup> Anderen menen, mijns inziens terecht, dat de algemene vergadering zonder meer bevoegd is om namens de rechtspersoon decharge te verlenen, zowel aan bestuurders als aan commissarissen, dus ook als bestuurders of commissarissen door anderen dan de algemene vergadering worden benoemd.

---

79. Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/203. HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360 met noot Maeijer.

80. Zie ook Bier 2006, p. 38.

81. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of finale kwijting zich slechts uitstrekt over hetgeen het dechargerende orgaan weet. Zie hierover Bulten & Kreileman 2017, p. 422.

82. J.B. Huizink, *Groene Serie Rechtspersonen*, artikel 2:9 BW, aant. 22.2.3.

Decharge komt immers neer op het beschikken over een vermogensrecht van de rechtspersoon (meer precies: afstand van het recht om zich op bestuurders en/of commissarissen te verhalen), en het vermogen van een kapitaalvennootschap komt volgens deze auteurs uiteindelijk toe aan de aandeelhouders.<sup>83</sup>

#### *Stichtingen*

Bij een stichting liggen de verhoudingen anders: er is geen algemene vergadering aan wie het vermogen van de stichting uiteindelijk toekomt. Wel heeft een stichting op grond van het stichtingsdoel concrete of abstracte begunstigen en zijn er personen of instanties die bijdragen aan de vorming van het stichtingsvermogen. Zij hebben echter geen directe aanspraak op het stichtingsvermogen. Mijns inziens kan beargumenteerd worden dat decharge aan bestuurders en leden van de raad van toezicht namens de stichting kan worden verleend door het orgaan waaraan (financieel) verantwoording verschuldigd is.

Als de raad van toezicht zijn eigen leden benoemt en ontslaat én de jaarrekening vaststelt, is de raad van toezicht dan eveneens het orgaan dat bevoegd is om namens de stichting decharge te verlenen? De GCZ 2017 gaat daar voor wat betreft zorginstellingen van uit en noemt uitdrukkelijk de bevoegdheid van de raad van toezicht om aan zijn eigen leden decharge te verlenen.<sup>84</sup>

#### *Is decharge door de raad van toezicht zelf mogelijk?*

Het is de vraag of een orgaan namens de stichting zijn eigen leden kan dechargeren en, zo ja, op welke wijze dat gebeurt. Indien de raad van toezicht van de stichting een jaarlijkse vergadering heeft waarin de jaarstukken aan de orde komen, kan als algemeen agendapunt opgevoerd worden: “goedkeuring van het uitgeoefende toezicht gedurende het verstreken boekjaar”. Het lijkt mij niet mogelijk, of in ieder geval zinledig, dat de raad van toezicht zijn eigen uitgeoefende toezicht goedkeurt. Dechargeren betekent echter niet het goedkeuren van het uitgeoefende toezicht, maar het verlenen van ontslag van interne aansprakelijkheid voor de voor de stichting (eventueel) financieel nadelige gevolgen van handelingen van leden van de raad van toezicht.

Jaarlijkse collectieve decharge kan, als gezegd, uitdrukkelijk worden gevraagd op de grondslag van de jaarrekening, het bestuursverslag en het toezichtverslag over het afgelopen boekjaar. De raad van toezicht is echter zelf het orgaan dat medeverantwoordelijk is voor deze stukken. Interne kwijting op basis van jaarstukken waarvoor het dechargerend orgaan zelf medeverantwoordelijkheid draagt (in het geval van het toezichtverslag zelfs enige verantwoordelijkheid) lijkt mij onmogelijk, of in ieder geval onzuiver, net als goedkeuring van het zelf uitgeoefende toezicht.

---

83. Beckman 2000 en Bulten & Kreileman 2017, p. 425.

84. 6.2.2. ZGC 2017.

## HOOFDSTUK 8

Hetzelfde geldt mijns inziens voor jaarlijkse individuele decharge. Sommige auteurs menen dat de statuten van een stichting die een bestuur als enig orgaan heeft kunnen bepalen dat het (meerhoofdig) bestuur een bepaalde bestuurder, bijvoorbeeld de penningmeester, jaarlijks decharge kan verlenen, mits adequate maatregelen worden getroffen om de invloed van de desbetreffende bestuurder op de besluitvorming uit te sluiten.<sup>85</sup> Hetzelfde zou kunnen worden beargumenteerd voor decharge van leden raad van toezicht. Indien de statuten bepalen dat de raad van toezicht decharge kan verlenen aan zijn eigen leden, zal sprake zijn van een tegenstrijdig belang van het lid dat gedechargeerd wordt. Onder het Wetsvoorstel btrp betekent dit dat het desbetreffende lid zich dient te onthouden van deelname aan de besluitvorming zodat het besluit *de facto* genomen wordt door de overige leden.

Jaarlijkse dechargebesluiten ten aanzien van individuele leden zullen mijns inziens vaak met elkaar samenhangen. Leden van de raad van toezicht zullen elkaar doorgaans kruislings, over en weer, decharge verlenen. Zij zullen de ander pas dechargeren als zij zelf ook decharge verkrijgen. Dat betekent dat het feitelijk gaat om een collectieve decharge die de leden van de raad van toezicht over en weer aan elkaar verlenen. Een dergelijke jaarlijkse collectieve decharge lijkt mij, als gezegd, zinledig.

Een andere vraag is of *finale kwijting*, dus het verlenen van kwijting bij het terugtreden van een lid van de raad van toezicht, door de raad van toezicht kan worden verleend, dat wil zeggen: decharge namens de stichting voor alle werkzaamheden die het gewezen lid heeft verricht.<sup>86</sup> Het gaat dan om kwijting voor de individuele taakuitoefening van het gewezen lid van de raad van toezicht door de raad van toezicht, dus door de leden van de raad van toezicht die op dat moment in functie zijn. De raad van toezicht vertegenwoordigt, als gezegd, bij het nemen van het besluit tot het verlenen van finale kwijting de stichting.

In de literatuur wordt over een finale dechargemogelijkheid genuanceerder gedacht dan over jaarlijkse decharge. Het desbetreffende lid maakt zelf geen onderdeel meer uit van de raad van toezicht dus de raad van toezicht neemt een besluit zonder hem. Indien de statuten bepalen dat de raad van toezicht decharge kan verlenen aan gewezen leden van de raad van toezicht, bestaat er geen tegenstrijdig belang van het desbetreffende lid, aangezien deze is afgetreden en deze binnen het orgaan geen invloed meer heeft op het besluit.

---

85. Dijk/Van der Ploeg 2013 par. 8.6.1.

86. Dijk/Van der Ploeg 2013 par. 8.6.1 en Lennarts 2012, p. 146-147 (ten aanzien van bestuurders).

Door sommige auteurs is bepleit dat bestuurders van een NV of BV in sommige gevallen recht hebben op decharge door de algemene vergadering.<sup>87</sup> Anderen voegen hier aan toe dat de rechtspraak in ieder geval niet uitgaat van een afdwingbare kwijting.<sup>88</sup> Ook over leden van de raad van toezicht zou gezegd kunnen worden dat zij recht hebben op decharge. Wat betreft leden van de raad van toezicht van een stichting geldt echter dat er doorgaans geen “derde orgaan” is waaraan verantwoording wordt afgelegd en waaraan dechargebevoegdheid is toegekend. Moeten leden van de raad van toezicht daar de dupe van zijn?

Ik meen dat er voor leden van de raad van toezicht geen kant en klare oplossing te bieden is. Het zou wel verhelderend zijn als de wetgever zich over de (on)mogelijkheid van decharge van leden van het eigen orgaan (waaronder de raad van toezicht) uitspreekt, bijvoorbeeld tijdens de parlementaire behandeling van het Wetsvoorstel btrp.

*Andere dechargemogelijkheden voor de raad van toezicht?*

Vanwege het feit dat op zijn minst onduidelijk is of een orgaan zijn eigen leden decharge kan verlenen, creëert een statutaire bepaling die inhoudt dat de raad van toezicht kan besluiten tot het verlenen van decharge aan zijn eigen (ex-)leden mijns inziens een soort schijnveiligheid voor leden van de raad van toezicht.<sup>89</sup> Zijn er dan helemaal geen dechargemogelijkheden voor leden van de raad van toezicht, bijvoorbeeld decharge door andere interne of externe belanghebbenden van de stichting?

Zoals gezegd kent de stichting geen algemene vergadering aan wie het vermogen van de stichting uiteindelijk toekomt, maar zijn er soms wel concrete begunstigen en personen of instanties die hebben bijgedragen aan het stichtingsvermogen. Als de stichting een “derde orgaan” heeft, zoals een deelnemersraad, welk orgaan de bevoegdheid heeft om de jaarrekening vast te stellen, is het de vraag of statutair aan dat orgaan de bevoegdheid kan worden gegeven om namens de stichting decharge te verlenen aan leden van de raad van toezicht.

---

87. Zie onder meer Verdam 2001. Volgens Van Schilfgaarde kan de goede trouw onder omstandigheden meebrengen dat de algemene vergadering zich uitspreekt (Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017, par. 111).

88. Bulten & Kreileman 2016, p. 420.

89. Zie ook Hof Arnhem 2 december 1997, *JOR* 1998/28, waarin het Hof overigens overweegt dat van een formeel besluit tot decharge van een bestuurder geen sprake kan zijn aangezien het bestuur van de stichting het enige orgaan was. Overigens kunnen besluiten tot decharge onder omstandigheden ook vernietigd worden wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (artikel 2:15 lid 1 juncto artikel 2:8 BW).

## HOOFDSTUK 8

Bartman c.s. merken op wat betreft het verlenen van decharge aan bestuurders en leden van de raad van toezicht van stichtingen in de semipublieke sector, dat het instrument van interne aansprakelijkheid voor semipublieke instellingen van groot belang is, belangrijker dan dat van de externe aansprakelijkheid. Voor semipublieke instellingen geldt dat zij in belangrijke mate worden bekostigd of gefinancierd door de overheid. Zij menen dat het onredelijk zou zijn als decharge kan worden verleend door een stichtingsorgaan, waarmee afstand van een potentieel vorderingsrecht wordt gedaan, zonder dat de overheid daarbij betrokken is. Bartman c.s. stellen om die reden voor om het Wetsvoorstel btrp op te nemen dat het besluit tot decharge geen rechtsgevolg heeft indien en zolang het overheidsorgaan dat de rechtspersoon in belangrijke mate financiert daarmee niet schriftelijk heeft ingestemd.<sup>90</sup>

Ik ben het eens met Bartman c.s. dat voor semipublieke instellingen, maar ook voor andere stichtingen die vermogen hebben dat voor een belangrijk deel is gevormd door overheidsgeld (zoals culturele instellingen), zou moeten gelden dat decharge slechts kan worden verleend indien de overheid daarmee instemt. Voor zover dit geregeld wordt, zou dit naar mijn mening niet in Boek 2 BW, maar in sectorregels geregeld moeten worden. Daarin kan bepaald worden dat, voor zover aan een stichtingsorgaan statutair de bevoegdheid tot het nemen van dechargebesluiten namens de stichting verleend wordt, dechargebesluiten goedkeuring behoeven van een overheidsinstantie of overheidsorgaan. Naar de mening van Bartman c.s. zou het voorstel voor semipublieke instellingen waarbij betrokkenheid van de overheid vereist is, de dechargeproblematiek in belangrijke mate opzij schuiven, mits uiteraard het verantwoordelijke overheidsorgaan zijn beslissing om in te stemmen met het dechargebesluit neemt op basis van voldoende adequate informatie en op basis van eigen gedegen onderzoek. Dat laatste zal naar mijn mening praktisch gezien lastig zijn: is de overheid bereid om eigen onderzoek te doen en leidt dit niet tot te veel overheidsinmenging?

Voor stichtingen die beschikken over vermogen dat voor een belangrijk deel bestaat uit geld van derden, zoals fondsenwervende instellingen (die donaties ontvangen) of claimstichtingen (die bijdragen van derden ontvangen), zou gedacht kunnen worden aan een bepaling in sectorregels die inhoudt dat aan een stichtingsorgaan slechts dechargebevoegdheid namens de stichting verleend kan worden, indien en voor zover dat orgaan bestaat uit of goedkeuring heeft verkregen van vertegenwoordigers van de geldgevers. Denk bijvoorbeeld aan een soort kascommissie.

Ook wat dat betreft is het echter sterk de vraag of statutair vastgelegde betrokkenheid bij het dechargebesluit van degenen die een bijdrage hebben geleverd aan het stichtingsvermogen in de praktijk haalbaar is. Een donateur van een

---

90. Bartman, de Groot, Nijland & Wuisman 2016.



fondsenwervende instelling of een gedupeerde die inschrijfgeld betaalt aan een claimstichting zal doorgaans een eenmalige bijdrage leveren en zal niet zitten te springen om een dergelijke betrokkenheid bij de stichting.

#### 8.4.4 *Vrijwaring*

Aangezien decharge van leden van de raad van toezicht niet altijd mogelijk is of, voor zover het al mogelijk wordt geacht, onduidelijk is of de decharge ook altijd het beoogde effect heeft, zullen leden van de raad van toezicht op zoek gaan naar andere manieren om gevrijwaard te worden. Een persoon die gevraagd wordt om toe te treden tot een raad van toezicht zal, gelet op de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's (in combinatie met het feit dat de toezichthoudende functie mogelijk onbezoldigd is), kunnen bedingen dat hij door de stichting zo veel mogelijk gevrijwaard wordt. Een dergelijke vrijwaring door de stichting zelf vindt, anders dan decharge namens de stichting, vooraf plaats middels een contractuele of statutaire bepaling.<sup>91</sup> Een andere mogelijkheid is dat er door de stichting een verzekering voor (bestuurders en) leden van de raad van toezicht wordt afgesloten, een zogenoemde D&O-verzekering.

#### *Inhoud vrijwaring en vrijtekening*

Een lid van de raad van toezicht kan door de stichting worden gevrijwaard voor vermogensschade die hij in persoon lijdt of zal lijden als gevolg van rechtsvorderingen die *derden* tegen hem persoonlijk instellen vanwege gedragingen (waaronder begrepen nalaten) verricht in het kader van de uitoefening van zijn functie. Het aansprakelijkheidsrisico wordt daarmee verlegd naar de stichting. Vrijwaring ziet dus in beginsel op externe aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht.

De vraag kan worden gesteld of de stichting met leden van de raad van toezicht ook overeen kan komen dat de stichting niet of beperkt gerechtigd is vergoeding te vorderen van vermogensschade die de stichting eventueel lijdt als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:9 BW. Dit wordt ook wel vrijtekening genoemd.<sup>92</sup> De heersende opvatting in de literatuur is dat vrijtekening niet toelaatbaar is aangezien het in strijd is met het dwingendrechtelijk karakter van artikel 2:9 BW en daarom nietig op grond van artikel 3:40 BW.<sup>93</sup> Daarmee biedt een vrijtekening geen oplossing voor een lid van de raad van toezicht in verband met artikel 2:9 BW.

91. Zie hierover Zaman 2017.

92. Zie hierover ook Westenbroek 2017.

93. Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/483 en Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015/204. Zie hierover ook Zaman 2017 en Westenbroek 2017.

## HOOFDSTUK 8

Indien een lid van de raad van toezicht in een interne aansprakelijkheidsprocedure wordt betrokken zal hij kosten maken, bijvoorbeeld in verband met het inschakelen van een advocaat. Het bij de stichting bedingen dat deze de kosten van rechtsbijstand zal voorschieten, wordt in de literatuur mogelijk geacht. Volgens de meeste auteurs wordt echter aangenomen dat als de rechter oordeelt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, de voorgeschieden kosten terugbetaald moeten worden.<sup>94</sup>

### *Passend bij het soort stichting*

Het aan leden van de raad van toezicht verlenen van vrijwaring voor externe aansprakelijkheid dient mijns inziens wel te passen bij de aard en het doel van de stichting. Ik meen dat in sommige gevallen gezegd kan worden dat het verlenen van vrijwaring niet past binnen de doelstelling van de stichting, aangezien het niet in het belang van de stichting is. Een vrijwaring ligt mogelijk meer voor de hand bij een stichting met een private doelstelling dan bij een semipublieke instelling of een andere stichting die beschikt over publieke middelen. Daar kan tegenin gebracht worden dat bekwame toezichthouders zonder dergelijke vrijwaringen en/of verzekeringen niet bereid en in staat zijn om een toezichthoudende functie bij een stichting te aanvaarden.

Het afsluiten van een verzekering zal minder snel in strijd met het belang van de stichting zijn maar kan voor sommige stichtingen kostbaar zijn. De kosten van een verzekering dienen in ieder geval in verhouding te staan tot het stichtingsvermogen.

### *8.4.5 Samenvatting en conclusies*

Dechargeren van leden van de raad van toezicht betekent het verlenen van ontslag van interne aansprakelijkheid voor (eventueel) financieel nadelige gevolgen voor de stichting als gevolg van ernstig verwijtbare handelingen van het lid van de raad van toezicht ingeval van onbehoorlijke taakvervulling. Met decharge doet de rechtspersoon afstand van het recht om zich op (de bestuurder en/of) de interne toezichthouder te verhalen, hetgeen neerkomt op het beschikken over een vermogensrecht van de rechtspersoon. De wet biedt geen duidelijkheid of en door wie leden van de raad van toezicht gedechargeerd kunnen worden. Stichtingen kennen geen algemene vergadering aan wie het vermogen van de stichting uiteindelijk toekomt, maar er zijn wel personen of instanties die bijdragen aan de vorming van het stichtingsvermogen. Zij hebben echter geen directe aanspraak op het stichtingsvermogen. Beargumenteerd kan worden dat decharge aan bestuurders en leden van de raad van toezicht namens de stichting kan worden verleend door het orgaan waaraan (financiële) verantwoording verschuldigd is.

---

94. Zaman 2017.

Mijns inziens zijn de mogelijkheden voor de raad van toezicht om aan eigen leden decharge te verlenen beperkt. Het over en weer verlenen van interne (jaarlijkse) decharge op basis van jaarstukken lijkt mij onzuiver, aangezien de raad van toezicht zelf voor die jaarstukken medeverantwoordelijk is. Hooguit kan de raad van toezicht namens de stichting aan een gewezen lid van de raad van toezicht finale kwijting verlenen op basis van de jaarstukken en eventueel op basis van andere financiële gegevens. Het zou nuttig zijn als de wetgever zich, bijvoorbeeld in het kader van het Wetsvoorstel btrp, over dechargemogelijkheden bij stichtingen uitlaat.

Voor semipublieke instellingen geldt dat zij in belangrijke mate worden gefinancierd door de overheid. Om die reden kan gezegd worden dat het onredelijk is dat decharge namens de stichting kan worden verleend door een stichtingsorgaan (waarmee afstand van een potentieel vorderingsrecht wordt gedaan), zonder dat de overheid daarin gekend wordt. Beargumenteerd is dat voor semipublieke instellingen en voor andere stichtingen, die vermogen hebben dat voor een belangrijk deel is gevormd met overheidsgeld, zou moeten gelden dat decharge slechts kan worden verleend als de relevante overheidsinstantie daarmee instemt. De vraag is echter of de overheid bereid en geschikt is om bij dechargebesluiten betrokken te worden.

Vrijwaring of vrijtekening door de stichting, inhoudende dat de stichting vooraf met leden van de raad van toezicht overeenkomt dat de stichting niet of beperkt gerechtigd is vergoeding te vorderen van vermogensschade die de stichting eventueel lijdt als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling op grond van artikel 2:9 BW, wordt volgens de heersende opvatting in de literatuur ontoelaatbaar geacht vanwege het dwingendrechtelijk karakter van artikel 2:9 BW. Alvorens een stichting vrijwaring verleent aan leden van de raad van toezicht voor externe aansprakelijkheid, dient nagegaan te worden of dit in het belang van de stichting is, meer in het bijzonder: past dit bij de aard en het doel van de stichting? De kosten van een D&O verzekering die een stichting afsluit ten behoeve van leden van de raad van toezicht dienen in een redelijke verhouding te staan tot de omvang van de stichting (het stichtingsvermogen).

## 8.5 Schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht; ontstentenis en belet

### 8.5.1 *Inleiding*

Schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht is, evenmin als benoeming van leden van de raad van toezicht, geregeld in het huidige Boek 2 BW. In het Wetsvoorstel btrp worden deze onderwerpen ook niet wettelijk vastgelegd. De wetgever wil stichtingen flexibiliteit bieden en laat het aan de statuten

## HOOFDSTUK 8

van de desbetreffende stichting over wie bevoegd zijn tot schorsing en ontslag. Voor sommige stichtingen is schorsing en ontslag geregeld in sectorregels en/of governancecodes, waarin in veel gevallen is bepaald dat leden van de raad van toezicht door de raad zelf geschorst en ontslagen kunnen worden.

### 8.5.2 *Schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht*

#### *Vrijheid op grond van Boek 2 BW*

Boek 2 BW biedt, net als bij benoeming van leden van de raad van toezicht, vrijheid ten aanzien van de regeling van schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht. De stichtingsstatuten dienen in ieder geval te regelen hoe leden van de raad van toezicht benoemd worden en bovendien zullen de statuten bepalen hoe het lidmaatschap van de raad van toezicht eindigt. Dat kan bijvoorbeeld door het enkele verloop van de benoemingstermijn, maar ook door aan een orgaan of instantie de bevoegdheid tot ontslag van leden van de raad van toezicht toe te kennen. De statuten kunnen bepalen dat een lid van de raad van toezicht wordt ontslagen door degene die hem benoemd heeft, bijvoorbeeld de raad van toezicht zelf of een derde, maar de statuten kunnen deze bevoegdheid ook aan een ander dan de benoemende instantie toekennen.

Aangezien ontslag een vergaand middel is tegen niet-functionerende leden van de raad van toezicht, zal het doorgaans wenselijk zijn om ook de minder vergaande mogelijkheid van schorsing in de statuten op te nemen. Als er niets over schorsing is geregeld, is echter niemand bevoegd om leden van de raad van toezicht te schorsen.

