

Mr. M.J. van Uchelen-Schipper\*

# Toezicht op het bestuur

**De wettelijke bevoegdheden die (het Voorontwerp van) de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen aan het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen aanreikt zijn beperkt. De wetgever biedt daarmee – zoals hij zelf ook aangeeft – flexibiliteit, maar is de regeling niet té flexibel? Zou de wetgever niet meer handvatten moeten bieden, met name aan het toezichthoudend orgaan van de stichting?**



‘De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren’, aldus de eerste zin van de concept-memorandum van toelichting (‘Concept-MvT’) bij het Ambtelijk voorontwerp van het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen (‘Voorontwerp’).<sup>1</sup> In deze bijdrage ga ik in op het element ‘toezicht’, dat wil zeggen: het interne toezicht op het bestuur dat wordt gehouden door het toezichthoudend orgaan.

Allereerst zal ik kort stilstaan bij het structureren van interne tegenspraak door het instellen van een toezichthoudend orgaan. Daarbij ga ik in op de term ‘toezichthoudend orgaan’, die in art. 2:9a van het Voorontwerp voor alle rechtspersonen wordt geïntroduceerd. Ik zal nagaan welke basisbevoegdheden het Voorontwerp biedt aan het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen. Daarna zal ik focussen op het toezichthoudend orgaan van de stichting, dat ik zal aanduiden als de raad van toezicht. Wat betekent het specifieke rechtskarakter van de stichting voor de rol en de bevoegdheden van de raad van toezicht? Zou de wetgever de raad van toezicht niet meer basisbevoegdheden moeten bieden? De stichting kent uiteenlopende verschijningsvormen en om die reden worden de bevoegdheden van de raad van toezicht, indien deze wordt ingesteld, in statuten vaak op maat gemaakt. Zijn er boven- en/of ondergrenzen aan de bevoegdheden die statutair kunnen of moeten worden toegekend aan de raad van toezicht?

## 1. Bokito's en na-apers

In het kader van het verbeteren van bestuur en toezicht, *good governance*, is niet alleen juridische vormgeving van belang. Zowel externe toezichthouders als de overheid richten zich in toenemende mate op gedrag en cultuur binnen organisaties.

Zo heeft De Nederlandsche Bank N.V. (DNB), die toezicht houdt op financiële instellingen, een aantal jaar geleden een Expertisecentrum Cultuur, Organisatie en Integriteit ingesteld. ‘In de top van de financiële sector zitten nog steeds veel dominante leiders die weinig tegengas krijgen en dulden’, aldus het expertiseteam van DNB.<sup>2</sup> Het expertiseteam heeft in 2013 onderzoek gedaan bij een aantal financiële instellingen dat heeft geresulteerd in het rapport ‘Leading by example’.<sup>3</sup> DNB concludeert daarin dat bestuurders over het algemeen te weinig aandacht hebben voor hun eigen gedrag en de invloed van dat gedrag op financiële prestaties: ‘We hebben ontdekt dat gedrag een goede voorspeller kan zijn voor latere financiële prestaties.’ DNB meent dat het om die reden van belang is ‘Bokito-gedrag en onwenselijke cultuurverschijnselen aan de top’ vroegtijdig te signaleren.

Ook buiten de financiële sector, bijvoorbeeld bij semipublieke instellingen (zorginstellingen, scholen en woningcorporaties), wordt aandacht besteed aan individueel gedrag van bestuurders en interne toezichthouders en aan gedrag binnen bestuurskamers (*boardroom dynamics*). Zo doet de commissie-Halsema in het rapport ‘Een lastig gesprek’ aanbevelingen die zijn gericht op het elkaar aanspreken op gedrag en het creëren van een meer open

\* Mr. M.J. van Uchelen-Schipper is professional support lawyer en kandidaat-notaris bij Houthoff Buruma en buitenpromovenda aan de Universiteit Utrecht. Dit is de bewerkte tekst van de voordracht gehouden op 24 september 2015 tijdens het symposium ‘Bestuur en Toezicht Rechtspersonen’ in Utrecht.

1. Te vinden op [www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen](http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen).  
 2. Kees Kraaijeveld, ‘De bankier in analyse’ (interview), *Vrij Nederland* 20 november 2013.  
 3. Rapport ‘Leading by example’, maart 2013 ([www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2013/dnb286976.jsp](http://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/nieuws-2013/dnb286976.jsp)), over gedrag in de bestuurskamers en binnen raden van commissarissen van financiële instellingen (waaronder pensioenfondsen die doorgaans de rechtsvorm van een stichting hebben). In 2015 verscheen in vervolg op dit rapport de brochure ‘Gedrag en Cultuur in de Nederlandse financiële sector’. Deze is te vinden op [www.dnb.nl/binaries/DNB%20brochure%20gedrag%20en%20cultuur%202015%20NL\\_tcm46-326577.pdf](http://www.dnb.nl/binaries/DNB%20brochure%20gedrag%20en%20cultuur%202015%20NL_tcm46-326577.pdf).

cultuur.<sup>4</sup> Voorkomen moet worden dat bestuurders elkaar te veel napraten (na-apen). Interne toezichthouders moeten een ‘lastig gesprek’ aan durven gaan. Ze moeten bestuurders moeilijke vragen durven en ook kunnen stellen, aldus de commissie-Halsema.