Indien de statuten geen orgaan of instantie aanwijzen die leden van de raad van toezicht kan ontslaan en/of schorsen, loopt het lidmaatschap van de raad van toezicht door, tenzij de benoemingstermijn eindigt, het desbetreffende lid terugtreedt, overlijdt of bijvoorbeeld niet meer voldoet aan een eis die aan het lidmaatschap van de raad van toezicht gesteld is (er van uitgaande dat de statuten dat uitdrukkelijk bepalen).

#### *Schorsing of ontslag door de Ondernemingskamer*

Indien sprake is van een stichting met een onderneming waar meer dan vijftig personen werkzaam zijn, gelden de artikelen 2:344-2:359 BW over het recht van enquête.<sup>95</sup> De bevoegdheid tot het instellen van een enquête is toegekend aan: (a) degenen aan wie daartoe bij de statuten of bij overeenkomst met de stichting de bevoegdheid is toegekend, zoals bijvoorbeeld subsidieverstrekkers

---

95. Artikel 2:344 BW. Om precies te zijn moet sprake zijn van een onderneming waarvoor op grond van de wet een ondernemingsraad moet worden ingesteld.

(zie paragraaf 3.3.7); en (b) een vereniging van werknemers. Ook de stichting zelf, daarbij vertegenwoordigd door haar bestuur of raad van toezicht, kan een enquête instellen (artikel 2:346 leden 1 en 2 BW). In sectorregels wordt aan organen van bepaalde stichtingen, zoals de cliëntenraad van een zorginstelling en het verantwoordingsorgaan van een pensioenfonds, enquêterecht toegekend.

Degene die bevoegd is om een enquête in te stellen, kan aan de Ondernemingskamer verzoeken om, bij wijze van onmiddellijke voorziening, leden van de raad van toezicht te schorsen. Enquête is echter een vergaand middel dat niet zo maar gebruikt kan worden; er moet immers sprake zijn van twijfel aan het beleid of de gang van zaken binnen de stichting.

*Ontslag en schorsing door de rechtbank in geval van wanbeheer en taakverwaarlozing*

Op grond van artikel 2:298 BW is de rechtbank bevoegd om, op een daartoe strekkend verzoek van het openbaar ministerie of een belanghebbende, bestuurders te schorsen (bij wijze van voorziening) of te ontslaan op de in de wet genoemde gronden, waaronder wanbeheer. Deze mogelijkheid geldt niet ten aanzien van leden van de raad van toezicht. De mogelijkheid voor de curator om bij de rechter op grond van artikel 106a Fw (in geval van, kortgezegd, faillissementsfraude of wanbestuur) een verbod te vorderen geldt evenmin ten aanzien van leden van de raad van toezicht (zie paragraaf 3.5.3).

Mijns inziens is terecht in het Wetsvoorstel btrp voorgesteld om de mogelijkheden van belanghebbenden van alle stichtingen op grond van artikel 2:298 BW uit te breiden naar leden van de raad van toezicht (zie artikel 2:298 lid 4 van het Wetsvoorstel btrp). In de MvT btrp wordt opgemerkt dat, wanneer er bij de stichting een raad van toezicht is ingesteld, de raad vanwege het ontbreken van een algemene vergadering niet onderworpen is aan een vorm van interne controle.<sup>96</sup> Om die reden wordt voorgesteld om artikel 2:298 BW aan te vullen door de regeling van ontslag van een stichtingsbestuurder van overeenkomstige toepassing te verklaren op leden van de raad van toezicht.

Op grond van het Wetsvoorstel btrp kan een lid van de raad van toezicht worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen, wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het lidmaatschap van de raad van toezicht in redelijkheid niet geduld kan worden en wegens het niet of niet behoorlijk voldoen aan een bevel van de voorzieningenrechter (artikel 2:298 lid 4 juncto lid 1 van het Wetsvoorstel btrp). In plaats van de huidige term “wanbeheer” wordt “taakverwaarlozing” geïntroduceerd in artikel 2:298 BW, voor zowel bestuurders als leden

---

96. MvT btrp, p. 8.

## HOOFDSTUK 8

van de raad van toezicht. Ik meen dat dit een terechte aanpassing is. Een lid van de raad van toezicht dat zijn taak verwaarloost zou mijns inziens door de rechtbank ontslagen moeten kunnen worden op verzoek van een belanghebbende. Dit geldt temeer omdat leden van de raad van toezicht niet altijd door een ander stichtingsorgaan ontslagen kunnen worden en het enquêterecht slechts voor bepaalde soorten stichtingen en bepaalde belanghebbenden mogelijkheden biedt. Indien leden van de raad van toezicht slechts kunnen worden ontslagen door de raad van toezicht zelf, gebeurt er mogelijk niets omdat feitelijk alle leden hun taak verwaarlozen. Ook in dat geval moet de rechtbank mijns inziens kunnen optreden na een daartoe strekkend verzoek van een belanghebbende.

Met de regeling wordt aangesloten bij de criteria voor ontslag van een commissaris van een structuurvennootschap door de Ondernemingskamer.<sup>97</sup> Het Wetvoorstel btrp verklaart ook lid 2 van overeenkomstige toepassing op grond waarvan de rechtbank hangende het onderzoek voorlopige voorzieningen kan treffen en leden van de raad van toezicht kan schorsen. Bovendien kunnen een of meer tijdelijke leden van de raad van toezicht worden benoemd.<sup>98</sup>

Het verzoek aan de rechter kan worden ingediend door het openbaar ministerie en door een belanghebbende. Wie in een concreet geval als belanghebbende in de zin van deze regeling kan worden aangemerkt, dient volgens de MvT btrp afgeleid te worden uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen (zie ook paragraaf 6.2). Bij de beantwoording van de vraag of iemand belanghebbende is, zal een rol spelen in hoeverre de desbetreffende persoon door de uitkomst van de procedure in een eigen belang kan worden getroffen en in hoeverre deze persoon anderszins nauw betrokken is bij het onderwerp van de procedure en daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.<sup>99</sup> Zie hierover ook paragraaf 6.2.6, waar overigens werd opgemerkt dat degenen die geen aantoonbare relatie met de stichting hebben niet snel als belanghebbende zullen worden aangemerkt. Indien wel sprake is van een aantoonbare relatie, zoals een financieringsrelatie, en de financier in zijn belangen is geraakt, zal de rechter hem als belanghebbende aanmerken en kan hij ontslag via de rechter vorderen, zo volgt uit de MvT btrp.

---

97. MvT btrp, p. 35.

98. MvT btrp, p. 36 en Hoge Raad 19 februari 2010, *NJ* 2010/296.

99. MvT btrp, p. 35 en Hoge Raad 10 november 2006, *NJ* 2007/45.

*Schorsingsmogelijkheden voor de raad van toezicht zelf*

Indien de raad van toezicht zelf één van zijn leden wil schorsen dienen de statuten daartoe de mogelijkheid te bieden. Als de statuten daarover niets bepalen kan de raad van toezicht van sommige soorten stichtingen zo nodig gebruik maken van het enquêterecht en, als het Wetsvoorstel btrp is aangenomen, van het nieuwe artikel 2:298 BW.

Hiervoor in paragraaf 5.5.4 werd ten aanzien van schorsing van bestuurders via de rechtbank (de artikel 2:298 BW-procedure) opgemerkt dat het in sommige gevallen noodzakelijk is om sneller te kunnen handelen. Mijns inziens zou de wet ten aanzien van schorsing van leden van de raad van toezicht eveneens een “basisregeling” moeten bieden, inhoudende dat de raad van toezicht bevoegd is zijn leden te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. In aanvulling daarop zou in de wet bepaald kunnen worden dat het orgaan of de instantie dat benoemingsbevoegd is de schorsing kan opheffen. Bij gebreke aan een statutaire regeling, kunnen niet functionerende leden van de raad van toezicht dan ten minste door de overige leden op non-actief gesteld worden. Dit bevordert mijns inziens ook het “zelfreinigend vermogen” van de raad van toezicht.

Een praktisch argument dat tegen schorsingsbevoegdheid van de raad van toezicht kan worden ingebracht is, dat er conflicten kunnen zijn tussen twee leden van de raad en dat het er dan op aan komt wie als eerste de ander schorst.

*Minimumaantal leden van de raad van toezicht?*

Een commissaris van een structuurvennootschap kan worden geschorst door de raad van commissarissen. De raad van commissarissen kan bovendien namens de vennootschap een verzoek tot ontslag van een commissaris bij de Ondernemingskamer indienen.<sup>100</sup>

---

100. Artikel 2:161 en 271 leden 2 en 3 BW. Voorheen: artikel 52k leden 2 en 3 Wetboek van Koophandel.

## HOOFDSTUK 8

In de structuurregeling werd in de jaren '70 van de vorige eeuw, vanwege de schorsingsbevoegdheid van de raad van commissarissen bij structuurvennootschappen,<sup>101</sup> een minimum van drie commissarissen voorgeschreven.<sup>102</sup> Blijkens de toelichting op deze regeling is een zodanig minimum nodig omdat de raad van commissarissen bij meerderheidsbesluit eventueel moet kunnen beslissen omtrent schorsing en het uitlokken van tussentijds ontslag van een van zijn leden.<sup>103</sup>

De huidige wet en het Wetsvoorstel btrp schrijven geen minimumaantal leden voor de raad van toezicht voor. Voor stichtingen geldt echter een vergelijkbaar argument als voor structuurvennootschappen: indien aan de raad van toezicht de bevoegdheid wordt gegeven om leden van de raad van toezicht te schorsen en/of te (laten) ontslaan, zou de raad uit ten minste drie personen moeten bestaan. Naast dit praktische argument, werd in paragraaf 7.2.7 nog een argument genoemd om een minimumaantal leden van de raad van toezicht voor te schrijven. In verband met optimale besluitvorming vanuit verschillende invalshoeken is het mijns inziens van belang dat een besluit wordt genomen door meerdere personen. Ook het eerder genoemde zelfreinigende vermogen en het versterken van interne controle en tegenspraak binnen de raad, die immers niet noodzakelijkerwijs door een “derde orgaan” worden gecontroleerd, zijn mijns inziens argumenten om voor alle stichtingen een minimumaantal van drie leden voor te schrijven.

Ik meen dat als basisregel voor alle stichtingen zou moeten gelden dat de raad van toezicht uit ten minste drie personen bestaat. Afwijking van deze regeling (“tenzij de statuten anders bepalen”) zou mijns inziens mogelijk moeten zijn. Bij bepaalde soorten (kleinere) stichtingen of in bepaalde omstandigheden zou

---

101. In Boek 2 van het Oud BW gold voor verenigingen een bepaling op grond waarvan de raad van commissarissen, indien deze werd ingesteld, uit minimaal drie personen bestond, tenzij de statuten anders bepalen (artikel 2:47 (oud) BW, voorheen artikel 2.2.1.22). Deze bepaling werd bij de invoering van een verplichte raad van commissarissen voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen die onder de structuurregeling vallen, geschrapt voor de raad van commissarissen in het algemeen. Voor NV's gold onder het Oud BW, evenmin als nu, een minimumaantal commissarissen. Waarom dit voor verenigingen wel in het Oud BW was opgenomen maar voor NV's niet, blijkt niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis.

102. Wet van 6 mei 1971, houdende wijziging van het Wetboek van Koophandel (Voorzieningen met betrekking tot de structuur der naamloze en besloten vennootschap), *Stb.* 1971, 289. Zie het huidige artikel 2:63f lid 3, 158 lid 2 en 268 lid 2 BW. Dit aantal houdt dus geen verband met het pas sinds 2004 geldende versterkte aanbevelingsrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van een derde van het aantal commissarissen (artikel 2:158 en 268 lid 6 BW).

103. *Kamerstukken II 1969-1970*, 10 751, nr. 3, p. 16.



een raad van toezicht bestaande uit één of twee leden voldoende kunnen zijn, maar in dat geval zou wel over de praktische consequenties (zoals het voorkomen of doorbreken van patstellingen) nagedacht dienen te worden.

### 8.5.3 *Ontstentenis en belet van leden van de raad van toezicht*

Indien een lid van de raad van toezicht wordt geschorst, is sprake van belet. Het geschorste lid is immers tijdelijk niet in staat om zijn functie uit te oefenen, maar maakt nog wel deel uit van de raad van toezicht, er is geen vacature.<sup>104</sup> Indien een lid van de raad van toezicht wordt ontslagen is sprake van ontstentenis; hij houdt op lid van de raad van toezicht te zijn.<sup>105</sup> De desbetreffende persoon is niet langer in functie en er is dus wel een vacature in de raad van toezicht.

In geval van ontstentenis of belet van een of meer leden zijn in beginsel de overige leden van de raad van toezicht belast met het toezicht. Voor het geval dat alle leden van de raad van toezicht ontbreken en sprake is van een systeem van coöptatie, dient een statutaire regeling getroffen te worden.

#### *Wetsvoorstel btrp*

De huidige wet schrijft niet voor dat in de statuten van een stichting een regeling opgenomen moet worden over de wijze waarop voorlopig in het toezicht wordt voorzien in geval van ontstentenis en belet van alle leden van de raad van toezicht. Dat is opmerkelijk, aangezien in het bijzonder voor stichtingen geldt dat er niet een algemene vergadering “boven” de raad van toezicht staat die een oplossing kan bieden, zoals het benoemen van nieuwe leden benoemen of het aanpassen van de statuten. In de wet is wel bepaald dat, wanneer het door de statuten voorgeschreven *bestuur* geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten is voorzien, de rechtbank op verzoek van iedere belanghebbende of het openbaar ministerie in de vervulling van lege plaatsen kan voorzien (artikel 2:299 BW). Voor leden van de raad van toezicht geldt een dergelijke bepaling niet. De rechter mag deze ook niet analoog toepassen.<sup>106</sup>

Naar aanleiding van reacties op het Voorontwerp btrp<sup>107</sup> en opmerkingen in de literatuur is in het Wetsvoorstel btrp een nieuwe regel opgenomen. Artikel 2:11c lid 7 van het Wetsvoorstel btrp bepaalt, in een uniforme regeling voor alle rechtspersonen, dat de statuten voorschriften dienen te bevatten over de

104. MvT, p. 12 en 22.

105. MvT, p. 12 en 22.

106. Zie Rechtbank Gelderland van 11 november 2013, zaaknummer C/05/250808/ HA RK 13-162.

107. Zie onder meer reactie op het consultatiedocument Wet bestuur en toezicht rechtspersonen namens het Instituut voor Ondernemingsrecht, Groningen 28 maart 2014, p. 17. Zie ook Koelemeijer 2016.

## HOOFDSTUK 8

wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis en belet van elk van de commissarissen (waaronder leden van de raad van toezicht). De statuten *kunnen* deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer leden van de raad van toezicht.

Hoewel het voorgestelde artikel 2:11c lid 7 Wetsvoorstel btrp voor stichtingen in ieder geval nuttig is, zou in het Wetsvoorstel mijns inziens ook een uitbreiding van artikel 2:299 BW opgenomen kunnen worden. Artikel 2:299 BW zou mijns inziens niet alleen voor bestuurders, maar ook voor leden van de raad van toezicht dienen te gelden. Deze regeling zou als *fall back*-regeling kunnen fungeren voor het geval dat, ondanks het feit dat de wet voorschrijft dat de statuten een regeling moeten bevatten voor ontstentenis of belet van alle leden van de raad van toezicht, is nagelaten een regeling te treffen.

### *Inhoud statutaire ontstentenis- en beletregeling*

Zoals gezegd is de ontstentenis- en beletregeling vooral van belang indien de statuten een coöptatieregeling kennen voor leden van de raad van toezicht en sprake is van ontstentenis of belet van *alle* leden van de raad van toezicht. De statuten kunnen een (belanghebbenden)orgaan, een derde of de rechtbank<sup>108</sup> aanwijzen als de instantie die tijdelijke leden van de raad van toezicht aanwijst ingeval van belet of ontstentenis van alle leden. Deze tijdelijke leden dienen vervolgens, met inachtneming van de daarvoor geldende vereisten, “permanente” leden van de raad van toezicht te benoemen. Overigens zouden de statuten ook kunnen bepalen dat het belanghebbendenorgaan, de derde of de rechtbank, in geval van belet of ontstentenis van alle leden, één lid van de raad van toezicht benoemt (zonder de toevoeging “tijdelijk”), welk lid vervolgens zijn medeleden benoemt.

### 8.5.4 *Samenvatting en conclusies*

Het Wetsvoorstel btrp biedt, mijns inziens terecht, belanghebbenden de mogelijkheid om schorsing en ontslag van leden van de raad van toezicht te vorderen bij de rechter indien sprake is van verwaarlozing van de toezichthoudende taak (artikel 2:298 Wetsvoorstel btrp).

Bij gebreke aan een orgaan “boven” de raad van toezicht dat schorsingsbevoegd is, zou de wet mijns inziens bovendien een standaardregeling omtrent schorsing dienen te bevatten, die inhoudt dat de raad van toezicht bevoegd is zijn eigen leden te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Dit bevordert mijns inziens

---

108. Anders dan Jansen (Jansen 2014) meen ik dat de statuten dit nu reeds kunnen bepalen, ook al voorziet artikel 2:299 BW niet in die mogelijkheid. Artikel 2:299 BW gaat immers over de situatie dat de statuten niet in belet of ontstentenis voorzien.

het “zelfreinigend vermogen” van de raad van toezicht. Het orgaan of de instantie dat benoemingsbevoegd is, zou de schorsing moeten kunnen opheffen. Ook in verband met dit zelfreinigend vermogen en het voorkomen van impasses, is het mijns inziens van belang dat de raad van toezicht uit ten minste drie personen bestaat.

Het Wetsvoorstel btrp regelt bovendien terecht dat, indien er een raad van toezicht is ingesteld, de statuten een regeling dienen te bevatten voor het geval sprake is van ontstentenis en belet van *alle* leden van de raad van toezicht. Overigens kunnen de statuten van een stichting ook een regeling bevatten omtrent ontstentenis en belet van een van de leden van de raad van toezicht.

Naar mijn mening zou bovendien artikel 2:299 BW uitgebreid dienen te worden. Anders dan voor bestuurders voorziet de huidige wet niet in de mogelijkheid dat de rechter leden van de raad van toezicht benoemt, indien de door de statuten voorgeschreven raad van toezicht geheel of gedeeltelijk ontbreekt en daarin niet overeenkomstig de statuten is voorzien.

## 8.6 Hoofdstuksamenvatting, conclusies en aanbevelingen

Het bestuur van een stichting legt intern verantwoording af aan de raad van toezicht. Vaak is er geen “derde orgaan” waaraan de raad van toezicht op zijn beurt intern verantwoording kan afleggen. De kwaliteit van de externe verantwoording door de raad van toezicht en interne zelfevaluatie zijn om die reden des te meer van belang. In sectorregels zou een afzonderlijk toezichtverslag (dat wil zeggen: afzonderlijk van het bestuursverslag) voorgeschreven moeten worden. In het toezichtverslag verantwoordt de raad van toezicht zich over (procedurele aspecten van) het toezicht op het bestuursbeleid, maar ook over zijn zelfstandige bevoegdheden, zijn eigen samenstelling en (de wijze van evaluatie van) zijn functioneren.

Slechts stichtingen met een middelgrote of grote onderneming hoeven op grond van Boek 2 BW hun jaarrekening en bestuursverslag te publiceren. Sectorregels, sectorcodes en/of overheidsvoorwaarden verplichten ook stichtingen met een kleine onderneming, die beschikken over geld van het publiek (fondsenwervende instellingen), overheidsgeld (bepaalde zorginstellingen) of stichtingen die belastingvoordelen genieten (ANBI's), om hun jaarstukken openbaar te maken via de website van de stichting of van een brancheorganisatie. Een stichting die hiertoe niet verplicht is, maar te maken heeft met een onbepaalde groep begunstigden en/of externe belanghebbenden, zou vrijwillig publiek verantwoording kunnen afleggen en het bestuursverslag en toezichtverslag openbaar kunnen maken via de eigen website van de stichting.

## HOOFDSTUK 8

Voor alle stichtingen zou algemeen bepaald moeten worden dat de raad van toezicht, indien deze is ingesteld, ten minste eenmaal per jaar een zelfevaluatie uitvoert en daarvoor een procedure opstelt. In sectorregels kan voorgeschreven worden dat de raad van toezicht, in sommige omstandigheden en/of bij sommige soorten stichtingen, zijn zelfevaluatie periodiek door een buitenstaander laat begeleiden. Ook andere soorten stichtingen zouden in bepaalde gevallen kunnen overwegen om een buitenstaander bij hun zelfevaluatie te betrekken.

Een rechtspersoon doet met het verlenen van decharge afstand van het recht om zich op bestuurders en/of commissarissen of leden van de raad van toezicht te verhalen, hetgeen neer komt op het beschikken over een vermogensrecht van de rechtspersoon. De wet biedt geen duidelijkheid of en wie leden van de raad van toezicht kan dechargeren.

Beargumenteerd kan worden dat decharge aan (bestuurders en) leden van de raad van toezicht namens de stichting kan worden verleend door het orgaan waaraan (financieel) verantwoording verschuldigd is.

Mijns inziens zijn de mogelijkheden voor de raad van toezicht om aan eigen leden decharge te verlenen beperkt. Het over en weer verlenen van interne (jaarlijkse) decharge op basis van jaarstukken is onzuiver, aangezien de raad van toezicht zelf voor die jaarstukken medeverantwoordelijk is. Hooguit kan de raad van toezicht namens de stichting aan een gewezen lid van de raad van toezicht finale kwijting verlenen op basis van financiële gegevens. Het zou nuttig zijn als de wetgever zich, bijvoorbeeld in het kader van het Wetsvoorstel btrp, over dechargemogelijkheden bij stichtingen uitlaat.

Voor semipublieke instellingen geldt dat zij in belangrijke mate worden bekostigd of gefinancierd door de overheid. Om die reden kan gezegd worden dat het onredelijk is dat decharge namens de stichting kan worden verleend door een stichtingsorgaan (waarmee afstand van een potentieel vorderingsrecht wordt gedaan) zonder dat de overheid daarin gekend wordt. Ik vraag mij echter af of de overheid bereid en geschikt is om bij dechargebesluiten betrokken te worden.

Bij gebreke aan een orgaan “boven” de raad van toezicht dat bevoegd is om leden van de raad van toezicht te schorsen, zou de wet mijns inziens een regeling dienen te bevatten die inhoudt dat de raad van toezicht bevoegd is zijn eigen leden te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Dit bevordert het “zelfreinigend vermogen” van de raad van toezicht. De raad van toezicht van de stichting zou, mede om deze praktische reden, uit ten minste drie personen dienen te bestaan.

## VERANTWOORDING EN ZELFEVALUATIE DOOR DE RAAD VAN TOEZICHT

Mijns inziens is terecht in het Wetsvoorstel btrp voorgesteld om artikel 2:298 BW (schorsing en ontslag via de rechter op een aantal in de wet genoemde gronden, waaronder taakverwaarlozing) niet alleen te laten gelden voor bestuurders van de stichting, maar uit te breiden naar leden van de raad van toezicht. Bovendien is in het Wetsvoorstel terecht bepaald dat de statuten van een stichting met een raad van toezicht in ieder geval een regeling dienen te bevatten voor het geval van belet en ontstentenis van alle leden van de raad van toezicht.

### Aanbevelingen aan de wetgever:

- [Zie paragraaf 8.3.5 en 7.4.3] Boek 2 BW zou dienen te bepalen dat de raad van toezicht van een stichting, indien deze wordt ingesteld, ten minste eenmaal per jaar een zelfevaluatie uitvoert en daarvoor een procedure opstelt.
- [Zie paragraaf 8.5.2] Boek 2 BW zou dienen te bepalen dat de raad van toezicht bevoegd is zijn eigen leden te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Het orgaan of de instantie dat benoemingsbevoegd is kan de schorsing opheffen.
- [Zie paragraaf 8.5.3] Naast het in het Wetsvoorstel btrp voorgestelde artikel 2:11c lid 7 zou artikel 2:299 BW uitgebreid moeten worden naar leden van de raad van toezicht. Deze regeling zou als *fall back* kunnen fungeren voor het geval dat, ondanks het feit dat de wet (als het Wetsvoorstel btrp wet wordt) voorschrijft dat de statuten een regeling moeten bevatten voor ontstentenis of belet van alle leden van de raad van toezicht, is nagelaten een regeling te treffen.

### Aanbevelingen voor sectorale governancecodes:

- [Zie paragraaf 8.3.2 en 8.3.3] Sectorale governancecodes zouden moeten bevorderen dat toezichtverslagen meer informatief worden. In plaats van een opsomming en omschrijving zou sprake moeten zijn van een meer inhoudelijke uiteenzetting in het toezichtverslag, in ieder geval over de onderwerpen waarover de raad van toezicht meer dan slechts een goedkeurende bevoegdheid ten opzichte van het bestuursbeleid heeft, zoals (a) (her)benoeming van bestuurders en bestuurdersbeloning en (b) samenstelling van de raad van toezicht en onafhankelijkheid van leden van de raad van toezicht.
- [Zie paragraaf 8.3.4] In sectorale governancecodes zou voorgeschreven moeten worden dat de raad van toezicht jaarlijks een afzonderlijk toezichtverslag opstelt waaraan een aantal minimumeisen wordt gesteld. Per sector zouden brancheorganisaties of verenigingen van toezichthouders in die sector voorbeeldverslagen kunnen publiceren waarin onderwerpen worden opgenomen die inhoudelijk behandeld en toegelicht moeten worden.
- [Zie paragraaf 8.3.5] In sectorale governancecodes zou duidelijke verslaglegging over de wijze van (zelf)evaluatie door de raad van toezicht in het toezichtverslag verplicht gesteld moeten worden.



## Hoofdstuk 9. Wettelijke regels voor de raad van toezicht?

### 9.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken werden diverse aanbevelingen gedaan aan de Boek 2 BW-wetgever en aan de opstellers van sectorregels en sectorale governancecodes. Deze aanbevelingen hebben ten doel de rol, de taak en de daarbij behorende bevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting te verduidelijken en, zo nodig, in de wet vast te leggen. Ook werden suggesties gedaan teneinde de kwaliteit van het interne toezicht bij de stichting te verbeteren middels regels over de samenstelling en het functioneren van de raad van toezicht en regels over verantwoording door de raad van toezicht.

In dit laatste hoofdstuk komt, meer algemeen, de vraag aan de orde waar de verschillende governanceregels voor de raad van toezicht van de stichting thuishoren: in de algemene wettelijke regeling (Boek 2 BW), in sectorwetten of in sectorale governancecodes. Bovendien komt aan de orde wat de verhouding is tussen de algemene regeling en sectorregels.

Wat betreft de algemene wettelijke regeling kan een onderscheid gemaakt worden tussen de voor alle rechtspersonen geldende, algemene titel van Boek 2 BW en de stichtingentitel van Boek 2 BW. Daarbij kan de vraag gesteld worden of geüniformeerde regels voor (besturen en toezichthoudende organen van) alle rechtspersonen in de algemene titel van Boek 2 BW, zoals is voorgesteld in het Wetsvoorstel btrp, geen afbreuk doen aan het bijzondere karakter van de stichting ten opzichte van andere rechtspersonen.

### 9.2 Regels in Boek 2 BW, sectorwetten en/of sectorcodes?

#### 9.2.1 *Overlap in regels en soorten regels*

Bij gebreke aan een algemene wettelijke regeling van de raad van toezicht zijn op dit moment veel regels omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad van toezicht opgenomen en uitgewerkt in sectorregels. In Bijlage 1 zijn onderwerpen opgesomd, die op soortgelijke wijze voor verschillende soorten

## HOOFDSTUK 9

stichtingen in sectorregels, dat wil zeggen: sectorwetten en sectorale governancecodes, opgenomen zijn.

De linker kolom van Bijlage 1 bevat vier categorieën regels die de raad van toezicht betreffen:

1. bevoegdheden van de raad van toezicht ten opzichte van bestuurders (benoeming, ontslag, etc.);
2. bestuursbesluiten die goedkeuring of medewerking van de raad van toezicht behoeven;
3. bevoegdheden van de raad van toezicht ten opzichte van de raad van toezicht zelf (benoeming, ontslag, etc.);
4. regels omtrent de samenstelling en het functioneren van de raad van toezicht.

In Bijlage 1 is per onderwerp vermeld welke regeling voor stichtingen in een bepaalde sector geldt. Waar een kruisje staat, geldt op dit moment geen regeling of geldt een afwijkende regeling. Uit Bijlage 1 blijkt dat op een aantal gebieden sprake is van overlap. Ook in de voorgaande hoofdstukken bleek dat sommige regels voor raden van toezicht van verschillende soorten stichtingen gelijk zijn of gelijk kunnen zijn.

### 9.2.2 *Welke regels waar?*

Terecht wordt in de literatuur en in inleidingen bij governancecodes vaak opgemerkt dat voorkomen moet worden dat er teveel regels worden opgesteld.<sup>1</sup> Een continue aanwas van regels kan de verantwoordelijkheid vervangen die mensen voelen voor hun gedrag.<sup>2</sup> Men is het er algemeen over eens dat “afvinkgedrag”, waarbij de bedoeling van de regels uit het oog verloren wordt, voorkomen moet worden. *Good governance* gaat uiteindelijk voor een belangrijk deel om het gedrag van mensen.

#### *De kracht en de zwakte van codes*

De kracht van sectorale governancecodes is dat zij *good governance*-principes bevatten die voor een specifieke sector relevant zijn en die kunnen inspelen op de actualiteit in die sector.<sup>3</sup> Een zwakte is echter dat zij niet alle stichtingen

---

1. Zie bijvoorbeeld de Inleiding bij de GCZ 2017.

2. Van de Loo & Winter 2016.

3. Ik ben het niet eens met Luckerath-Rovers dat er één sectoroverstijgende code voor goed bestuur opgesteld zou moeten worden (M. Luckerath-Rovers, ‘Sectoroverstijgende code voor goed bestuur is verder weg dan ooit’, *FD* 21 februari 2017).



in desbetreffende sector binden (zie paragraaf 8.2.6), waardoor ongerechtvaardigde verschillen kunnen ontstaan tussen stichtingen in die sector.<sup>4</sup> Een bijzonder voorbeeld is de Claimcode voor claimstichtingen in de zin van artikel 3:305a BW. Uit onderzoek blijkt dat deze Claimcode, anders dan governance-codes voor stichtingen in semipublieke en maatschappelijke sectoren, door relatief weinig stichtingen vrijwillig wordt nageleefd (zie ook paragraaf 6.3.2).<sup>5</sup>

#### *Sectorwetgeving*

In de literatuur is terecht opgemerkt dat de wildgroei aan sectorwetgeving op het gebied van governance bij stichtingen het overzicht niet ten goede komt. Sectorale regelingen over de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht vertonen onderling veel overeenkomsten en soms ook onverklaarbare verschillen. Sectorale wetten, zoals de Woningwet en de Pensioenwet, bevatten regels op het gebied van bevoegdheidsverdeling tussen bestuurlijke en toezichthoudende organen.

Voor sommige onderwerpen geldt mijns inziens dat het niet mogelijk of niet zinvol is om sectoroverstijgende criteria op te stellen. De regels die mijns inziens per sector geregeld dienen te worden komen hierna in paragraaf 9.3 aan de orde.

#### *Basisregeling in stichtingentitel Boek 2 BW*

De basisregeling over de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht hoort naar mijn mening in Boek 2 BW thuis. Aanvullende sectorspecifieke regels en sectorale handreikingen, met name op het gebied van *good governance*, zijn op zich niet bezwaarlijk voor zover zij aansluiten op het algemeen wettelijk kader van Boek 2 BW.<sup>6</sup>

4. Om die reden kan in sectorwetgeving aan de minister in de desbetreffende sector de bevoegdheid worden gegeven (via een toelatings- of bekostigingsvoorwaarde) een of meer codes aan te wijzen die door de stichting in die sector nageleefd moeten worden met de verplichting jaarlijks verantwoording af te leggen over toepassing en naleving (Overes 2016, p. 62).
5. Rapport Claimcode 2016, Bauw & Van der Linden 2016, 7 en Arons 2017. Sommige claimstichtingen passen de regels wel toe en zorgen voor interne controle van bestuurders. Andere claimstichtingen kennen slechts één bestuurder. Dit kan leiden tot onwenselijke situaties en tot situaties waarin de enig bestuurder zichzelf hoge vergoedingen toekent. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 31 januari 2017, RO 2017/39 (Stichting Loterijverlies). Een meerhoofdig bestuur en/of een raad van toezicht is voor claimstichtingen vooralsnog niet wettelijk vereist. Mede om die reden is door de wetgever voorgesteld om bepaalde governancevoorschriften die nu in de Claimcode staan in een meer algemene geldende wettelijke regeling, in dit geval artikel 3:305a BW op te nemen, *Kamerstukken II* 2016-2017, 34 608, nr. 2. Onderdeel daarvan is de verplichting voor een claimstichting om een raad van toezicht in te stellen of een bestuur bestaande uit uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders. Zie hierover ook *Kamerstukken II* 2016-2017, 34 608, nr. 3, p. 19.
6. Zie ook Overes 2016, p. 57, Houwen 2016 en Klaassen 2017. Overes merkt op dat regels die afwijken van en inbreuk maken op het algemeen wettelijk kader alleen gelegitimeerd zijn voor zover met die regulering een publiek belang wordt gediend. Daarbij dient

## HOOFDSTUK 9

Een heldere algemene taakomschrijving voor de raad van toezicht vormt de basis voor een nadere uitwerking van taken en bevoegdheden in sectorwetgeving, codes en statuten. Ik meen, als gezegd, dat de variëteit in toepassingen van interne controle en intern toezicht bij stichtingen niet aan een uniforme regeling van de taak en normstelling van de raad van toezicht van de stichting in de weg hoeft te staan. Het Wetsvoorstel btrp biedt mijns inziens terecht in Boek 2 BW een basis voor de instelling van de raad van toezicht bij de stichting en een aantal basisbevoegdheden voor raden van toezicht. Anders dan in het Wetsvoorstel btrp is voorgesteld, zou de regeling van de raad van toezicht van de stichting naar mijn mening in de stichtingentitel van Boek 2 BW thuishoren. Hier kom ik in paragraaf 9.4 op terug.

### *Genoeg vrijheid voor de vrijwillige en de verplichte raad van toezicht?*

Ik meen dat de regeling van de raad van toezicht flexibel dient te zijn, zodat de oprichters van de stichting vrijheid hebben ten aanzien van de inrichting van de raad van toezicht van “hun stichting”.<sup>7</sup> Voor raden van toezicht die op grond van sectorregels of een sectorcode verplicht moeten worden ingesteld dient de regeling flexibel genoeg te zijn om de verschillen tussen sectoren in sectorregels uit te kunnen werken. Tegelijk meen ik dat *als* er, vrijwillig of verplicht, een raad van toezicht wordt ingesteld, het voor leden van die raad ook duidelijk moet zijn wat hun taak is, mede vanwege het feit dat zij in het geval van onbehoorlijke taakvervulling (waarbij sprake is van ernstige verwijtbaarheid) mogelijk aansprakelijk gehouden kunnen worden. Teneinde hun toezichthoudende rol waar te kunnen maken moeten zij naar mijn mening ook echt wat kunnen doen. Zij hebben instrumenten nodig voor het geval het bestuur niet naar behoren functioneert. Als een dergelijke vorm van toezicht te zwaar is of om een andere reden onwenselijk is, zou overwogen kunnen worden om een ander soort orgaan in te stellen, zoals een raad van advies.

Kapitaalvennootschappen kennen ook enerzijds verplicht toezicht in de vorm van een raad van commissarissen (of niet-uitvoerende bestuurders) bij de structuurvennootschap<sup>8</sup> en anderzijds de vrijwillige raad van commissarissen, bijvoorbeeld bij een familievennootschap. Ook deze raden van commissarissen hebben een verschillende toezichthoudende rol, maar de basistaak en basisbevoegdheden van de raad van commissarissen van alle soorten vennootschappen zijn eenduidig geregeld.

---

gemotiveerd te worden waarom afwijking noodzakelijk is. In de literatuur is mijns inziens ook terecht de vraag gesteld of nauwere betrokkenheid van wetgevingsjuristen van het Ministerie van Veiligheid en Justitie bij sectorwetgeving wellicht ook de kwaliteit en coherentie van het rechtspersonenrecht ten goede zou komen, zie De Jongh 2017.

7. Zie over de wenselijkheid van een flexibele regeling: Blanco Fernández 2016.

8. De NCGC gaat er voor wat betreft beursvennootschappen van uit dat zij een raad van commissarissen of een bestuur met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders hebben.

## WETTELIJKE REGELS VOOR DE RAAD VAN TOEZICHT?

De raad van toezicht van een culturele instelling die de Governancecode Cultuur toepast heeft bijvoorbeeld minder “zware bevoegdheden” dan de raad van toezicht van een (grote) woningcorporatie of zorginstelling. Niettemin wordt ook bij culturele instellingen door brancheorganisaties als aandachtspunt genoemd dat de raad van toezicht zich “professioneel” dient op te stellen, dat wil zeggen: de raad van toezicht moet daadwerkelijk toezicht houden en ook *kunnen* houden.<sup>9</sup>

### *Raad van commissarissen of raad van toezicht?*

Ik meen overigens dat het gebruik van de term “raad van toezicht” in een algemene wettelijke regeling de voorkeur verdient boven de term “raad van commissarissen”. Zoals blijkt uit Bijlage 1 wordt de term raad van toezicht in de meeste sectorregels gehanteerd. Alleen woningstichtingen gebruiken de term raad van commissarissen. Een belangrijker argument is naar mijn mening dat met de term raad van toezicht het onderscheid met de raad van commissarissen van andere soorten (corporatieve) rechtspersonen duidelijker wordt gemaakt. Op de verschillen tussen de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht en de raad van commissarissen kom ik in paragraaf 9.4 terug.

## 9.3 Sectorregels in verband met good governance

### 9.3.1 *Verplichte raad van toezicht*

Een belangrijk voorbeeld van een onderwerp dat mijns inziens op sectorniveau (in een sectorwet of een sectorcode) thuis hoort, is de verplichting of het advies tot het instellen van een raad van toezicht (of een *one tier board* met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders). De vraag of een raad van toezicht voorgeschreven zou moeten worden hangt immers mede af van het doel van de stichting: is dat een zuiver privaat doel of bevat het ook maatschappelijke of publieke elementen? In het verlengde daarvan (als uitvloeisel van de stichtingsdoelstelling) is relevant welke belangen bij de stichting zijn betrokken en hoe het stichtingsvermogen is samengesteld. Is het vermogen gevormd met privaat en/of publiek geld?

Naar mijn mening bevat Boek 2 BW terecht geen algemene regeling voor “grote stichtingen” (“structuurstichtingen”) waarin een verplichte raad van toezicht met een aantal wettelijke bevoegdheden is voorgeschreven. In verband met de vraag of een raad van toezicht ingesteld moet worden, is niet alleen de grootte van de onderneming (het aantal werknemers) en/of de omvang van het stichtingsvermogen relevant, maar is vooral van belang welke (soorten) belangen blijken het stichtingsdoel bij de stichting betrokken zijn.

---

9. Zie Rapport Culturele Instellingen 2016.

9.3.2 *Samenstelling, deskundigheid en functioneren*

De wijze waarop *good governance* bevorderd kan en moet worden hangt mijns inziens af van de sector waarin de stichting opereert. Door het treffen van een regeling op sectorniveau kan rekening worden gehouden met de verschillende bij de stichting betrokken belangen, maar ook met accenten in het toezicht in een bepaalde sector. Richtlijnen en voorschriften over een evenwichtige samenstelling van de raad van toezicht, deskundigheid van leden van de raad, scholing en het functioneren van de raad van toezicht, kunnen naar mijn mening het beste sectoraal, bijvoorbeeld in een governancecode, geregeld worden. Aanbevelingen op het gebied van diversiteit, maximumaantal toezichthoudende functies en onafhankelijkheid van de leden van de raad van toezicht kunnen in een code worden voorzien van voorbeelden of indicatieve voorschriften, waarvan gemotiveerd kan worden afgeweken.

Per sector kan bovendien beter ingespeeld worden op de actualiteit en op de voor de sector relevante governance-onderwerpen. Zo vinden bijvoorbeeld bestuurders en toezichthouders van culturele instellingen culturele diversiteit belangrijk.<sup>10</sup> Bij zorginstellingen, die door fusies de afgelopen jaren vaak omvangrijk zijn geworden, is informatievoorziening over groepsmaatschappijen en grip op de onderneming (het medisch specialistisch bedrijf) een aandachtspunt.<sup>11</sup> Voor bijvoorbeeld pensioenfondsen is zorgvuldig vermogensbeheer en geschiktheid van leden van de raad van toezicht op dat gebied een belangrijk onderwerp.

9.3.3 *Zorgvuldige besluitvorming en integriteit*

De door sectoren zelf opgestelde governancecodes en handreikingen zijn bij uitstek geschikt voor regels op het gebied van de cultuur binnen de raad en regels die beogen het gedrag van individuele leden van de raad van toezicht te bevorderen. Een voorbeeld kan zijn een handreiking over zorgvuldige besluitvorming en de rol van de voorzitter bij vergaderingen van de raad van toezicht. Wat betreft individueel gedrag van leden van de raad van toezicht kan gedacht worden aan voorschriften op het gebied van integriteit en omgang met belangenverstrengeling.

---

10. Uit het Rapport Culturele Instellingen 2016 blijkt dat de samenstelling van besturen en raden van toezicht van culturele instellingen redelijk eenzijdig is, terwijl besturen en leden van de raad van toezicht diversiteit een belangrijk onderwerp vinden.

11. Van Uchelen-Schipper 2016a.

#### 9.3.4 *Zelfevaluatie en verantwoording*

De raad van toezicht van de stichting vervult, mede vanwege het ontbreken van een algemene vergadering, een belangrijke intern controlerende rol binnen de stichting. De raad van toezicht van de stichting houdt, net als de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken binnen de stichting en de daarmee verbonden onderneming of organisatie. Vanwege het ontbreken van een algemene vergadering, fungeert de raad van toezicht bij veel soorten stichtingen bovendien ten opzichte van het bestuur als het benoemingsorgaan en het verantwoordingsorgaan.

Bij veel stichtingen is er geen derde orgaan aanwezig waaraan de raad van toezicht zelf verantwoording aflegt over de uitoefening van zijn taak. Om die reden is, als gezegd, jaarlijkse zelfevaluatie en externe verantwoording van belang. In governancecodes en handreikingen kunnen voorbeelden worden gegeven van onderwerpen die in het verslag van de raad van toezicht aan de orde kunnen komen. Bovendien kunnen brancheorganisaties ondersteuning bieden bij de structurering van de jaarlijkse zelfevaluatie.

#### 9.3.5 *Regels die het functioneren van de raad van toezicht verder bevorderen: statuten en reglementen*

Bepaalde regels die het functioneren van de raad van toezicht verder kunnen bevorderen, kunnen per stichting in de statuten uitgewerkt worden of in een reglement of in een protocol vastgelegd worden. Daarbij kan gedacht worden aan regels over informatievoorziening (informatieprotocol), regels omtrent de wijze van vergaderen en besluitvorming, regels ter voorkoming van en omgang met belangenverstrengeling en procedures in verband met risicobeheersing. Dergelijke regels dienen op maat gemaakt te worden en dienen te passen bij de aard en het doel van de stichting.

### 9.4 Basisregeling in de stichtingentitel in Boek 2 BW

#### 9.4.1 *Wettelijke taakomschrijving*

Mijns inziens zou de raad van toezicht een wettelijke basistaak en een aantal wettelijke basisbevoegdheden moeten hebben. De stichting is bovenal een “doelvermogen”. De stichting onderscheidt zich van andere rechtspersonen in Boek 2 BW door de betekenis die het vermogen heeft voor het doel en ook door het feit dat voor het doel samenwerkende leden of aandeelhouders ontbreken. Het stichtingsdoel vormt een belangrijke leidraad voor zowel het bestuur als de raad van toezicht van iedere stichting.

## HOOFDSTUK 9

De raad van toezicht is er voor alle bij de stichting betrokken belanghebbenden. Wie als belanghebbenden bij de stichting kunnen worden aangemerkt, kan vooral uit het stichtingsdoel worden afgeleid: de oprichters (die de doelstelling in de statuten hebben vastgesteld, al dan niet met de mogelijkheid het doel te wijzigen), de begunstigden en degenen die bijdragen aan de vorming van het stichtingsvermogen ter bereiking van het stichtingsdoel.

Mijns inziens zou de volgende wettelijke taak van de raad van toezicht in de wet vastgelegd dienen te worden: toezicht houden op het beleid van het bestuur *ter verwezenlijking van het stichtingsdoel* en op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Net als voor de raad van commissarissen van andere rechtspersonen geldt dat de raad van toezicht het bestuur met raad terzijde staat.

Ik meen dat, vanwege het hiervoor genoemde specifieke karakter van de stichting als doelvermogen, de toezichthoudende taak voor de raad van toezicht van de stichting in de eigen stichtingentitel in Boek 2 BW vastgelegd zou moeten worden.

### 9.4.2 *Uitgangspunt: het raad van toezichtmodel*

Veel sectorwetten en sectorale governancecodes, waarin een raad van toezicht is voorgeschreven of aanbevolen, gaan expliciet of impliciet uit van een vergelijkbaar raad van toezichtmodel.

#### *Default rules*

De wetgever zou bij het ontwerpen van een flexibele regeling voor de raad van toezicht in de stichtingentitel in Boek 2 BW een stichting met een raad van toezichtmodel als uitgangspunt (*default rule*) kunnen nemen. Daarbij zou wel, met name ten behoeve van niet-sectoraal gereguleerde stichtingen, de mogelijkheid geboden moeten worden om in de statuten van sommige bevoegdheden af te wijken.

Aan de raad van toezicht zou, bij wijze van *default rule* de bevoegdheid kunnen worden toegekend om: (a) bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan; (b) (eventueel) een beloning toe te kennen aan bestuurders; (c) de jaarrekening goed te keuren.

#### *Regels ten aanzien van de benoeming van leden van de raad van toezicht*

Zoals blijkt uit Bijlage 1 gaat het raad van toezichtmodel er in sommige sectoren, met name bij semipublieke instellingen, van uit dat de raad zijn eigen leden benoemt en ontslaat. Dat geldt echter niet voor alle sectoren. In dat verband lijkt meer variatie te bestaan in de praktijk, hetgeen er voor pleit om geen algemene *default* regels te formuleren.

### 9.4.3 *Tegenstrijdig belang; belet en ontstentenis*

De raad van toezicht dient mijns inziens een rol te spelen bij (mogelijke) tegenstrijdig belangsituaties. Ingeval van belet en ontstentenis van alle bestuurders dient de raad van toezicht de mogelijkheid te hebben om een tijdelijke bestuurder aan te wijzen.

Betrokkenheid van de raad van toezicht ingeval van tegenstrijdig belang van bestuurders en ontstentenis of belet van bestuurders, kan in de stichtingentitel in Boek 2 BW voor alle stichtingen geregeld worden. Hetzelfde geldt voor regelingen over tegenstrijdig belang van leden van de raad van toezicht zelf en regelingen over ontstentenis en belet van alle leden van de raad van toezicht. Aangezien deze regelingen bij de stichting, vanwege het ontbreken van een algemene vergadering, verschillen van de regelingen bij andere rechtspersonen, ligt opname ervan in de stichtingentitel voor de hand.

### 9.4.4 *Andere regels vanwege het ontbreken van een algemene vergadering*

#### *Schorsingsbevoegdheid*

Een belangrijke bevoegdheid die de raad van toezicht tanden geeft, waardoor de raad snel kan ingrijpen als dat in het belang van de stichting is, is de bevoegdheid tot schorsing van bestuurders. Gelet op het belang van deze schorsingsbevoegdheid, waarvan de raad in sommige omstandigheden ook gebruik *moet* maken indien dat in het belang van de stichting is, zou de wetgever naar mijn mening voor de raad van toezicht niet de mogelijkheid moeten bieden schorsingsbevoegdheid in de statuten “weg te schrijven”. Het feit dat voor de raad van commissarissen van andere rechtspersonen wel geldt dat de schorsingsbevoegdheid kan worden weggeschreven (zij kunnen schorsing immers aan de algemene vergadering overlaten), pleit naar mijn mening ook op dit punt voor een afzonderlijke regeling in de stichtingentitel in Boek 2 BW.

#### *Instructiebevoegdheid*

Ik meen dat de wet voorts zou dienen te bepalen dat de statuten aan de raad van toezicht de bevoegdheid kunnen toekennen om het bestuur van de stichting (bindende) aanwijzingen te geven. Indien in de statuten instructiebevoegdheid wordt toegekend aan een orgaan dat qua samenstelling en taakopdracht lijkt op een algemene vergadering, leidt dat mogelijk tot overtreding van het ledenverbod. Wat betreft de raad van toezicht is spanning met het ledenverbod naar mijn mening minder snel aan de orde. Een statutaire instructiebevoegdheid kan de raad van toezicht ondersteunen bij zijn toezichthoudende taak. De raad van toezicht heeft met de bevoegdheid om aan het bestuur aanwijzingen te geven de mogelijkheid om het bestuur bij te sturen als dat in het belang van de stichting is. De raad kan dan wel dreigen met maar hoeft dan niet meteen gebruik te maken van het middel van schorsing of ontslag van bestuurders.

## HOOFDSTUK 9

### *Regels ten aanzien van de eigen leden van de raad van toezicht*

In verband met het zelfreinigend vermogen van de raad van toezicht en het feit dat er niet noodzakelijkerwijs een ander orgaan is dat direct kan ingrijpen als een lid van de raad van toezicht niet naar behoren functioneert, is het mijns inziens van belang om de bevoegdheid van de raad van toezicht om één of meer van zijn leden te schorsen als basisregel in de stichtingentitel van Boek 2 BW op te nemen. Bovendien zou het uitgangspunt mijns inziens moeten zijn dat de raad van toezicht uit ten minste drie leden bestaat, mede ter bevordering van een optimale samenstelling, optimale besluitvorming en het zelfreinigend vermogen van de raad van toezicht.

#### *9.4.5 Betrokkenheid van de raad van toezicht bij de bescherming van het doelgebonden vermogen*

De raad van toezicht van iedere stichting dient mijns inziens nadrukkelijk een rol te spelen bij bescherming van het doelgebonden vermogen. In ieder geval dient de raad van toezicht betrokken te worden bij: (a) doelwijziging; (b) besluiten waarbij bestuurders een persoonlijk tegenstrijdig belang hebben; (c) rechtsvormwijziging (omzetting); (d) fusie en splitsing; (e) ontbinding en bestemming van het batig saldo bij ontbinding; en (f) andere besluiten die kunnen leiden tot een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de stichting, het stichtingsvermogen of de met de stichting verbonden onderneming.

In Boek 2 BW zou mijns inziens betrokkenheid van de raad van toezicht bij genoemde besluiten geregeld moeten worden. Fusie, splitsing en ontbinding zijn in aparte titels geregeld en aan doelwijziging van de stichting is in de stichtingentitel een aparte wettelijke bepaling gewijd. Het ligt naar mijn mening het meest voor de hand om bij de betreffende wetsartikelen voorafgaande goedkeuring door de raad van toezicht voor te schrijven. In sectorcodes en “op maat gemaakte” statuten kunnen bepaalde andere besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de stichting en het stichtingsvermogen worden onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht.



# Samenvatting

## **De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting**

Het huidige stichtingenrecht is nog steeds nagenoeg gelijk aan de eerste regeling van stichtingen uit 1956. Anders dan in 1956 hanteren veel stichtingen tegenwoordig een governancemodel met een bestuur en een raad van toezicht. De wettelijke regeling van de stichting is flexibel gebleken en zou naar mijn mening ook flexibel moeten blijven. Niet voor elke stichting hoeft een raad van toezicht voorgeschreven te worden. Voor veel soorten stichtingen is het voldoende dat sprake is van een meerhoofdig bestuur. Stichtingen kunnen daarnaast bijvoorbeeld een raad van advies instellen. Maar áls er een raad van toezicht wordt ingesteld, zou het voor leden van de raad van toezicht duidelijk moeten zijn wat hun taak en bevoegdheden zijn, mede vanwege het feit dat zij, in geval van onbehoorlijke taakvervulling (waarbij sprake is van ernstige verwijtbaarheid), mogelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden. Het wordt dan ook hoog tijd dat de taak en de (basis)bevoegdheden van de raad van toezicht van de stichting wettelijk worden geregeld. Vanwege het bijzondere karakter van de stichting – de stichting is een “doelvermogen” zonder leden of aandeelhouders – zou de regeling van de raad van toezicht naar mijn mening niet in de algemene titel maar in de stichtingentitel van Boek 2 BW thuishoren.

De raad van toezicht van de stichting heeft, net als de raad van commissarissen van andere rechtspersonen, de taak om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken binnen de rechtspersoon en de daarmee eventueel verbonden onderneming. Bovendien behoort het tot de taak van de raad van toezicht om het bestuur met raad terzijde te staan. Bestuurders en leden van de raad van toezicht dienen zich bij hun taakuitoefening te laten leiden door het doel van de stichting. Het bestuur van de stichting moet zich bij zijn beleidsvoorbereiding en zijn beleidsuitvoering primair richten op het verwezenlijken van het stichtingsdoel. Een kerntaak van de raad van toezicht is om daarop toe te zien.

De belangen die zowel het bestuur als de raad van toezicht bij de vervulling van zijn taak in acht moet nemen, zijn in ieder geval de belangen van de oprichters, de vermogensverstrekkers en de begunstigden van de stichting. Deze belangen volgen uit of zijn gerelateerd aan het stichtingsdoel. De eventueel aan een stichting verbonden onderneming is in beginsel dienstbaar aan het bereiken van de

## SAMENVATTING

stichtingsdoelstelling. Het is overbodig en zelfs verwarrend om in sectorregels voor bepaalde soorten stichtingen het maatschappelijk belang als afzonderlijk, aanvullend richtsnoer voor bestuurders en leden van de raad van toezicht te noemen. Het eventueel betrokken maatschappelijke belang is immers al in de doelstelling van de stichting verdisconteerd.

De raad van toezicht van iedere stichting dient naar mijn mening nadrukkelijk een rol te spelen bij de bescherming van het doelgebonden vermogen van de stichting. Mijns inziens moet de raad van toezicht worden betrokken bij besluiten die ertoe (kunnen) leiden dat de identiteit of het karakter van de stichting of het stichtingsvermogen materieel wijzigt. Een belangrijk voorbeeld daarvan is de wijziging van het statutaire stichtingsdoel. Door de wijziging van het doel kan het stichtingsvermogen immers een andere bestemming krijgen. Bovendien moet de raad van toezicht worden betrokken in het geval sprake is van tegenstrijdig belangsituaties die van materieel belang zijn voor de stichting.

Als bij een stichting een raad van toezicht wordt ingesteld, moet de raad zijn toezichthoudende taak ook kunnen waarmaken. De raad moet voldoende tegenwicht kunnen bieden aan het bestuur. Zowel de raad van toezicht die op grond van sectorregels verplicht is gesteld als de raad van toezicht die vrijwillig is ingesteld, zou op grond van de wet de mogelijkheid moeten hebben om een bestuurder te schorsen indien deze het belang van de stichting schaadt. Op die manier kan bijvoorbeeld een bestuurder die het stichtingsvermogen besteedt (uitkeringen doet) in strijd met het stichtingsdoel op non-actief worden gesteld. Bovendien zou de wet statutaire instructiebevoegdheid van de raad van toezicht mogelijk moeten maken. Door het geven van aanwijzingen kan de raad het bestuur in sommige situaties bijsturen voordat de raad naar het zwaardere middel van schorsing of ontslag moet grijpen.

In de stichtingentitel in Boek 2 BW zou bij wijze van “default-regeling” een basisregeling opgenomen kunnen worden voor stichtingen die een raad van toezicht wensen in te stellen. Deze regeling zou geënt kunnen worden op het raad van toezichtmodel dat, via sectorcodes en sectorwetten, al tientallen jaren bij verschillende soorten stichtingen (zorginstellingen, woningcorporaties, hogescholen, culturele instellingen, fondsenwervende instellingen) voorkomt. Deze basisregeling houdt in dat de raad van toezicht bestuurders benoemt en ontslaat, tenzij de statuten anders bepalen. Bovendien stelt de raad van toezicht de jaarrekening vast, tenzij de statuten anders bepalen. Daarmee wordt zichtbaar dat de “default-raad van toezicht” in feite een zwaardere rol heeft dan de raad van commissarissen van andere rechtspersonen. Andere rechtspersonen kennen immers een algemene vergadering die bestuurders en commissarissen benoemt en

ontslaat (tenzij de structuurregeling van toepassing is) en die de jaarrekening vaststelt. Bij gebreke aan een algemene vergadering is de raad van toezicht bij veel soorten stichtingen niet alleen het orgaan dat toezicht houdt op het bestuur, maar ook het orgaan waaraan het bestuur intern verantwoording aflegt.

De raad van toezicht heeft bovendien een rol ten opzichte van zijn eigen leden. Bij veel soorten stichtingen wordt de raad niet intern gecontroleerd door een ander (derde) orgaan. Om die reden is het bevorderen van een optimale samenstelling van de raad van toezicht en het zelfreinigend vermogen van de raad van groot belang. Daarbij past mijns inziens een wettelijk minimumaantal van drie leden en de wettelijke bevoegdheid van de raad om zijn eigen leden te schorsen.

Het gedrag en de beslissingen van individuele leden van de raad van toezicht zijn nooit onfeilbaar en psychologische elementen, zoals groepsdenken, kunnen invloed hebben op (de kwaliteit van) besluiten van de raad. Om die reden is het van belang dat het besluitvormingsproces van de raad van toezicht zo veel mogelijk gestructureerd plaatsvindt, bijvoorbeeld op basis van door de sector opgestelde checklists. De voorzitter van de raad vervult een belangrijke rol bij zorgvuldige besluitvorming. Bovendien is van belang dat de raad van toezicht zichzelf periodiek evalueert met gebruikmaking van bepaalde, eventueel door sectororganisaties opgestelde, standaarden. Het kan voor raden van toezicht raadzaam zijn om bij deze zelfevaluatie periodiek een buitenstaander te betrekken.

De raad van toezicht dient mijns inziens jaarlijks, na afloop van het boekjaar, een *eigen* toezichtverslag op te stellen, waarin niet alleen inzicht wordt geboden in de wijze waarop toezicht op het bestuur is gehouden, maar ook in de samenstelling van de raad, zijn werkproces en zijn (wijze van) zelfevaluatie. Een sterke raad van toezicht zal, ook zonder daartoe wettelijk verplicht te zijn, verantwoording willen afleggen aan de bij de stichting betrokken belanghebbenden. Deze sterke raad van toezicht zal er daarom zelf voor kiezen om op een daartoe geschikte wijze transparant te zijn over zijn eigen functioneren. Dat kan bijvoorbeeld door het toezichtverslag vrijwillig te publiceren op een website van de stichting of door het op een andere wijze beschikbaar te stellen aan belanghebbenden.



## English summary

### **The role and position of the supervisory board of the Dutch foundation**

The current Dutch law on foundations is almost identical to the first Act on Foundations, which was adopted in 1956. The law on foundations has proved to be flexible and, in my opinion, should remain flexible. In contrast to 1956, nowadays many foundations have installed a supervisory board in addition to the management board. Not every foundation needs a supervisory board. In some cases, a management board, consisting of more than one member, is sufficient. In other cases, a foundation may decide to install an advisory body (instead of a supervisory body) in addition to the management board. However, if a supervisory board is installed, it is important that the members of the supervisory board know what their tasks, duties and authorities are. This is because they may, in some cases, be held liable if they have not performed their tasks in a reasonable manner, if they are seriously culpable.

For this reason, it is high time to regulate the tasks, duties and (basic) authorities of the supervisory board of the foundation. In my opinion, this regulation should be included under the separate title of Book 2 of the Dutch Civil Code which only regulates foundations and should not be included under the general title of Book 2 which deals with all corporate entities. The reason for this is that the foundation has special legal characteristics: the foundation's assets are legally tied to the foundation's objectives and the foundation may not have members or shareholders.

The basic task of the supervisory board of the foundation is the same as the basic task of the supervisory board of other entities: to supervise the policy of the management board and the general state of affairs in the foundation and its affiliated business (to the extent that the foundation has a business or an enterprise) or organisation. Moreover, the task of the supervisory board of the foundation is to advise the management board. In performing their tasks, managing directors and supervisory directors should be driven by the foundation's purpose, i.e. by its objectives. The management board must primarily focus on the realisation of the foundation's purpose, particularly with respect to the preparation and implementation of the policy. A key task of the supervisory board is to supervise this.

## ENGLISH SUMMARY

When performing their tasks, the management board and supervisory board of the foundation should, in any case, take into account the interests of the founders, the parties providing the foundation's assets and the beneficiaries of the foundation. These interests follow from or are related to the objectives of the foundation. If the foundation has an enterprise, the enterprise should serve to realise the foundation's objectives. It is superfluous and may even be confusing to mention the public interest as a separate additional interest which managing and supervisory directors should take into account, because the relevant public or social interest is already included in the foundation's objectives.

In my opinion, the supervisory board of each foundation must explicitly play a role in protecting the foundation's assets, which assets are legally tied to the foundation's objectives. My view is that the supervisory board must be involved in important decisions that can lead to a material change in the identity or character of the foundation or the foundation's assets. An example is the decision to amend the foundation's statutory objects, because amendments of the statutory objects can lead to a change in the destination of the foundation's assets. Moreover, the supervisory board must be involved in the case of a conflict of interest situation that is material to the foundation.

If the foundation has installed a supervisory board, this supervisory board should be able to fulfil its supervisory task. The supervisory board must have the means to counterbalance the power of the management board. Both the obligatory supervisory board (on the basis of sector rules) and the voluntary supervisory board should, by virtue of law, be given the authority to decide to suspend a managing director if the director violates the foundation's interest. In this way, the supervisory board has an instrument to use in the event that the managing director is making distributions which are contrary to the foundation's objectives. Moreover, the law should make it possible for the articles of association to grant a binding right of instruction to the supervisory board. By giving instructions, the supervisory board can intervene in the foundation's policy in some situations before or instead of using its authority to suspend or dismiss managing directors.

In my opinion, the special title on foundations in the Dutch Civil Code should include basic default rules regarding foundations with a supervisory board. These rules could be based on the "supervisory board and management board"-governance structure which has already been used for many years by foundations in different sectors (health care institutions, housing association sector, academies and universities, cultural institutions, fundraising institutions). According to these basic rules, the supervisory board appoints and dismisses managing directors unless the articles of association determine otherwise. Moreover, the

supervisory board adopts the annual accounts unless the articles of association determine otherwise. This will show that the “default supervisory board” of the foundation has a more responsible position than the supervisory board of other legal entities. Other legal entities have a general meeting of members or shareholders with the authority to appoint and dismiss managing directors and supervisory directors (unless the large entity regime is applicable) and the authority to adopt the annual accounts. As the foundation does not have a general meeting, the supervisory board is normally not only the body that supervises the management board but also the body the management board is internally accountable to.

The supervisory board of a foundation has a role and duty to the members of the board itself. Many foundations do not have an extra (third) body that supervises or monitors the supervisory board. For this reason, it is important to ensure the best possible composition of the supervisory board and to ensure that the supervisory board has a “self-cleaning” capacity. In line with this, Dutch law should provide that the supervisory board consists of at least three members and that the supervisory board has the authority to suspend its own members.

The behaviour and the decisions of individual members of the supervisory board are never flawless. Psychological factors, such as group think, may influence the quality of board decisions. For this reason, it is important that the decision-making process of the supervisory board is structured, for example, on the basis of checklists provided by sector organisations. It should be noted that the chairman of the board has an important role with respect to proper decision making. Moreover, it is important that the supervisory board periodically makes a self-evaluation of its performance using certain standards which are, for instance, provided by sector organisations. For some supervisory boards it is advisable to periodically involve an outsider in the self-evaluation process.

In my opinion, the supervisory board should, at the end of each financial year, draw up its own report. The information in this report of the supervisory board should contribute to a good understanding of the way the management board was supervised, the composition of the supervisory board, the work process of the supervisory board and its self-evaluation. A strong supervisory board will voluntarily, without any legal obligation, account for its supervision to the relevant stakeholders. This strong supervisory board will choose to be transparent about its performance and will account for this in an appropriate manner. An example of this is to publish the supervision report voluntarily on the foundation’s website or to distribute the report in another manner to the relevant stakeholders.





# Bijlage 1. RvT-model: Overeenkomstige sectorregelingen

benaming	claimsstichting	culturele instelling	fondsverwervende instelling/vermogensfonds	woningstichting	zorginstelling	universiteit/hogeschool	pensioenfonds
	raad van toezicht	raad van toezicht	raad van toezicht	raad van commissarissen	raad van toezicht	raad van toezicht	raad van toezicht
benoeming, etc bestuurders;							
benoeming bestuurders door RvT	X	5.12 GCC 2014	2.3.a SBF-Code 2015/X	25.1 Woningwet	6.5.2 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	X
schorsing bestuurders door RvT	X	5.12 GCC 2014	2.3.a SBF-Code 2015/X	25.6 Woningwet	6.5.2 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	X
ontslag bestuurders door RvT	X	5.12 GCC 2014	2.3.a SBF-Code 2015/X	25.6 Woningwet	6.5.2 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	X
decharge van bestuurders door RvT	X	X	X	X	6.5.2 GCZ 2017	X	X
beloning van bestuurders door RvT	V.1 Ce 2011	5.12 GCC 2014	2.3.a SBF-Code 2015/X	3.5 GCW 2015 (beloningsbeleid)	6.5.2 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	X
evaluatie functioneren bestuurders door RvT	X	5.7 GCC 2014	2.5.2.5.b SBF-Code 2015	3.9 GCW 2015	7.2 GCZ 2017	3.1.3 Code VSNU 2013/X	X
goedkeuring door RvT:							
goedkeuring beleidsplan	X	X	2.2.a/2.2.e SBF-Code 2015	2.1 GCW 2015	5.2.2 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	X
vastelling/goedkeuring jaarrekening	III.5 Ce 2011	X	2.2.a/2.2.e SBF-Code 2015	35.3 Woningwet	5.2.2 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	104.3 Pw
benoeming externe accountant	X	5.9 en 9.2 GCC 2014	X	5.8 GCW 2015	6.6.1 GCZ 2017	9.8.1 WHW/10.3d.2 WHW	X
goedkeuring bep. belangrijke besluiten	III.6 Ce 2011	3.14 GCC 2014 (algemeen)	2.2.a SBF-Code 2015/X	26.1 Woningwet	5.2.2 GCZ 2017	X	104.3 Pw
benoeming, etc leden RvT:							
benoeming leden RvT door RvT	X	6 GCC 2014	X	30.2 Woningwet	6.2.2 GCZ 2017	X/III.2.1 Code HBO 2014	X
schorsing leden RvT door RvT	X	X	X	X	6.2.2 GCZ 2017	X	X
ontslag leden RvT door RvT	X	6 GCC 2014	X	X	6.2.2 GCZ 2017	X	X
decharge van leden RvT	X	X	X	X	6.2.2 GCZ 2017	X	X
vastelling vergoeding leden RvT door RvT	X	7.2 GCC 2014	X	X	6.2.5 GCZ 2017	3.4.1 Code VSNU 2013 (minister e.g. bestuur)	X
samenstelling en functioneren RvT:							
minimumaantal van 3 leden RvT	IV.1 Ce 2011	6.1 GCC 2014	X	30.1 Woningwet	X	9.7.1 WHW/X	104.1 Pw
taakverdeling en/of profielschets opstellen	X	5.3 en 6.4 GCC 2014	2.1.b en 2.5.a SBF-Code 2015/X	3.1.1 en 3.16 GCW 2015	6.2.4 GCZ 2017	9.7.4 WHW/10.3d.4 WHW en Code HBO 2013	104.6 Pw en 54 Code PF 2016
diverse samenstelling RvT	X	6.5 GCC 2014	X	3.16 GCW 2015	6.2.4 GCZ 2017	9.7.2 WHW (oververdeling)/X	53 Code PF 2016
rooster van afreden opstellen	X	6.10 GCC 2014	X	3.19 GCW 2015	X	3.3.5 Code VSNU 2013/III.1.10 Code HBO 2013	X
maximale zittingstermijn	X	6.9 GCC 2014 (2x4 of 3x3)	2.5.b SBF-Code 2015 (3x4)/X	30.4 Woningwet (2x4)	6.2.3 GCZ 2017 (2x4)	9.7.2 WHW, 3.3.4 Code VSNU 2013 (3x4) jaar/III.1.9 Code HBO 2013 (2x4)	63 Code PF 2016 (2x4)
jaarlijkse zelfevaluatie	X	5.6 GCC 2014	X/2.5.e SBF-Code 2015	30.1.1.b Woningwet	7.3.1 GCZ 2017	3.1.3 Code VSNU 2013/III.1.7 Code HBO 2013	55 Code PF 2016
onafhankelijkheid/incompatibiliteiten leden RvT 2011	IV.1 en VI.3 Ce	8.1 (algemeen) en 7.8 GCC 2014 (voorzitter)	2.6.f SBF-Code 2015 (familiebanden)/X	30.6 Woningwet (specifiek)	6.1 Lijnbesluit/incl. toelichting (specifiek) en 2.6.2, HBO 2013 (specifiek)	9.7.4 WHW en 3.2.2 Code VSNU 2013 (specifiek)/10.3d.4 WHW en III.4.2 Code HBO 2013 (specifiek)	3.2.2 Code PF 2016 (algemeen)
regels over tegenstrijdig belang leden RvT	X	8.5 GCC 2014	2.6.e SBF-Code 2015/X	3.26 GCW 2015	4.1.5 GCZ 2017	X/III.4.4 Code HBO 2013	X



## Bijlage 2. Voorgestelde wijzigingen in Boek 2 BW op grond van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen

Uit: *Kamerstukken II 2015-2016*, 34 491, nr. 2.

### **ARTIKEL I WIJZIGING VAN BOEK 2 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK**

Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd:

A

Artikel 9 komt te luiden:

#### **Artikel 9**

1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de rechtspersoon.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Tot de taak van een bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
3. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De bestuurders richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.
4. De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem wordt toegekend. Een bestuurder kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen.
5. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen, dan wel, indien het een stichting betreft, door het bestuur onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.

## BIJLAGE 2

6. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer bestuurders. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Degene die bij ontstentenis of belet van elk van de bestuurders ingevolge een statutaire regeling is aangewezen tot het verrichten van bestuursdaden, wordt voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder gelijkgesteld.

7. De bestuurders hebben als zodanig een raadgevende stem in de algemene vergadering. Indien een besluit van de algemene vergadering buiten vergadering wordt genomen, worden de bestuurders voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen.

### B

Na artikel 9 worden drie artikelen ingevoegd, luidende:

#### **Artikel 9a**

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan de uitvoerende bestuurder worden toebeedeeld. Niet uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.

2. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk. 3. Bij de benoeming wordt vermeld of een bestuurder wordt benoemd tot uitvoerende bestuurder of tot niet uitvoerende bestuurder.

4. Het bestuur is te allen tijde bevoegd tot schorsing van een uitvoerende bestuurder.

5. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

6. Een bezoldiging van niet uitvoerende bestuurders wordt vastgesteld door de algemene vergadering. Een bezoldiging van niet uitvoerende bestuurders van een stichting wordt vastgesteld op de wijze die daartoe in de statuten is voorzien.

**Artikel 9b**

1. Elke bestuurder is jegens de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.
2. De aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon rust tevens hoofdelijk op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is.
3. De rechtbank binnen het rechtsgebied waarvan de rechtspersoon zijn woonplaats heeft, neemt kennis van alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder, daaronder begrepen de vordering als bedoeld in artikel 9c, waarvan het bedrag onbepaald is of € 25.000 te boven gaat. Dezelfde rechtbank neemt kennis van verzoeken als bedoeld in artikel 671b en artikel 671c van Boek 7 betreffende de in de eerste zin genoemde overeenkomst. De zaken, bedoeld in de eerste en tweede volzin, worden niet behandeld en beslist door de kantonrechter.
4. Een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken.

**Artikel 9c**

1. In geval van faillissement van een rechtspersoon is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, zijnde het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.
2. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de rechtspersoon volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen. Dit lid is niet van toepassing op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en op een onbezoldigd bestuurder van een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte.
3. Niet aansprakelijk is de bestuurder die bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.
4. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan

## BIJLAGE 2

voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd dat die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaatsvond.

5. Is de omvang van het tekort nog niet bekend, dan kan de rechter bepalen dat van het tekort tot betaling waarvan hij de bestuurders veroordeelt, een staat wordt opgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Lid 4 is van overeenkomstige toepassing.

6. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg. De bestuurder is niet bevoegd tot verrekening met een vordering op de rechtspersoon.

7. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de rechtspersoon heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen een door de rechter benoemde bewindvoerder of een door de ondernemingskamer aangestelde bestuurder als bedoeld in artikel 356, onder c.

8. Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9b.

9. Indien een bestuurder ingevolge dit artikel aansprakelijk is en niet in staat is tot betaling van zijn schuld terzake, kan de curator de door die bestuurder onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, ten behoeve van de boedel door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen, indien aannemelijk is dat deze geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. Artikel 45 leden 4 en 5 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing.

10. Indien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering op grond van dit artikel of artikel 9b of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe, kan de curator Onze Minister van Veiligheid en Justitie verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen. Onze Minister kan regels stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de grenzen waarbinnen het verzoek kan worden toegewezen. Het verzoek moet de gronden bevatten waarop het berust, alsmede een beredeneerde schatting van de kosten en de omvang van het onderzoek. Het verzoek, voor zover het betreft het instellen van een voorafgaand onderzoek, behoeft de goedkeuring van de rechter-commissaris.

C

Artikel 11 komt te luiden:

**Artikel 11**

1. Tenzij uitvoering is gegeven aan artikel 9a lid 1, kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn. De raad van commissarissen bestaat uit een of meer natuurlijke personen.
2. De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. De raad van commissarissen staat het bestuur met raad terzijde. De statuten kunnen aanvullende bepalingen bevatten omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad van commissarissen en van zijn leden.
3. Tot de taak van een commissaris behoren alle taken van de raad van commissarissen die niet bij of krachtens de statuten aan een of meer andere commissarissen zijn toebedeeld. Elke commissaris draagt verantwoordelijkheid voor het algemene toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.
4. Elke commissaris is jegens de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. De commissarissen richten zich bij de vervulling van hun taak naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.
5. De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide commissaris meer dan één stem wordt toegekend. Een commissaris kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere commissarissen tezamen.
6. Een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen, dan wel, indien het een stichting betreft, door de raad van commissarissen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen.
7. De statuten bevatten voorschriften omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de commissarissen. De statuten kunnen deze voorschriften bevatten voor het geval van ontstentenis of belet van een of meer commissarissen. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet.
8. Tenzij de statuten anders bepalen, is de raad van commissarissen bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De schorsing kan te allen tijde worden opgeheven door het orgaan dat of de persoon die bevoegd is tot benoeming.

## BIJLAGE 2

9. De commissarissen hebben als zodanig een raadgevende stem in de algemene vergadering. Indien een besluit van de algemene vergadering buiten vergadering wordt genomen, worden de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming in de gelegenheid gesteld om advies uit te brengen.

10. Bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een commissaris worden van de kandidaat meegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep, de betrekkingen die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een commissaris, en, in geval van een kapitaalvennootschap, het bedrag van de door hem gehouden aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Tevens wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris is verbonden; indien zich daaronder rechtspersonen bevinden die tot een zelfde groep behoren, kan met de aanduiding van de groep worden volstaan. De aanbeveling en de voordracht tot benoeming of herbenoeming worden gemotiveerd. Bij herbenoeming wordt rekening gehouden met de wijze waarop de kandidaat zijn taak als commissaris heeft vervuld.

11. Een bezoldiging van commissarissen wordt vastgesteld door de algemene vergadering. Een bezoldiging van commissarissen van een stichting wordt vastgesteld op de wijze die daartoe in de statuten is voorzien.

### D

Na artikel 11 worden drie artikelen ingevoegd, luidende:

#### **Artikel 11a**

1. Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens.

2. Het bestuur stelt ten minste een keer per jaar de raad van commissarissen schriftelijk op de hoogte van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de gebruikte beheers- en controlesystemen.

#### **Artikel 11b**

1. Elke commissaris is jegens de rechtspersoon voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijke vervulling van de taak van de raad van commissarissen, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijke taakvervulling af te wenden.

2. Het in artikel 9b leden 3 en 4 bepaalde ten aanzien van bestuurders is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van commissarissen.

#### **Artikel 11c**

Het in artikel 9c bepaalde is van overeenkomstige toepassing op commissarissen, met dien verstande dat in de leden 8 en 10 voor artikel 9b moet worden gelezen artikel 11b.



## WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

E

Artikel 37 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het vierde lid wordt aan het slot een zin toegevoegd, luidende: Indien de voordracht één kandidaat voor een te vervullen plaats bevat, heeft een besluit over de voordracht tot gevolg dat de kandidaat is benoemd, tenzij het bindende karakter aan de voordracht wordt ontnomen.
2. In het zesde lid komt de laatste volzin te vervallen.

F

Artikel 44 wordt als volgt gewijzigd:

Het eerste lid alsmede de aanduiding «2.» voor het tweede lid komen te vervallen.

G

Artikel 47 komt te luiden:

### **Artikel 47**

Artikel 37 is van overeenkomstige toepassing op schorsing en ontslag van commissarissen en op benoeming van commissarissen die niet reeds bij de akte van oprichting zijn aangewezen.

H

Artikel 50a komt te luiden:

### **Artikel 50a**

De artikelen 139 en 150 zijn van overeenkomstige toepassing op de vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte en die aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen.

I

In artikel 53a, eerste lid, wordt «met uitzondering van de artikelen 26 lid 3 en 44 lid 2» vervangen door: met uitzondering van de artikelen 26 lid 3 en 44.

J

De artikelen 57 en 57a komen te vervallen.

K

Artikel 63f wordt als volgt gewijzigd:

In het vijfde lid wordt «artikel 57a lid 2» vervangen door: artikel 11 lid 10.

L

Na artikel 63j wordt een artikel ingevoegd, luidende:

BIJLAGE 2

**Artikel 63k**

1. In afwijking van artikel 63f lid 1 kan toepassing worden gegeven aan artikel 9a. In dat geval is het bepaalde ten aanzien van de raad van commissarissen onderscheidenlijk de commissarissen in artikel 63f leden 2 tot en met 11 en artikelen 63g tot met 63i van overeenkomstige toepassing op de niet uitvoerende bestuurders.

2. Indien toepassing is gegeven aan artikel 9a vereisen de besluiten in de zin van artikel 63j lid 1 de goedkeuring van de meerderheid van de niet uitvoerende bestuurders. Het ontbreken van de goedkeuring tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur of de bestuurders niet aan.

**M**

In artikel 93, vierde lid, wordt «de artikelen 9 en 138» vervangen door: de artikelen 9b en 9c.

**N**

Artikel 117 wordt als volgt gewijzigd:

Het vierde lid vervalt onder vernumming van het vijfde tot en met zevende lid tot vierde tot en met zesde lid.

**O**

Artikel 129 wordt als volgt gewijzigd: Het eerste, tweede, vijfde en zesde lid vervallen onder vernumming van het derde en vierde lid tot eerste en tweede lid.

**P**

Artikel 129a komt te vervallen.

**Q**

Artikel 131 komt te vervallen.

**R**

In artikel 132, eerste lid, wordt «artikel 129a» vervangen door: artikel 9a.

**S**

Artikel 134 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid komt de laatste volzin te vervallen.

2. Het derde en vierde lid komen te vervallen.

**T**

In artikel 135, achtste lid, wordt «artikel 129a» vervangen door: artikel 9a.

**U**

Artikel 138 komt te vervallen.

WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

V

Artikel 140 komt te vervallen.

W

Artikel 141 komt te vervallen.

X

Artikel 142, derde lid, komt te vervallen.

Y

Artikel 144, tweede lid, komt te luiden:

2. Artikel 134 lid 2 is van overeenkomstige toepassing.

Z

Artikel 145 komt te vervallen.

AA

Artikel 147 komt te vervallen.

BB

Artikel 149 komt te vervallen.

CC

Artikel 151 komt te vervallen.

DD

In artikel 155, eerste lid, aanhef, en in artikel 155a, eerste lid, aanhef, wordt «In afwijking van artikel 154 geldt artikel 162 niet voor een vennootschap waarin» telkens vervangen door: In afwijking van artikel 154 gelden de artikelen 162 en 164a lid 2 niet voor een vennootschap waarin.

EE

Artikel 164a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste, tweede en vierde lid wordt «artikel 129a» telkens vervangen door: artikel 9a.

2. In het derde lid wordt «artikel 129a lid 3» vervangen door: artikel 9a lid 2.

FF

In artikel 203, vierde lid, wordt «de artikelen 9 en 248» vervangen door: de artikelen 9b en 9c.

GG

In artikel 207, derde lid, wordt «Artikel 248 lid 5» vervangen door: Artikel 9c lid 5.

## BIJLAGE 2

### HH

In artikel 216, derde lid, wordt «Artikel 248 lid 5» vervangen door: Artikel 9c lid 5.

### II

Artikel 227 wordt als volgt gewijzigd: Het zevende lid vervalt onder vernumming van het achtste lid tot zevende lid.

### JJ

In artikel 238, tweede lid, komt de laatste volzin te vervallen.

### KK

Artikel 239 wordt als volgt gewijzigd: Het eerste, tweede, vijfde en zesde lid vervallen onder vernumming van het derde en vierde lid tot eerste en tweede lid.

### LL

Artikel 239a komt te vervallen.

### MM

Artikel 241 komt te vervallen.

### NN

In artikel 242, eerste lid, wordt «artikel 239a» vervangen door: artikel 9a.

### OO

Artikel 244 wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste lid komt de laatste volzin te vervallen.
2. Het derde en vierde lid komen te vervallen.

### PP

Artikel 248 komt te vervallen.

### QQ

Artikel 250 komt te vervallen.

### RR

Artikel 251 komt te vervallen.

### SS

Artikel 252, derde en vierde lid, komen te vervallen.

## WETSVOORSTEL BESTUUR EN TOEZICHT RECHTSPERSONEN

TT

Artikel 254, tweede lid, komt te luiden:

2. Het tweede lid van artikel 244 is van overeenkomstige toepassing.

UU

Artikel 255 komt te vervallen.

VV

Artikel 257 komt te vervallen.

WW

Artikel 259 komt te vervallen.

XX

Artikel 261 komt te vervallen.

YY

In artikel 265, eerste lid, aanhef, en in artikel 265a, eerste lid, aanhef, wordt «In afwijking van artikel 264 geldt artikel 272 niet voor een vennootschap waarin» telkens vervangen door: In afwijking van artikel 264 gelden de artikelen 272 en 274a lid 2 niet voor een vennootschap waarin.

ZZ

Artikel 274a wordt als volgt gewijzigd:

1. In het eerste en tweede lid wordt «artikel 239a» telkens vervangen door: artikel 9a.
2. In het derde lid wordt «artikel 239a lid 3» vervangen door: artikel 9a lid 2.
3. In het vierde lid wordt «artikel 239a lid 1» vervangen door: artikel 9a.

AAA

Artikel 286, vierde lid, onderdeel c, komt te luiden: c. de wijze van benoeming en ontslag van bestuurders en, indien er een raad van commissarissen wordt ingesteld, de wijze van benoeming en ontslag van commissarissen;

BBB

Artikel 291 wordt als volgt gewijzigd: Het eerste lid alsmede de aanduiding «2.» voor het tweede lid komen te vervallen.

CCC

Artikel 298 wordt als volgt gewijzigd:

1. Het eerste lid komt te luiden:

## BIJLAGE 2

1. Een bestuurder kan op verzoek van een belanghebbende of van het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen, wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld of wegens het niet of niet behoorlijk voldoen aan een door de voorzieningenrechter van de rechtbank ingevolge artikel 297 gegeven bevel.
2. Het derde lid komt te luiden:
3. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder of commissaris van een stichting worden.
3. Er wordt een lid toegevoegd, luidende:
4. Het in de voorgaande leden bepaalde is van overeenkomstige toepassing op commissarissen.

DDD

Artikel 300a komt te luiden:

### **Artikel 300a**

De artikelen 139 en 150 zijn van overeenkomstige toepassing op de stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen.

EEE

In artikel 346, tweede lid, wordt «artikel 129a of 239a» vervangen door: artikel 9a.

# Rapporten

## **Advies Onderwijsraad**

Advies 'Degelijk onderwijsbestuur' van de Onderwijsraad, Den Haag 2004.

## **Bedrijvenmonitor Topvrouwen 2016**

B. Pouwels en W. Henderikse, 'Waiting on the world to change. Bedrijvenmonitor Topvrouwen 2016', november 2016.

## **Cadbury Report**

Report of the Corporate Governance Committee (onder voorzitterschap van A. Cadbury) on the Financial Aspects of Corporate Governance, 1 december 1992.

## **European Foundation Report 2008**

Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg and the University of Heidelberg (Center of Social Investment and Investigation (CSI)), 'Feasibility Study on a European Foundation Statute', Final Report, november 2008.

## **Rapport Algemene Rekenkamer 2014**

Rapport van de Algemene Rekenkamer, 'Toezicht op presteren van woningcorporaties', 2 juni 2014, aangeboden aan de Tweede Kamer op 3 juni 2014.

## **Rapport Claimcode 2016**

T.E. van der Linden, onder supervisie van E. Bauw (Universiteit Utrecht), Rapport 'Naleving Claimcode', 2 juni 2016.

## **Rapport Commissie Daamen**

Rapport van de commissie onder leiding van M. Daamen 'Kwaliteit van bestuur en toezicht in de sector cultuur, een pleidooi voor zelfregulering', februari 2000.

## **Rapport Commissie Glasz**

Advies van de Commissie Intern Toezicht Woningcorporaties onder leiding van J.R. Glasz in opdracht van Aedes vereniging van woningcorporaties 'Naar professioneel toezicht', 4 mei 1998.

## RAPPORTEN

### **Rapport Commissie Halsema**

‘Een lastig gesprek’, advies van de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector onder leiding van F. Halsema (Commissie Halsema), september 2013.

### **Rapport Commissie Meurs**

Commissie Health Care Governance onder leiding van P. Meurs, ‘Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en adequate verantwoording in de Nederlandse gezondheidszorg’, 1 oktober 1999.

### **Rapport Commissie Ottow**

Rapportage ‘Externe evaluatie toetsingsproces AFM en DNB’ uitgevoerd door de Commissie onder leiding van A. Ottow in opdracht van AFM en DNB, 30 november 2016.

### **Rapport Commissie Peters**

Rapport van de Commissie Corporate Governance van de Vereniging voor de Effectenhandel onder voorzitterschap van J.F.M. Peters, ‘Corporate governance in Nederland, Aanbevelingen voor goed bestuur, goed toezicht en het adequaat afleggen van verantwoording’, april 1996.

### **Rapport Culturele Instellingen 2016**

Rapport ‘Governance in Cultuur’ naar aanleiding van de enquête Governance in cultuur Stand van Zaken 2016, uitgevoerd door Cultuur+Ondernemen in samenwerking met de Nederlandse vereniging Toezicht Cultuur (NVTC), april 2016.

### **Rapport HBO 2012**

‘Goed bestuur in het hbo, Advies van de evaluatiecommissie branchecode governance hbo’, HBO-raad vereniging van hogescholen, 2012.

### **Rapport KPMG 2016**

KPMG Rapport, ‘Reflectie op toezicht, onderzoek naar verantwoording over toezicht in jaarverslagen in de cultuursector’, maart 2016 ([www.cultuur-ondernemen.nl](http://www.cultuur-ondernemen.nl)).

### **Rapport NVTZ 2015**

Nederlandse Vereniging van Toezichthouders in Zorg en Welzijn (NVTZ), ‘De vrijblijvendheid voorbij. Bouwstenen voor goed toezicht in zorg en welzijn’, maart 2015.



**Rapport Parlementaire Enquêtecommissie Woningcorporaties 2014**

Rapport van de parlementaire enquêtecommissie Woningcorporaties onder voorzitterschap van R.A. van Vliet, 'Ver van huis' op 30 oktober 2014 aangeboden aan de Tweede kamer.

**Rapport Pensioencommissie SER 2009**

Pensioencommissie SER, 'Inventarisatie Principes voor goed pensioenfondsbe-stuur', 19 maart 2009.

**Rapport RVZ 2009**

Rapport van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ), 'Governance en kwaliteit van zorg', Den Haag 2009.

**Rapport Stichtingen in België 2017**

A. Mernier en V. Xhauflair, 'De Stichtingen in België', Rapport 2017 ([www.corporatefinancelab.org/2017/02/20/de-stichtingen-in-belgie-rapport-2017/](http://www.corporatefinancelab.org/2017/02/20/de-stichtingen-in-belgie-rapport-2017/)).

**Rapport Wijffels**

Rapport van de projectgroep rechtsvorm maatschappelijke onderneming onder leiding van H. Wijffels, 20 september 2006.

**Rapport WRR 2004**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Bewijzen van goede dienstverlening', 12 januari 2004.

**Rapport WRR 2013**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Toezien op Publieke Belangen', 9 september 2013.

**Rapport WRR 2014**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, 'Van tweeluiken naar drie-hoeken', 27 mei 2014.



## Literatuurlijst

### **Ariely 2008**

D. Ariely, *Predictably irrational*, HarperCollins Publishers: New York 2008.

### **Arons 2017**

T.M.C. Arons, 'Bescherming achterban claimorganisaties en collectief verhaal door toezichthouders', *WPNR* 2017/7152

### **Asser/Maeijer & Kroeze 2-I\* 2015**

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015.

### **Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009**

G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. R.G.J. Nowak), *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

### **Asser/Rensen 2-III\* 2012**

G.J.C. Rensen (m.m.v. J.M. Blanco Fernández), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel III. Overige rechtspersonen. Vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, stichting, kerkgenootschap en Europese rechtsvormen*, Deventer: Kluwer 2012.

### **Asser/Scholten & Bregstein 1-II 1954**

P. Scholten en H. Bregstein *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Eerste Deel – Personenrecht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon*, Zwolle: Tjeenk Willink 1954.

### **Asser/Van der Grinten 2-II 1991**

W.C.L. van der Grinten (m.m.v. van J.M.M. Maeijer), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991 (zevende druk).

## LITERATUURLIJST

### **Asser/Van der Grinten & Maeijer 2-II 1997**

W.C.L. van der Grinten en J.M.M. Maeijer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Vertegenwoordiging en rechtspersoon. De rechtspersoon*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

### **Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013**

G. van Solinge en M.P. Nieuwe Weme (m.m.v. G.J.C. Rensen), *Mr C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Rechtspersonenrecht. Deel IIa. NV en BV. Oprichting, vermogen en aandelen*. Deventer: Kluwer 2013.

### **Assink 2007**

B.F. Assink, *Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag: binnen het vennootschapsrecht van Nederland en Delaware* (diss.), Deventer: Kluwer 2007.

### **Assink 2015**

B.F. Assink, 'Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang', *WPNR* 2015/7048.

### **Assink & Verbrugh 2016**

B.F. Assink en M.A. Verbrugh, 'Bestuur; verbanden tussen bestuur, beleidsvrijheid en vier mogelijke begrenzers daarvan (primair gezien vanuit het B.V.-recht)' in *Handboek notarieel ondernemingsrecht – deel 1 – BV en NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **Bartman, De Groot, Nijland & Wuisman 2016**

S.M. Bartman, C. de Groot, J. Nijland en I.S. Wuisman, 'Enkele kanttekeningen bij het wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen', *MvO*, afl. 10-11, 2016.

### **Bartman/Dorresteyn/Olaerts 2016**

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn en M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2016.

### **Bauw & Van der Linden 2016**

E. Bauw en T.E. van der Linden 'Claimorganisaties tussen wildgroei en regulering', *TOP* 2016, 7.

### **Beckman 2000**

H. Beckman, 'Décharge: grenzen en nut', *Ondernemingsrecht* 2000, p. 419.

### **Beckman 2005**

H. Beckman, 'Decharge van bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005/44.

**Beckman 2010**

H. Beckman, 'Consultatiedocument openbaarmaking jaarrekening van stichtingen: kanttekeningen en opmerkingen', *Ondernemingsrecht* 2010/100.

**Bestuur en toezicht 2009**

M.J. Kroeze, J.B. Wezeman e.a., *Bestuur en toezicht, Verslag van een congres gehouden op 14 en 15 november 2009*, Deventer: Kluwer 2009.

**Bier 2006**

B. Bier, in: *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer, 2006.

**Bier 2017**

B. Bier, 'Wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: enkele gedachten bij horizontaal, verticaal en diagonaal toezicht', *Ondernemingsrecht* 2017/105.

**Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma & Vletter-van Dort 2012**

J. Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma en H.M. Vletter-van Dort, 'De relatie tussen de raad van commissarissen en aandeelhouders(vergadering) bij beursvennootschappen', *Ondernemingsrecht* 2012/29.

**Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma & Hijink 2013**

J. Biesheuvel-Hoitinga, A.A. Bootsma, J.B.S. Hijink, 'Het verslag van de RvC: voor betering vatbaar?', *TvJ* 2013, nr. 6.

**Blanco Fernández 1993**

J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij bv en nv (diss.)*, Deventer: Kluwer 1993.

**Blanco Fernández 2016**

J.M. Blanco Fernández, 'Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht', in: J.M. Blanco Fernández, J.B. Huizink, H.J. de Kluiver, C.H.C. Overes, E. Plomp en B.C.M. Waaijer, *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector (Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

**Blanco Fernández 2017**

J.M. Blanco Fernández, 'Bevoegdhedenovereenkomsten door bestuurders en commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2017/40.

**Boersma & Sprenger 2012**

B. Boersma en H. Sprenger, 'Ingrijpende herziening van het Curaçaose rechtspersonenrecht een feit', *Ondernemingsrecht* 2012/126.

## LITERATUURLIJST

### **Boschma 2013**

H.E. Boschma, 'De rechtsvorm van de onderneming in beweging' (oratie), *Ondernemingsrecht* 2013/72.

### **Boschma, Lennarts & Schutte-Veenstra 2014**

H.E. Boschma, M.L. Lennarts en J.N. Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse N.V.-recht?', *Ondernemingsrecht* 2014/14.

### **Boschma & Schutte-Veenstra 2012**

H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, 'De tanden van het vennootschapsrecht, een eerste verkenning van het sanctiearsenaal', *RMThemis* 2012-2.

### **Boschma & Schutte-Veenstra 2014**

H.E. Boschma en J.N. Schutte-Veenstra, '(Half)communicerende ondernemingsvormen', *Ondernemingsrecht* 2014/3.

### **Boschma & Snijder-Kuipers 2011**

H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, 'De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Bosse 2002**

W. Bosse, 'Het rechtskarakter van de niet in de wet opgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986', in *Statuten zonder bezwaar*, Den Haag: Sdu Uitgevers BV 2002.

### **Bosse 2009**

W. Bosse, 'Bindend advies aan bestuur verbindend?', *WPNR* 2009/73.

### **Bosse 2016**

W. Bosse, 'Civielrechtelijk bestuursverbod nader beschouwd', *JBN* 2016/9.

### **Bregstein 1955**

M.H. Bregstein, 'Naar aanleiding van het verslag betreffende wettelijke regeling inzake stichtingen', *WPNR* 1955/4417.

### **Bulten & Kreileman 2017**

C.D.J. Bulten en N. Kreileman, 'De dans ontspringen door decharge?' in G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Kluwer 2017.

**Van der Burg 1992**

V.A.M. van der Burg, 'Vragen rondom het maatschappelijk gebruik van de stichting', *WPNR* 1992, 6049.

**Van der Burg 1999**

V.A.M. van der Burg, 'De culturele en maatschappelijke beschikking – de wetgeving en het toezicht op modern mecenaat' in: *Bestuur onder controle*, Kluwer: Deventer 1999.

**Burggraaf 2014**

J.L. Burggraaf, 'De rol van de raad van commissarissen bij een onderneming in financiële moeilijkheden' in *Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden*, Deventer: Kluwer 2014.

**Corpus Iuris Civilis – Codex Justinianus I**

*Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling*, II, Codex Justinianus, SDU: 's-Gravenhage 1994.

**Corpus Iuris Civilis – Codex Justinianus II**

*Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling*, VII, Codex Justinianus, SDU: 's-Gravenhage 2001.

**Corpus Iuris Civilis – Digesten I**

*Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling*, IV, Digesten 25-34, SDU: 's-Gravenhage 1997.

**Corpus Iuris Civilis – Digesten II**

*Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling*, VI, Digesten 43-50, SDU: 's-Gravenhage 2001.

**Croiset van Uchelen 2014**

A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Dichter bij het vuur? Over de aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuurders', *TOP* nr. 3, mei 2014.

**Dijk 1978**

P.L. Dijk, 'Een korte reactie op het artikel van Mr. A.L. Mohr in WPNR 5439', *WPNR* 1978/5453, p. 637-638.

**Dijk/Van der Ploeg 2013**

C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg en W.M.J. van Veen, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013.

## LITERATUURLIJST

### **Van Dijk & Nuijts 2015**

A.G. van Dijk en W.H.J.M. Nuijts, 'Gedrag & cultuur toezicht en de samenhang met de 'governance' van een financiële instelling', *Ondernemingsrecht* 2015/114.

### **Van Dongen & Hopmans 2015**

M.C.P. van Dongen en J.P.W.V. Hopmans, 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting; een gemiste kans?', *TvOB* 2015-4.

### **Dorresteyn 2011**

A.F.M. Dorresteyn, 'Bescherming van doelvermogen buiten omzetting', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Dorresteyn 2015**

A.F.M. Dorresteyn, 'De stichting binnen concernverband', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging, Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

### **Dortmond 2008**

P.J. Dortmond, 'De overheidscommissaris terug van weggeweest?', *Ondernemingsrecht* 2008/175.

### **Dumoulin 2012**

S.H.M.A. Dumoulin, 'Het monistisch bestuursmodel volgens de Wet bestuur en toezicht – enige observaties vanuit de praktijk', *Ondernemingsrecht* 2012, 90.

### **Van Duuren 2017**

T.P. van Duuren, 'Tegenstrijdig belang en vertegenwoordiging', *WPNR* 2017/7173.

### **Duynstee 1978**

J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*. Deventer: Kluwer 1978.

### **Ellemers & De Gilder 2012**

N. Ellemers en D. de Gilder, *Je werkt anders dan je denkt*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Business Contract 2012.



**Feenstra 1956**

R. Feenstra, 'L'Histoire des fondations', *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* [deel XXIV] 1956.

**Feenstra 1994**

R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1994.

**Feith 1925**

R.H. Feith, *Prae-advies Nederlandse Juristenvereniging*, 's-Gravenhage: F.J. Belinfante 1925.

**Gepken-Jager 2012**

E.E.G. Gepken-Jager, 'Tegenstrijdig belang naar huidig en komend recht', *FIP* nr. 6, september 2012.

**Giesen 2011**

I. Giesen, 'Recht en... Psychologie: over de waarde die psychologische inzichten voor de civilist kunnen hebben', *WPNR* december 2011/6912.

**Glasz 1992**

J.R. Glasz, *De commissaris. Aanbevolen gedragsregels*. Kluwer: Deventer 1992.

**Glasz 1995**

J.R. Glasz, *Enige beschouwingen over zinvol commissariaat*. Kluwer: Deventer 1995.

**Gorter 2016**

C. Gorter, 'Het complexe samenspel bij risicomangement', *Ondernemingsrecht* 2016/73.

**Van der Grinten 1943**

W.C.L. van der Grinten, 'De doeleinden der stichting', *WPNR* 1943, 3844 en 3846.

**Van der Grinten 1983-1984**

W.C.L. van der Grinten, *De NV* 1983, p. 157-159 en *De NV* 1984.

**Groeneveld-Louwerse 2001**

J.G. Groeneveld-Louwerse, 'Voorwaarden voor het delegeren van bevoegdheden bij vereniging en stichting op grond van de bepalingen van Boek 2 BW in het licht van enkele bestuursmodellen', *S&V* 2001-1.

## LITERATUURLIJST

### **Groeneveld-Louwerse 2004**

J.G. Groeneveld-Louwerse, *Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid; de positie van besturen van verenigingen en stichtingen in het kader van subsidieverstrekking of toelating (in het bijzonder van woningcorporaties)* (diss.), Deventer: Kluwer 2004.

### **Groeneveld-Louwerse & Suurland 2003**

J.G. Groeneveld-Louwerse en C.L. Suurland, 'Afhankelijkheid tussen steunstichting en moederstichting en de gevolgen voor de consolidatie', *SV&V* 2003-6.

### **Groenewald 2001**

Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV* (diss.), Deventer: Kluwer 2001.

### **Groenewald 2004**

Th. Groenewald, 'De doelloze BV', *Ondernemingsrecht* 2004, 8.

### **Hallebeek 2006**

J. Hallebeek, *Fons et origo iuris*, VU University Press: Amsterdam, 2006.

### **Hamers 2015**

J.J.A. Hamers, 'Het bestuur van de stichting', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging, Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

### **Handboek NV en BV 2013**

P.J. Dortmond, *Van der Heijden Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013.

### **Helder 2013**

E.R. Helder, *De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming* (diss.), Den Haag: SDU 2013.

### **Helder 2014**

E.R. Helder, 'Van wie is de maatschappelijke onderneming', *MvV* 2014.

### **Helder 2016**

E.R. Helder, 'Tegenstrijdig belang', *TvOB* 2016-1.

### **Hendriks 1994**

R.W.F. Hendriks, *De stichting in concernverband* (diss.), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

**Hno BV en NV 2016**

B. Bier, M. van Olfen en B. Snijders-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht – deel 1 – BV en NV* (serie Van der Heijden Instituut, nr. 132), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Honée 1996**

H.J.M.N. Honée, ‘Commissarissen, gezanten uit Niemandsland?’, *De NV* 1996/11.

**Hoppenbrouwers & Rensen 2015**

L.W.J. Hoppenbrouwers en G.J.C. Rensen, ‘De notaris en woningcorporaties’, *WPNR* 2015/7088.

**Houwen 1994**

L.G.H.J. Houwen, ‘Groepsvorming in het stichtingenrecht’, *S&V* 1994.

**Houwen 2014**

L.G.H.J. Houwen, ‘Een goed gesprek over good governance’, *TvOB* 2014-1.

**Houwen 2014a**

L.G.H.J. Houwen, ‘Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein’, *TvOB* 2014-4.

**Houwen 2015**

L.G.H.J. Houwen: ‘De bijzondere dynamiek van het verenigingen- en stichtingenrecht. Bespreking van Asser/Rensen 2-III\* Overige rechtspersonen, ISBN 9789013076301’, *WPNR* 2015/7066.

**Houwen 2016**

L.G.H.J. Houwen, ‘De WBTR in het semipublieke domein: verhouding Boek 2 BW en sectorale governanceregulering’, *TvOB* 2016-1.

**Houwen 2016a**

L.G.H.J. Houwen, ‘Rechtsvorm en governance van privaat gefinancierde zorgondernemingen’, *TvOB* 2016-6.

**Huizink 2011**

J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2011.

## LITERATUURLIJST

### **Huizink 2014**

J.B. Huizink, 'De veranderende rol van de commissaris' in *De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2014.

### **Huizink 2016**

J.B. Huizink, 'De voorgestelde wijzigingen van Titel 1 Boek 2 BW', in: J.M. Blanco Fernández, J.B. Huizink, H.J. de Kluiver, C.H.C. Overes, E. Plomp en B.C.M. Waaijer, *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semi-publieke en non-profitsector* (Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

### **Van den Ingh 2002**

F.J.P. van den Ingh, 'De bevelstructuur in de vennootschap', in *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002.

### **Jak & Zijlstra 2011**

N. Jak en S.E. Zijlstra, 'De overheidsstichting: een tussenstand', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Jansen 2014**

K. Jansen, 'Het geheel ontbreken van het toezichthoudend orgaan bij een stichting', *JBN* 2014/40.

### **De Jongh 2014**

J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss.), Deventer: Kluwer 2014.

### **De Jongh 2017**

J.M. de Jongh, 'Bestuur en toezicht rechtspersonen in vogelvlucht', *Ondernemingsrecht* 2017/102.

### **Kahneman 2011**

D. Kahneman, *Ons onfeilbare denken (Thinking, fast and slow)*, Uitgeverij Business Contact: Amsterdam 2011.

### **Kahneman, Lovallo & Sibony 2011**

D. Kahneman, D. Lovallo & O. Sibony, 'Before You Make That Big Decision...', *Harvard Business Review*, June 2011.

**Kemp en Schwarz 2013**

B. Kemp en K. Schwarz, 'Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting'', *Ondernemingsrecht* 2013/120.

**Kersten 2016**

H.H. Kersten, 'De rol van de auditcommissie bij het toezicht door de raad van commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2016/14.

**Klaassen 2014**

A.G.H. Klaassen, 'Bestuurderstoets voor de zorg (of niet)?', *TvGR* 2014.

**Klaassen 2016**

A.G.H. Klaassen, 'Zorgverzekeraars stellen eisen aan statuten van zorgaanbieders', *WPNR* 2016/7106.

**Klaassen 2016a**

A.G.H. Klaassen, 'Uitspraken van de Governancecommissie Gezondheidszorg: de dans rond de stoel van de bestuurder', *TVGR* 2016 (40) 4.

**Klaassen 2017**

A.G.H. Klaassen, 'Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen en de semipublieke sector: een betere aansluiting op Boek 2 BW is wenselijk', *Ondernemingsrecht* 2017/107.

**Klaassen & Vletter-van Dort 2015**

A.G.H. Klaassen en H.M. Vletter-van Dort, *Diversiteit in het bestuur en het intern toezicht in de pensioensector*, Boom juridisch 2015.

**De Kluiver 1988**

H.J. de Kluiver, 'Steunstichting, fondsenwerving en overheid', *S&V* 1988, p. 179.

**De Kluiver 2016**

H.J. de Kluiver 'Corporate governance en interne controle: implicaties voor regelgeving' Verslag van het Congres "Reporting, controle en toezicht", gehouden op 18 juni 2015 aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Kluwer: Deventer 2016.

**Koelemeijer 2000**

M. Koelemeijer, 'Delegatie, mandaat en volmacht in het stichtingsbestuur en de rol van redelijkheid en billijkheid', *S&V*, 2000-3.

## LITERATUURLIJST

### **Koelemeijer 2013**

M. Koelemeijer, 'De commissaris anno 2013', *TvOB* 2013-2.

### **Koelemeijer 2016**

M. Koelemeijer, 'De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht?', *TvOB* 2016/1.

### **Koster 2016**

H. Koster, 'De vernieuwde Woningwet: Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting', *Ondernemingsrecht* 2016/62.

### **Koster & Verbrugh 2014**

H. Koster en M. Verbrugh, 'De Europese Stichting (FE): het voorstel voor een FE-Statuut', *Ondernemingsrecht* 2014/58.

### **Kroeze 2005**

M.J. Kroeze, 'Onafhankelijkheid van commissarissen', *Ondernemingsrecht* 2005, 8.

### **Kroeze 2013**

M.J. Kroeze, 'Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen', in: W.H. van Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 865-906.

### **Krol 2011**

A.N. Krol, 'De stichting en de jaarrekening', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Krootjes 1952**

A. Krootjes, 'Stichting, Richtlijnen en normen voor een wettelijke regeling, Rapport van de Commissie-Petit, ingesteld door het bestuur van het Centrum voor Staatskundige Vorming', *Katholiek Staatskundig Maandschrift*, juli/augustus 1952, nr. 5-6.

### **Kruisinga, Lennarts & Senden 2016**

S.A. Kruisinga, M.L. Lennarts en L. Senden, 'Vrouwen naar de top', *NJB* 2016/1035.

**Kuijers-Tollenaar & Van Uchelen-Schipper 2014**

G.K. Kuijers-Tollenaar en M.J. van Uchelen-Schipper, 'Reactie op Belet of ontstentenis, that is the question van P.H.N. Quist in *WPNR* 2013/6990', *WPNR* 2014/7002.

**Laseur-Eelman & Nolen 2015**

S. Laseur-Eelman en M.F. Nolen, 'Maatschappelijke ondernemingen', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging, Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

**Lemstra & Okhuijsen 2010**

J.H. Lemstra en R.W. Okhuijsen, Consultatiedocument 'Zelfregulering claimstichtingen', *Tijdschrift voor Financieel Recht*, 6 juni 2010.

**Lennarts 2005**

M.L. Lennarts, 'Een nieuwe regeling van het instructierecht', *O&F* 2005/65.

**Lennarts 2009**

M.L. Lennarts, 'Naar een nieuwe tegenstrijdig belang-regeling', in: *Bestuur en toezicht*, Kluwer: Deventer, 2009.

**Lennarts 2011**

M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

**Lennarts 2017**

M.L. Lennarts, 'Piercing the corporate director – Over de (on)zin van art. 2:11 BW en art. 106a lid 2 Fw' in G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Kluwer 2017.

**Lennarts & Boschma 2008**

M.L. Lennarts en H.E. Boschma, 'Blijft het tobben met tegenstrijdig belang?', *WPNR* 2008, 6770.

## LITERATUURLIJST

### **Lennarts & Roest 2016**

M.L. Lennarts en J. Roest, 'Toezicht; benoeming en ontslag, taken en bevoegdheden en aansprakelijkheid van toezichthouders in besloten verhoudingen', in: B. Bier, M. van Olffen en B. Snijders-Kuipers (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht – deel 1 – BV en NV* (serie Van der Heijden Instituut, nr. 132), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **Van de Loo & Winter 2016**

E.L.H.M. van de Loo en J.W. Winter, 'Cultuur en gedrag volgens de nieuwe Corporate Governance Code', *Ondernemingsrecht* 2016/72.

### **Lubbers 1986**

A.G. Lubbers, *Vereniging en stichting, gewoon in praktijk*, W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

### **Maatman 2004**

R.H. Maatman, *Het Pensioenfonds als vermogensbeheerder* (diss.), Deventer: Kluwer 2004.

### **Maatman, Enzerink & Kraaiveld 2015**

R.H. Maatman, M.W. Enzerink en C.K. Kraaiveld, 'Pensioenfondsen in de notariële praktijk', *WPNR* 2015/7088.

### **Meijers 1948**

E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948.

### **Meijers 1958**

E.M. Meijers, *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1958 (tweede, ongewijzigde druk).

### **De Melker 2012**

N. de Melker, 'Schaarse toezichthouders eerlijk delen. Goede zelfevaluatie maakt maximering commissariaten overbodig', *Goed Bestuur* 2 2012.

### **Toelichting-Meijers**

Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 's-Gravenhage 1954/1955.

### **Mohr 1978**

A.L. Mohr, 'Het ledenverbod', *WPNR* 1978/5439, p. 383-386.



**Nijland & Ohman 2016**

J. Nijland en D.O. Ohmann, 'Schorsing bestuurder Stichting Loterijverlies.nl', *MvO* 2016, nummer 8 & 9.

**Nethe 2013**

M.Y. Nethe, *Ontbinding en vereffening van rechtspersonen*, Kluwer: Deventer 2013.

**De Nijs Bik 2013**

W.W. de Nijs Bik, *De Structuurvennootschap. Bestuur, toezicht en corporate governance*, Deventer: Kluwer 2013.

**Noordraven 1988**

G. Noordraven, *De Fiducia in het Romeinse recht* (diss.), Deventer: Kluwer 1988.

**Nowak 2013**

R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang als vorm van belet', *WPNR* 2013/6969.

**Nowak 2016**

R.G.J. Nowak, 'Het voorstel toepasbaarheid Code op one-tier boards', *Ondernemingsrecht* 2016/113.

**Van Olffen 2012**

M. van Olffen, 'Inrichting van de one tier vennootschap bij of krachtens de statuten', *Ondernemingsrecht* 2012/89

**Oostwouder & Scholten 2016**

W.J. Oostwouder en C.J.L. Scholten, 'Meavita: to care or not to care?', *O&F* 2016 (24) 1.

**Overes 1995**

C.H.C. Overes, 'Delegatie en mandaat in het stichtingenrecht', *S&V* 1995, p.148-152.

**Overes 2011**

C.H.C. Overes. 'De stichting en governance: bestuur en toezicht', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

## LITERATUURLIJST

### **Overes 2013**

C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR* 2013/6996.

### **Overes 2015**

C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht* 2015/103.

### **Overes 2016**

C.H.C. Overes, 'Bestuurlijke inrichting van semipublieke instellingen. Meer of minder sectorspecifieke regels', in L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **Pitlo/Raaijmakers 2017**

M.J.G.C. Raaijmakers, met medewerking van G.T.M.J. Raaijmakers en W.J.M. van Veen, *Het Nederlands burgerlijk recht, Ondernemingsrecht (Pitlo-serie nr. 2)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Van der Ploeg 1978**

T.J. van der Ploeg, *Het burgerlijk recht en de vrijwillige organisatie* (diss.), Deventer: Kluwer 1978.

### **Van der Ploeg 1992**

T.J. van der Ploeg, 'Ontbinding en vereffening van rechtspersonen' in *Nieuw vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

### **Van der Ploeg 2007**

T.J. van der Ploeg, 'Boekbespreking', *WPNR* 2007/6712.

### **Van der Ploeg 2011**

T.J. van der Ploeg, 'Overheidstoezicht op stichtingen', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Plomp 2016**

E. Plomp, 'De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector?', in: J.M. Blanco Fernández, J.B. Huizink, H.J. de Kluijver, C.H.C. Overes, E. Plomp en B.C.M. Waaijer, *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (Vereeniging 'Handelsrecht' Pre-adviezen 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

**Polak 1956**

J.M. Polak, *De Wet op de Stichtingen*, IJmuiden: Vermande Zonen 1956.

**Polak 1960**

J.M. Polak, *Inleiding tot het Nederlands rechtspersonenrecht*, Groningen: J.B. Wolters 1960.

**Polak 1971**

J.M. Polak, 'De stichting in het nieuwe rechtspersonenrecht', *De NV* 1971, p. 101-103.

**Portengen 2006**

H.J. Portengen, 'Naar contractsvrijheid voor de BV en haar statutaire inrichting (!?)', in: T.P. van Duuren, H.J. Portengen, E.P.M. Vermeulen en B. Bier, *De vereenvoudigde BV*, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2006, Deventer: Kluwer, 2006.

**Quist 2008**

P.H.N. Quist, 'Weerloos Wezen. Over doelwijziging van een stichting', *WPNR* 2008, 6773.

**Quist 2013**

P.H.N. Quist, 'Belet of ontstentenis, that is the question', *WPNR* 2013/6990.

**Quist 2015**

P.H.N. Quist, 'Wijziging van stichtingsstatuten als de statute daartoe niet de mogelijkheid openen', *JBN* 2015 (11), 51.

**Quist & Rensen 2017**

P.H.N. Quist en G.J.C. Rensen, 'De algemene bepalingen in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2017/7162.

**Raaijmakers 2016**

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Meavita: van 'wanbeleid rechtspersoon' naar aansprakelijkheid bestuurders/commissarissen?!', *Ars Aequi* maart 2016.

**Rensen 2015**

G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015/7072.

**Rensen 2017**

G.J.C. Rensen, 'Opgeruimd staat netjes?', *WPNR* 2017/7161.

## LITERATUURLIJST

### **Roest 2015**

J. Roest, 'Medezeggenschap', in: in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M. M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging, Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

### **De Roo 2015**

K.H.M. de Roo, 'De rechtspersoon als commissaris', *TvOB* 2015-3.

### **Schild & Timmerman 2014**

A.J.P. Schild en L. Timmerman, 'Het nieuwe artikel 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders', *WPNR* 2014, 7011.

### **Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman/Schoonbrood 2017**

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J. Winter, J.B. Wezeman en J. Schoonbrood, Deventer: Kluwer 2017.

### **Van Schilfgaarde 1999**

P. van Schilfgaarde, Rechtsvragenrubriek, *WPNR* 1999/6368.

### **Schmieman 2008**

E. Schmieman, 'De stand van zaken bij het toezicht op stichtingen', *TvOB* 2008, 2.

### **Schmieman 2017**

E. Schmieman, 'De taak en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen bij stichtingen naar huidig en komend recht', in G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied*, Deventer: Kluwer 2017.

### **Scholten 1908**

P. Scholten, 'Inzamelingen I', *WPNR* 1908, 1989, p. 53-55, en 'Inzamelingen II', *WPNR* 1908, 1990, p. 65-67.

### **Scholten 1923**

P. Scholten, 'Over rechtspersonen. III. Stichtingen', *WPNR* 1923, 2769.

### **Schoonbrood 2002**

J.D.M. Schoonbrood, 'De in de wet overgenomen bepalingen van de Departementale Richtlijnen 1986', in: W. Bosse e.a., *Statuten zonder bezwaar, Pre-advies 2002 KNB*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2002.

**Schoonbrood & Meppelink 2016**

J.D.M. Schoonbrood en J.J. Meppelink, 'Stemrechtregelingen voor het bestuur en de raad van commissarissen van een NV/BV en de invloed van een tegenstrijdig belang daarop', *WPNR* 2016/7113.

**Schrage 1992**

E.J.H. Schrage, 'Van verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Een rechtshistorische, comparatieve vogelvlucht', *S&V* 1992, p. 103-107.

**Schuit & Jaspers 2017**

S.R. Schuit en C. Jaspers, 'De gewijzigde taakopvattingen van commissarissen en hun voorzitter', *Ondernemingsrecht* 2017/71.

**Schwarz 2000**

C.A. Schwarz, 'Stichting Moskee Al Firdaus', *WPNR* 2000/6408.

**Schwarz 2011**

C.A. Schwarz, 'Het vermogen van de stichting en het uitkeringsverbod', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

**Schwarz 2013**

C.A. Schwarz, 'Het commissariaat in het familiebedrijf, gedachten over nuanceering van aansprakelijkheid', *TvOB* 2013/36.

**Sijmons 2006**

J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen* (diss.), Sdu Uitgevers: Den Haag 2006.

**Sijmons 2016**

J.G. Sijmons, 'Over de "open normen" van goed bestuur en handhaving na invoering van de Wkkgz', *TvGR* 2016/2.

**Slagter 1999**

W.J. Slagter, 'Corporate governance bij stichting en vereniging', *S&V* 1999.

**Snijder-Kuipers 2008**

B. Snijder-Kuipers, 'Vermogensklem bij omzetting van stichtingen' *TvOB* 2008-2.

**Snijder-Kuipers 2010**

B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging* (diss.), Deventer: Kluwer 2010.

## LITERATUURLIJST

### **Van Solinge & Nowak 2002**

G. van Solinge en R.G.J. Nowak, 'Bestuurbesluiten na afschaffing van het preventief toezicht', *Ondernemingsrecht* 2002.

### **Van Solinge 2012**

G. van Solinge in G. van Solinge e.a, *Relativering van rechtspersoonlijkheid*, Kluwer: Deventer 2012.

### **Van Steensel 2015**

M.A.M. van Steensel, 'Stichting administratiekantoor en andere fiduciaire verhoudingen', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging, Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

### **Strik 2003**

D.A.M.H.W. Strik, 'Aansprakelijkheid van niet-uitvoerende bestuursleden: you cannot have our cake and eat it', *Ondernemingsrecht* 2003, 276.

### **Strik 2010**

D.A.M.H.W. Strik, *Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid. Een maatpak voor de board room* (diss.), Deventer: Kluwer 2010.

### **Strik 2012**

D.A.M.H.W. Strik, 'One tier board en aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2012, 91.

### **Stokkermans en Rensen 2014**

Chr.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen, 'De wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *WPNR* 2014/7016.

### **Stolp 2015**

M.M. Stolp, 'De zorg van een zorgvuldig commissaris', *WPNR* 2015/7045.

### **Terstegge 2014**

J.A. Terstegge, 'Instructierecht en de Flex-BV', *WPNR* 2014/7011.

### **Timmerman 1991**

L. Timmerman, 'Zijn de materiële kenmerken van de rechtspersoonsvormen verdwenen?' *WPNR* 1991, 6030.

**Timmerman 2009**

L. Timmerman 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2009, 2.

**Timmerman, De Jongh & Schild 2010**

L. Timmerman, J.M. de Jongh en A.L.P. Schild, Hoofdstuk 'Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?' in *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2010-I), Deventer: Kluwer 2010.

**Van Tricht 1884**

F.J.G. van Tricht, *De rechtstoestand der stichtingen*, P. Somerwil: Leiden 1884.

**Van Uchelen-Schipper en Visée 2013**

M.J. van Uchelen-Schipper en S.W.A.M. Visée, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

**Van Uchelen-Schipper 2014**

M.J. van Uchelen-Schipper, 'Rechtskenmerken van de stichting. Wanneer is sprake van spanning met het ledenverbod?', *WPNR* 2014/7041.

**Van Uchelen-Schipper 2015**

M.J. van Uchelen-Schipper, 'Governance en toezicht', in: J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), *Handboek Stichting en Vereniging, Stichting, vereniging, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, civielrechtelijk en fiscaalrechtelijk beschouwd*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015.

**Van Uchelen-Schipper 2015a**

M.J. van Uchelen-Schipper, 'Bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen; anticiperen op nieuwe tegenstrijdig belangregels?', *JBN* 2015/6.

**Van Uchelen-Schipper 2016**

M.J. van Uchelen-Schipper, 'Toezicht op het bestuur', *TvOB* 2016-1, p. 5-7.

**Van Uchelen-Schipper 2016a**

M.J. van Uchelen-Schipper, 'De raad van toezicht bij een zorgstichting binnen een groepsverband of samenwerkingsverband', *WPNR* 2016/7124.

**Uniken Venema 1984**

C. AE. Uniken Venema, 'Raden van commissarissen en andere toezichtsstructuren in het Nederlandse recht (beschouwingen naar aanleiding van de introductie van een Raad van Toezicht)', *De NV* 1984.

## LITERATUURLIJST

### **Uniken Venema 1988**

C.AE. Uniken Venema, 'Pensioen- en spaarfondsen in de stichtingsvorm; de deelnemers en de uitkeringen van dergelijke stichtingen', in *Tot vermaak van Slagter*, Kluwer: Deventer 1988.

### **Van Veen 2011**

W.J.M. van Veen, 'De stichting en de onzelfstandige stichting: verleden, heden en toekomst', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Van Veen 2012**

W.J.M. van Veen, 'De toekomst van zelfregulering van fondsenwerving', *TvOB*, 2012-3.

### **Van Veen 2013**

W.J.M. van Veen, 'Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited', *TvOB* 2013-4.

### **Van Veen 2017**

W.J.M. van Veen, 'Het belang van de rechtspersoon en zijn *'raison d'être'*', *WPNR* 2017/7162.

### **Van der Velde 1937**

I. van der Velde, 'Boekbespreking' (Schermer, Ontwerpen van Notariele Akten, 2e deel II, afl. 4), *WPNR* 1937/3547, p. 571-574.

### **Veltrop & Van Manen 2017**

D. Veltrop en J. van Manen, 'Een slimme Raad is op haar toekomst voorbereid', februari 2017, Uitgave van Nationaal Register.

### **Verdam 2001**

A.F. Verdam, 'Demarche rond de decharge: het wetsvoorstel inzake kwijting aan bestuurders', *NTBR* 2001-4.

### **Verdam 2011**

A.F. Verdam, 'De Stichting Pensioenfonds', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.



**Verdam 2013**

A.F. Verdam, 'Van collegiaal bestuur, bestuursbesluiten, aantastbaarheid en delegatie, en het besluit van een bestuurslid onder het nieuwe artikel 2:129a lid 3', *Ondernemingsrecht* 2013/102.

**Verdam 2013a**

A.F. Verdam, 'Inhoud en reikwijdte van de nieuwe tegenstrijdig belangbepaling voor kapitaalvennootschappen en haar betekenis voor de stichting', *WPNR* 2013/6979.

**Versteeg & Storm 1954**

Th.A. Versteeg en S. Storm, *De Stichting in het positieve recht*, Amsterdam: Stichting tot bevordering der notariële wetenschap 1954.

**Versteegh 2004**

C.R.M. Versteegh, 'Naar een verbeterde vorm van toezicht op de stichting voor het goede doel?', *TvOB* 2004, 3.

**Vletter-Van Dort 2013**

H.M. Vletter-Van Dort, 'Toezichthouder bij een pensioenfonds: gedoemd te falen?' *Ondernemingsrecht* 2013/27.

**Waaijer 2016**

B.C.M. Waaijer, 'Wat betekent het wetsvoorstel voor de statutaire inrichting van verenigingen en stichtingen', in: J.M. Blanco Fernández, J.B. Huizink, H.J. de Kluiver, C.H.C. Overes, E. Plomp en B.C.M. Waaijer, *Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profitsector* (Vereniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016.

**Waaijer-Linders 2010**

M.U.M.A. Waaijer-Linders, 'Trust in de familiestichting', *WPNR* 2010/6848.

**Van Wersch 1979**

P.J.M. van Wersch, *Democratisering van het bestuur van non-profitinstellingen* (diss.), Alphen aan den Rijn: Samsom Uitgeverij 1979.

**Westenbroek 2017**

W.A. Westenbroek, 'Vrijtekening (exoneratie) van bestuurders van rechtspersonen', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Wezeman 1998**

J.B. Wezeman, *Aansprakelijkheid van bestuurders*, Deventer: Kluwer 1998.

## LITERATUURLIJST

### **Wezeman 2016**

J.B. Wezeman, 'Vorm en sanctionering van tegenstrijdig belangregels', in L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

### **Wilod Versprille 2016**

A.H.G. Wilod Versprille, 'Modellen, mogelijkheden en valkuilen bij het opstellen van statuten aan de hand van het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *TvOB* 2016-1.

### **Winter 2011**

J.W. Winter, 'Aandeelhouder engagement en stewardship', in *SamenWerken in het Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

### **Zaman 2011**

D.F.M.M. Zaman, 'De ondernemende stichting en de commerciële stichting', in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen en D.F.M.M. Zaman e.a., *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*. Den Haag: SDU Uitgevers 2011.

### **Zaman 2012**

D.F.M.M. Zaman, 'De Flex-BV: aan de slag!', *JBN* 2012, 46.

### **Zaman & Kruisinga 2014**

D.F.M.M. Zaman en S.A. Kruisinga, 'Uitleg van statuten', *TvOB* 2014-6.

### **Zaman 2017**

D.F.M.M. Zaman, 'Vrijwaring', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Van Zeben**

C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 2. Rechtspersonen*. en C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2. Rechtspersonen*. Deventer: Kluwer 1977.

### **Van Zijl 2012**

N.J.M. van Zijl, *The Importance of Board Independence, A Multidisciplinary Approach* (diss.), Deventer: Kluwer 2012.

### **Van Zijl, Lückerath-Rovers & De Bos 2013**

N.J.M. van Zijl, M. Lückerath-Rovers en A. de Bos, 'Onafhankelijkheid leidt niet tot betere financiële prestaties', *TvT* 2013 (4) 1.

# Jurisprudentieregister

## Hoge Raad

HR 11 december 1914, <i>W</i> 1915 ( <i>Fonds Jan de Koning</i> )	3.2.7, 4.2.2, 4.3.3
HR 9 januari 1925, <i>NJ</i> 1925, 327 ( <i>Papefonds</i> )	3.2.7, 4.2.2, 4.3.3
HR 1 april 1949, <i>NJ</i> 1949, 465 ( <i>Doetinchemse IJzergieterij</i> )	3.3.4
HR 21 januari 1955, <i>NJ</i> 1959, 43 ( <i>Forumbank</i> )	5.3.6, 5.5.9
HR 15 juli 1968, <i>NJ</i> 1969/101 ( <i>Wijsmuller</i> )	7.4.4
HR 13 maart 1981, <i>NJ</i> 1981/635 ( <i>Haviltex</i> )	4.3.3
HR 10 januari 1990, <i>NJ</i> 1990, 466 ( <i>Ogem</i> )	5.6.2, 6.5.4
HR 25 oktober 1991, <i>NJ</i> 1992/149 ( <i>Leonhard Woltjer Stichting</i> )	4.5.4
HR 17 en 24 september 1993, <i>NJ</i> 1994/173 en 174 ( <i>CAO-norm</i> )	4.3.3
HR 28 juni 1996, <i>JOR</i> 1996/85 en <i>NL</i> 1997/58 ( <i>Bodam Jachtservice</i> )	5.4.4, 8.2.2
HR 20 september 1996, <i>NJ</i> 1997, 149 ( <i>Playland</i> )	4.3.4
HR 10 januari 1997, <i>JOR</i> 1997/29 ( <i>Staleman/Van der Ven</i> )	5.5.5, 6.6.7, 8.4.2
HR 12 mei 2000, <i>JOR</i> 2000/145 ( <i>Geestelijk Leider</i> )	4.4.3, 4.5.6, 4.7.4, 5.2.2, 5.5.9
HR 7 december 2001, <i>NJ</i> 2002, 27 ( <i>Stichting Henriëtte Sara de Lanoy Meijer</i> )	4.4.3
HR 29 november 2002, <i>JOR</i> 2003/2 ( <i>Berghuizer Papierfabriek</i> )	6.6.7
HR 6 juni 2003, <i>NJ</i> 2003/486 en <i>JOR</i> 2003/161 ( <i>Scheipar</i> )	2.2, 6.2.6
HR 20 februari 2004, <i>NJ</i> 2005/493 ( <i>DSM/Fox</i> )	4.3.3
HR 10 november 2006, <i>NJ</i> 2007/45 <i>JOR</i> 2007/6 ( <i>Stichting IHD</i> )	2.2, 6.2.6
HR 29 juni 2007, <i>NJ</i> 2007/420 en <i>JOR</i> 2007/169 ( <i>Bruil</i> )	5.5.7, 7.3.4
HR 13 juli 2007, <i>NJ</i> 2007/434 ( <i>ABN Amro</i> )	5.5.3
HR 21 januari 2011, <i>RO</i> 2011/25 ( <i>Optas</i> )	4.5.3
HR 7 september 2012, <i>JOR</i> 2012/351 ( <i>Stichting Parkeerverwijssysteem Den Haag</i> )	5.5.8

JURISPRUDENTIEREGISTER

HR 6 december 2013, <i>NJ</i> 2014/167 ( <i>Fortis</i> )	6.6.2
HR 4 april 2014, <i>NJ</i> 2014/286 ( <i>Cancun</i> )	6.2.2, 6.2.7
<b>Ondernemingskamer</b>	
OK 16 oktober 2003, <i>JOR</i> 2003/260 ( <i>Laurus</i> )	5.4.2, 5.6.2
OK 28 december 2006, <i>JOR</i> 2007, 67 ( <i>KPN-Qwest</i> )	5.4.4
OK 10 november 2011, <i>RO</i> 2012/9 ( <i>Stichting Kinderopvang Noord-West Friesland</i> )	4.5.3
OK 15 december 2011, <i>JOR</i> 2012/77 ( <i>Landis</i> )	6.6.7
OK 15 februari 2013, <i>JOR</i> 2013/102 ( <i>Van der Moolen</i> )	5.4.4, 5.6.3, 7.4.2
OK 2 november 2015, <i>JOR</i> 2016/61 en <i>RO</i> 2016/8 ( <i>Meavita</i> )	4.5.4, 5.4.2, 5.4.3, 5.4.4, 5.6.3, 5.6.5, 6.5.4, 6.6.4, 7.2.2, 7.2.8
OK 3 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:275 ( <i>Holland Casino</i> )	4.2.5, 4.7.5
OK 21 maart 2017, <i>JOR</i> 2017/229 ( <i>TMG</i> )	5.4.4, 5.5.6
<b>Gerechtshoven</b>	
Hof Zuid-Holland 28 september 1842, <i>W</i> 1842, 329	3.2.2
Hof Arnhem 20 april 1898, <i>W</i> 1900, 7444 ( <i>Stedelijke Muziekschool Deventer</i> )	3.2.7
Hof Amsterdam 6 december 1950, <i>NJ</i> 1951, 588	3.2.7
Hof Amsterdam 20 maart 1953, <i>NJ</i> 1953/317 ( <i>Stichting B.W.T.</i> )	3.2.7, 4.2.5, 4.7.2, 4.7.3
Hof Amsterdam 10 juli 1977, n.g. rolnr. 137/77	5.2.2
Hof Arnhem 2 december 1997, <i>JOR</i> 1998/28	8.4.3
Hof Amsterdam 26 april 2001, <i>NJ</i> 2002, 27 ( <i>Stichting Henriëtte Sara de Lanoy Meijer</i> )	4.4.3
Hof Leeuwarden 1 oktober 2003, <i>JOR</i> 2003/277	5.5.8
Hof Den Bosch 13 april 2004, <i>JOR</i> 2004/225 ( <i>Poot/Bakker</i> )	7.4.5
Hof Arnhem 9 maart 2006, <i>JOR</i> 2006/121 ( <i>Stichting Werkmansbelang Beuningen-Weurt</i> )	4.4.3
Hof Leeuwarden 9 september 2008, <i>JOR</i> 2008/329	5.5.7
Hof Den Haag 1 juni 2010, <i>RO</i> 2010/61 ( <i>Stichting TBH</i> )	5.3.6
Hof Amsterdam 21 september 2010, <i>RO</i> 2010/80 en <i>JOR</i> 2011/40 ( <i>Stichting Freule Lauta van Aysma</i> )	5.3.3, 7.5.2

JURISPRUDENTIEREGISTER

Hof Amsterdam 7 februari 2012, <i>RO 2012/23</i> en <i>JOR 2012/76 (Cruijff/Ajax)</i>	7.4.4
Hof Arnhem 10 juli 2012 <i>JOR 2012/318</i> <i>(Judo Bond Nederland)</i>	5.2.2
Hof Amsterdam 31 oktober 2012, <i>RO 2014/52</i>	4.4.4
Hof Amsterdam 22 juli 2014, <i>RO 2014/524</i> <i>(Stichting RBOC “Fort Markenbinnen”)</i>	4.6.6
Hof Amsterdam 14 april 2016, <i>JOR 2016/154</i> <i>(Stichting Fonds Nederlands Sanatorium te Davos)</i>	4.4.3
Hof Amsterdam, 31 januari 2017, <i>RO 2017/39</i> en <i>JOR 2017/157 (Stichting Loterijverlies)</i>	5.3.3, 5.5.5, 6.3.2, 9.2.2
Hof Den Haag 25 april 2017, <i>RO 2017/54</i> <i>(Stichting ANV Fondsen)</i>	2.2, 6.2.7
Hof Amsterdam 30 mei 2017, ECLI:GHAMS:2017:2070	4.4.3
<b>Rechtbanken</b>	
Rechtbank Utrecht van 22 februari 1899 <i>W 7253</i>	3.2.2
Rechtbank Breda 7 november 1939, <i>NJ 1940, 324</i> <i>(Newoco)</i>	3.2.7
Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1965, <i>NJ 1966, 314</i>	4.7.5
Rechtbank Utrecht 11 oktober 1974, <i>NJ 1975, 262</i>	4.4.5
Rechtbank Breda 1 mei 1990, <i>NJ 1990/740</i> <i>(Tilburgsche Hypotheekbank)</i>	5.6.6
Rechtbank Arnhem 14 mei 1992, <i>NJ kort 1992, 45</i> <i>(Stichting Werkpool)</i>	4.5.3
Rechtbank Breda 20 december 1996, genoemd in <i>TVVS 1997, 49</i>	4.4.3
Rechtbank Zwolle 1 augustus 2007, <i>JOR 2007/296</i>	4.6.6
Rechtbank Utrecht 12 december 2007, <i>JOR 2008/10</i> <i>(Ceteco)</i>	5.4.4
Rechtbank Arnhem 30 januari 2008, <i>JOR 2008/68</i> <i>(Heilig Land Stichting)</i>	4.3.4, 5.2.2
Rechtbank Amsterdam 26 maart 2008, <i>JOR 2008, 126</i>	3.5.3
Rechtbank Arnhem 10 december 2008, <i>JOR 2009/34</i> <i>(Gelredome)</i>	4.3.4, 5.2.2, 7.4.4
Rechtbank Amsterdam 11 november 2009, <i>RO 2010/4</i> ; <i>JOR 2010/123 (Stichting Derdengelden)</i>	5.3.3
Rechtbank Almelo 18 november 2009, <i>RO 2010/10</i> <i>(Von Bönninghausen tot Herinckhave Stichting)</i>	4.4.2
Rechtbank Rotterdam van 1 augustus 2012, <i>RO 2012/72</i>	6.2.5

JURISPRUDENTIEREGISTER

Rechtbank Midden-Nederland, 19 juni 2013, <i>RO</i> 2013/65 ( <i>Landis</i> )	5.4.2, 5.4.3, 8.2.2
Rechtbank Gelderland van 11 november 2013, zaaknummer C/05/250808/HA RK 13-162	8.5.3
Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, <i>RO</i> 2014/41 ( <i>Servatius</i> )	5.6.4, 6.2.4
Rechtbank Amsterdam (vzr.) 29 augustus 2014, <i>JOR</i> 2014/294 ( <i>NRC Media</i> )	4.3.3
Rechtbank Amsterdam 23 april 2015, <i>JOR</i> 2015/202 ( <i>Stichting Fonds Nederlands Sanatorium te Davos</i> )	4.4.3
Rechtbank Rotterdam van 26 augustus 2015, <i>JOR</i> 2015/327	6.6.7
Rechtbank Amsterdam 30 september 2015, <i>RO</i> 2016/4 ( <i>Fairstar</i> )	5.4.3, 5.4.4, 5.5.6
Rechtbank Oost-Brabant 29 juni 2016, <i>RF</i> 2016/83 ( <i>Stichting Renteswapschadeclaim</i> )	6.3.2
Rechtbank Overijssel 21 september 2016, <i>RO</i> 2017/36	5.4.4
Rechtbank Rotterdam 5 juli 2017, ECLINL:RBROT:2017:5177 ( <i>Stichting Humanitas</i> )	5.5.7, 7.3.4

## Curriculum Vitae

Marleen Josefen van Uchelen-Schipper werd op 11 januari 1973 geboren in Berkel en Rodenrijs. Zij behaalde in 1991 haar gymnasium bèta diploma aan het Erasmiaans Gymnasium in Rotterdam. Na een tussenjaar in Spanje, studeerde zij van 1992 tot 1998 Notarieel Recht aan de Universiteit Utrecht. In 1998 trad Marleen in dienst als kandidaat-notaris bij Trenité Van Doorne in Rotterdam. Vanaf 2002 werkte zij als kandidaat-notaris bij Houthoff Buruma in Rotterdam en vervolgens in Amsterdam.

Vanaf 2006 werkt Marleen voornamelijk als professional support lawyer bij Houthoff. Zij geeft les aan beginnende advocaten (VSO en Law Firm School). Marleen is sinds 2006 vaste medewerker van het tijdschrift Rechtspraak Ondernemingsrecht (RO) Praktisch Bewerkt. Zij levert bovendien bijdragen aan boekpublicaties, waaronder het hoofdstuk "Governance en toezicht" in het Handboek Stichting en Vereniging, en zij publiceert regelmatig in wetenschappelijke tijdschriften.





UITGAVEN VANWEGE HET INSTITUUT VOOR ONDERNEMINGSRECHT,  
RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN EN ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

1. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. W.J. Slagter, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Geschillen in de onderneming, 1984.
2. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. P.J. Dortmund, mr. P.C. van den Hoek, mr. H.L.J. Roelvink, prof. mr. H.J.M.N. Honée. De nieuwe misbruikwetgeving, 1986.
3. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Misbruik van rechtspersonen, 1986.
4. Mr. L. Timmerman, Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers, 1988.
5. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. M.R. Mok, prof. mr. E. Aardema, Aandelen, 1988.
6. Mr. S.M. Bartman, Concernbeleid en aansprakelijkheid, 1989.
7. Mr. J.B. Huizink, Bestuurders van rechtspersonen, 1989.
8. Mr. A.F.M. Dorresteyn, Tegenstrijdig belang van bestuurders en commissarissen, 1989.
9. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. C.A. Boukema, mr. H.J.M.N. Honée, mr. H.L.J. Roelvink, mr. A.L. Mohr, prof. mr. P. van Schilfgaarde, Piercing Van Schilfgaarde, 1990.
10. Mr. B.H.A. van Leeuwen, Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur, 1990.
11. Prof. mr. W.J. Slagter, mr. Karin C. Th. Schouwenberg, mr. A.G. van Solinge, mr. A.L. Mohr, prof. dr. L.G.M. Stevens, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. M.E. Koppenol-Laforce, Aspecten van het EESV, 1990.
12. Mr. J.N. Schutte-Veenstra, Harmonisatie van het kapitaalbeschermingsrecht in de EEG, 1991.
13. Mr. B.T.M. Steins Bisschop, De beperkte houdbaarheid van beschermingsmaatregelen bij beursvennootschappen, 1991.
14. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. H.J.M.N. Honée, mr. S.E. Eisma, prof. dr. H.P. Westermann, mr. M.W. den Boogert, mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P.F. van der Heijden, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, Ondernemingsrechtelijke contracten, 1991.
15. Mr. J.W. Winter, Concernfinanciering, 1992.
16. Prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. S.E. Eisma, prof. G.K. Morse, mr. L.H. Slijkhuis, prof. mr. A.L. Mohr en mr. T. Drion, De dubbelrol in het vennootschapsrecht, 1993.
17. Dr. R.H. van het Kaar, Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting, 1993.
18. Mr. J.W. Winter, mr. drs. H. Langman, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, mr. H.J.M.N. Honée, Beschouwingen over concernfinanciering, 1993.
19. Mr. J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij nv en bv, 1993.
20. Mr. G.M. ter Huurne, Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam, 1994.
21. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Meldingsplicht voor beursvennootschappen, 1994.
22. Mr. R.C. van Dongen, Identificatie in het rechtspersonenrecht, 1995.
23. Mr. M.Y. Nethe, De ontbinding van lege besloten en naamloze vennootschappen, 1995.
24. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. P.C. van den Hoek, mr. D.C. Buijs, prof. mr. drs. H.P.J. Ophof, prof. mr. drs. H. Beckman en mr. J.W. Winter, Knelpunten in de vennootschapswetgeving, 1995.

25. Prof. mr. H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen, 1995.
26. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. W.D.H. Asser, mr. J.B. Huizink, mr. O.L.O. deWitt Wijnen, mr. M.W. den Boogert, prof. mr. drs. H. Beckman, Rechtspleging in het ondernemingsrecht, 1997.
27. Mr. W.J. Oostwouder, Management Buy-out, 1996.
28. Mr. H.E. Boschma, De eenpersoons-bv, 1997.
29. Mr. J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, 1998.
30. Prof. mr. P.C. van den Hoek, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. dr. E. Wymeersch, mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.B. Huizink, Corporate Governance voor juristen, 1998.
31. Mr. S.H.M.A. Dumoulin, Besluitvorming in rechtspersonen, 1999.
32. Mr. M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, 1999.
33. Mr. M. Koelemeijer, Redelijkheid en billijkheid in kapitaalvennootschappen, 1999.
34. Mr. E.E.G. Gepken-Jager, Vertegenwoordiging bij NV en BV, 2000.
35. Peter van Schilfgaarde Select, 2000.
36. Prof. mr. J.W. Winter, mr. J.-W.G. Vink, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, prof. mr. H.J.M. N. Honée, prof. mr. M.W. den Boogert, prof. mr. S.E. Eisma, prof. mr. S. Perrick, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. L. Timmerman, De beursvennootschap, 2001.
37. Mr. H.M. Vletter-van Dort, Gelijke behandeling van beleggers bij informatieverstrekking, 2001.
38. Mr. Th. Groenewald, Doeloverschrijding bij NV en BV, 2001.
39. Mr. G.N.H. Kemperink, Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten, 2002.
40. Mr. L.J. Hijmans van den Bergh, prof. mr. Gerard van Solinge, mr. T. de Waard, prof. mr. J.W. Winter, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. H.J. de Kluiver, prof. mr. P.J. Dortmond, mr. J.N. Schutte-Veenstra, mr. E.D.G. Kiersch, prof. Jonathan Rickford, Nederlands ondernemingsrecht in grensoverschrijdend perspectief, 2003.
41. Marius Josephus Jitta, Vino Timmerman, Guus Kemperink, Richard Norbruis, Anthony Driessen, Peter van der Zanden en HuubWillems, The Companies and Business Court from a comparative law perspective, 2003.
42. Mr. B. Bier, Uitkeringen aan aandeelhouders, 2003.
43. Mr. M. Meinema, Dwingend recht voor de besloten vennootschap, 2003.
44. LT, Verzamelde 'Groninger' opstellen aangeboden aan Vino Timmerman, 2003.
45. Mr. M.J. Kroeze, Afgeleide schade en afgeleide actie, 2004.
46. Mr. P.G.F.A. Geerts, Enkele formele aspecten van het enquêterecht, 2004.
47. Mr. M.L. Lennarts en mr. J.N. Schutte-Veenstra, Versoepeling van het BV- kapitaalbescheringsrecht, 2004.
48. Mr. K.I.J. Visser, Zeggenschapsrechten van houders van een recht van pand of vruchtgebruik op aandelen op naam, 2004.
49. Mr. J.G. Groeneveld-Louwerse, Publieke wenselijkheid of private beleidsvrijheid, 2004.
50. Mr. Hanny Schutte-Veenstra, mr. Hylde Boschma, prof. mr. Marie-Louise Lennarts, Alternative systems for capital protection 2005.
51. Prof. mr. Peter van Schilfgaarde, mr. Hanny Schutte-Veenstra, prof. mr. P.J. Dortmond, prof. mr. L. Timmerman, mr. Brian Mezas, prof. mr. Jan Berend Wezeman, mr. Ellen Kiersch, prof. mr. Jaap Winter, prof. mr. Harm-Jan de Kluiver, Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht, 2005.
52. Mr. S. Parijs, Fairness opinions and liability, 2005.
53. Mr. J.B.W.M. Kemperink, Vraagstukken rond (terug)storting op nv/bv-aandelen en van coöperatierecht, 2006.
54. Mr. A. Haan-Kamminga, Supervision on takeover bids, 2006.

55. Mr. dr. H.H. Voogsgeerd, Corporate Governance Codes, Markt- of rechtsarrangement?, 2006.
56. Xiaoning Li, A comparative study of shareholders' derivative actions, 2007.
57. Prof. mr. Hans Beckman, Mr. Herman L. Kaemingk, Mr. drs. Charles Honée, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. A.F. Verdam, Prof. mr. Maarten Kroeze, Prof. mr. Jan Berend Wezeman, Mr. Barbara Bier, Prof. mr. Jaap Winter, Prof. mr. M.W. den Boogert, De nieuwe macht van de kapitaalverschaffer, 2007.
58. Mr. M.A. Verbrugh, Structuurwijzigingen bij kapitaalvennootschappen en de positie van schuldeisers, 2007.
59. Mr. drs. B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, 2007.
60. Mr. A.G.H. Klaassen, Bevoegdheden van de algemene vergadering van aandeelhouders, 2007.
61. Mr. M.L.H. Reumers, Samengevoegde afwikkeling van faillissementen, 2007.
62. Ondernemingsrecht door en voor Mick den Boogert, 2008.
63. Mr. S.N. de Valk, Aansprakelijkheid van leidinggevend. Naar privaatrechtelijke, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke maatstaven, 2009.
64. Mr. A. van der Krans LLM, De virtuele aandeelhoudersvergadering, 2009.
65. Prof. dr. K. Cools RA, Mr. P.G.F.A. Geerts, Prof. mr. M.J. Kroeze, Mr. drs. A.C.W. Pijls, Het recht van enquête, een empirisch onderzoek, 2009.
66. Prof. dr. Thomas Blanke, dr. Edgar Rose, dr. HermanVoogsgeerd, prof. dr. Wijnand Zondag, Recasting Worker Involvement?, 2009.
67. Prof. mr. M.J. Kroeze, Dr. E.M.H. Hirsch Ballin, Dr. A.H.G Rinnooy Kan, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. M. van Olfen, Mr. M. Holtzer, Prof. dr. M. Wyckaert, Prof. dr. K. Geens, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. M.L. Lennarts, Mr. P.D. Olden, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Bestuur en toezicht, 2009.
68. Mr. H. Koster, De Nederlandse juridische splitsing in Europees en rechtsvergelijkend perspectief, 2009.
69. Mr. F. Veenstra, Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht, 2010.
70. Mr. B. Snijder-Kuipers, Omzetting als rechtsvormwijziging, 2010.
71. Europees ondernemingsrecht: 50 jaar na Sanders' Europese NV, 2010.
72. Mr. P.P. de Vries, Exit rights of minority shareholders in a private limited company, 2010.
73. Mr. D.A.M.H.W. Strik, Grondslagen bestuurdersaansprakelijkheid, 2010.
74. Mr. J.B.S. Hijink, Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen, 2010.
75. Mr. J.B.S. Hijink en Mr. M.A. Verbrugh e.a., Grensoverschrijdend ondernemen na Cartesio, 2010.
76. Prof. mr. B.F. Assink e.a., Evolutie van het bestuurdersaansprakelijkheidsrecht, 2011.
77. Mr. T.E. Lambooy, Corporate Social Responsibility, 2010.
78. Mr. H.M. Punt, Het vennootschapsrecht van Holland, 2010.
79. Mr. M.J. van Ginneken, Vijandige overnames, 2010.
80. Prof. mr. M.J. Kroeze, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. J.W. Winter, Prof. mr. L.G. Verburg, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, Mr. drs. H.H. Kersten, Prof. mr. W.J.M. van Veen, Mr. P. Glazener, Prof. mr. H. Beckman, SamenWerken in het ondernemingsrecht, 2011.
81. Mr. drs. I.S. Wuisman, Een Nederlandse personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid: wenselijk?, 2011.
82. Qiuju Wang, Exit remedies for minority shareholders in close companies, 2011.
83. Mr. M. Mussche, Vertrouwen op informatie bij bestuurlijke taakvervulling, 2011.
84. Prof. mr. L. Timmerman, Harry Honée-bundel, 2011.
85. Mr. W.J.L. Calkoen, The One-Tier Board in the changing and converging world of corporate governance, 2012.

86. Mr. J.G.C.M. Galle, Consensus on the comply or explain principle within the EU corporate governance framework: legal and empirical research, 2012.
87. Mr. drs. T.M.C. Arons, Cross-border enforcement of listed companies' duties to inform, 2012.
88. Mr. M.C. Schouten, The Decoupling of Voting and Economic Ownership, 2012.
89. Mr. A.J.M. Klein Wassink, Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht, 2012.
90. Mr. drs. N.J.M. van Zijl, The Importance of Board Independence – A Multidisciplinary Approach, 2012.
91. Mr. A.J.P. Schild, De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht, 2012.
92. Mr. G.N.H. Kemperink, Vennootschappelijk toezicht op de doelvennootschap bij openbare biedingen, 2013.
93. Mr. A.J.S.M. Tervoort, Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap, 2013.
94. Mr. J.M. de Jongh, Tussen *societas* en *universitas*, De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief, 2014.
95. Mr. M. Holtzer, De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap, 2014.
96. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, Prof. mr. H.E. Boschma, Prof. mr. J.B.S. Hijink, Prof. mr. J. W. Winter, Prof. mr. J.H.M. Willems, Prof. dr. J.A. van Manen RA, Mr. A.R.J. Croiset van Uchelen, Mr. C.W.M. Lieveerse, Prof. mr. L. Timmerman, Ondernemingsrecht in tijden van crisis, 2014.
97. Mr. P.P.D. Mathey-Bal, De positie van de vennootschap onder firma. In civielrechtelijk, vennootschapsrechtelijk, publiekrechtelijk en Europeesrechtelijk perspectief, 2016.
98. Prof. mr. L. Timmerman, Mr. dr. J.N. Schutte-Veenstra, Mr. dr. J.M. de Jongh, Mr. dr. C.H.C. Overes, Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, Prof. mr. J.B. Wezeman, Prof. mr. B.F. Assink, Prof. mr. J.B.S. Hijink, Prof. mr. J.H.M. Willems, Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht, 2016.
99. De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst, Opstellen voor Prof. mr. L. (Vino) Timmerman, ter gelegenheid van zijn 65ste verjaardag en 25+ jaar hoogleraarschap, 2015.
100. Prof. mr. P. van Schilfgaarde, De redelijkheid en billijkheid in het ondernemingsrecht, 2016.
101. Mr. drs. N.T. Pham, Directors' liability. A legal and empirical study, 2017.
102. Mr. Chr.M. Stokkermans, Sleutels voor personenvennootschapsrecht, 2017.
103. Mr. F.G.K. Overkleef, De positie van aandeelhouders in beursvennootschappen, 2017.
104. Prof. mr. B.F. Assink, Mr. M.J. van Ginneken, Prof. mr. L. Timmerman, Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort (Red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders', 2017.
105. Mr. F. Eikelboom, De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure, 2017.
106. Mr. C.E.J.M. Hanegraaf, Art. 2:11 BW, doorgeefluik van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe diep kan een bestuurder vallen?, 2017.
107. Mr. dr. A.J.S.M. Tervoort, Prof. mr. Bastiaan F. Assink, Mr. dr. P.P. de Vries, Prof. mr. M.L. Lennarts, Mr. P. Schütte, Prof. mr. C.A. Schwarz, Mr. M.H.C. Sinninghe Damsté, Prof. mr. W.J.M. van Veen, Mr. dr. B. Snijder-Kuipers, Familievennootschappen, 2017.
108. Mr. W.A. Westenbroek, Bestuurdersaansprakelijkheid en ernstig verwijt in theorie, 2017.
109. Mr. drs. R.E. van Lambalgen, State aid to banks, 2018.
110. Prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. M.L. Lennarts, prof. mr. J.N. Schutte-Veenstra, dr. K. van Veen, Evaluatie Wet bestuur en toezicht, 2018.
111. Mr. A. Argyrou, Social enterprises in the EU: Law in promoting stakeholder participation in social enterprises, 2018.
112. Mr. M.J. van Uchelen-Schipper, De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting, 2018.