## 2. Tegenspraak organiseren

Bestuurders en interne toezichthouders moeten elkaar dus tegenwicht kunnen bieden. DNB noemt in het hiervoor genoemde rapport dan ook als *good practice* dat organisaties intern tegenspraak structureren. Een belangrijke voorwaarde voor het kunnen bieden van tegenwicht aan het bestuur is dat de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van betrokkenen – dus van de bestuurders en interne toezichthouders – helder zijn beschreven en in evenwicht zijn.

Voordat ik inga op de taak van het toezichthoudend orgaan, merk ik op dat er ook andere manieren zijn om interne tegenspraak of interne controle te organiseren. Indien het bestuur uit meerdere bestuurders bestaat, controleren bestuurders elkaar – mede vanwege hun collectieve verantwoordelijkheid – onderling. Twee jaar geleden tijdens het symposium over stichtingen en verenigingen in Utrecht noemde ik een paar voorbeelden van sectoren waar voor stichtingen een verplicht raad-van-toezichtmodel (een zogenoemd two-tier-model) is voorgeschreven.<sup>5</sup> Ik stelde de vraag – net als veel anderen<sup>6</sup> – waarom

eigenlijk deze vorm van toezicht in sommige sectoren verplicht is gesteld. Waarom zou een raad-van-toezichtmodel beter zijn dan een monistisch bestuursmodel (een one-tier board)? Een one-tier board, bestaande uit uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders of algemene en dagelijkse bestuurders, kan – ook bij stichtingen – een goede structuur bieden met interne checks-and-balances.<sup>7</sup> Niet-uitvoerende bestuurders dragen bestuursverantwoordelijkheid en zijn om die reden (in ieder geval formeel) meer betrokken bij het algemene beleid van de rechtspersoon (waaronder de strategie). Vanwege die betrokkenheid zijn zij mogelijk ook beter op de hoogte dan wanneer zij in een apart orgaan zitting hebben en kunnen zij wellicht eerder ingrijpen als een uitvoerend bestuurder niet naar behoren functioneert.

Het Voorontwerp regelt de one-tier board echter niet voor stichtingen en verenigingen, maar sluit de mogelijkheid van het instellen een one-tier board ook niet uit.<sup>8</sup> Het ontbreken van een one-tier-board-regeling in het Voorontwerp is in de reacties op het Voorontwerp niet onopgemerkt gebleven. Uit de reacties blijkt dat de one-tier board veelvuldig voorkomt bij stichtingen en verenigingen. Bij sommige soorten stichtingen biedt toepasselijke regelgeving uitdrukkelijk de keuze tussen een dua-

- 
4. ‘Een lastig gesprek’, september 2013 ([www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2013/09/11/een-lastig-gesprek-advies-commissie-behoorlijk-bestuur](http://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2013/09/11/een-lastig-gesprek-advies-commissie-behoorlijk-bestuur)), advies van de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector (in het kort: de ‘commissie-Halsema’).
  5. Bijvoorbeeld zorginstellingen moeten kiezen voor een raad-van-toezichtmodel zo volgt uit art. 6.1 lid 1 onderdeel a Uitvoeringsbesluit WTZi. Hetzelfde geldt voor woningcorporaties, art. 30 Woningwet. Zie ook G.J.C. Rensen, ‘Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht’, *WPNR* 2015, afl. 7072 en C.H.C. Overes, ‘Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen’, *WPNR* 2013, afl. 6996.
  6. Zie onder meer H.E. Boschma e.a., ‘Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector?’, *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 163; L.G.H.J. Houwen, ‘Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein’, *TvOB* 2014, afl. 4, p. 139-140 en M.C.P. van Dongen & J.P.W.V. Hopmans, ‘Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting: een gemiste kans?’, *TvOB* 2015, afl. 4, p. 124-125.
  7. Bij de behandeling van het Wetsvoorstel herziening toegelaten instellingen volkshuisvesting in 2012 antwoordde de verantwoordelijk minister naar aanleiding van de inbreng van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht dat het one-tier-model voor een woningcorporatie niet mogelijk is ‘in verband met de noodzaak van instelling van een sterke, onafhankelijke en professionele raad van toezicht’ (Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken van 4 april 2012, *Kamerstukken II* 2011/12, 32769, 30, p. 2, *Ad punt 1.3*). De minister zei voorts: ‘de regering hecht aan een strikte scheiding van functies en verantwoordelijkheden’. Impliceert de minister daarmee dat sterk, onafhankelijk en professioneel toezicht niet mogelijk zou zijn binnen een one-tier board? Hoe is dit te rijmen met de sinds 1 januari 2013 geïntroduceerde regeling voor B.V.’s en N.V.’s? Zie ook M. van Olffen & N.M. van Dijk, ‘Een ingrijpende verbouwing voor woningcorporaties’, *Ondernemingsrecht* 2013/42 en C.H.C. Overes, ‘Worstelen met governance van semi-publieke instellingen en pensioenfondsen’, *WPNR* 2013, afl. 6996. Ook de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) heeft in 2009 over zorginstellingen gezegd dat zij moeten kiezen voor een raad-van-toezichtmodel. De raad van toezicht van een stichting is vaak het orgaan dat bevoegd is bestuurders te benoemen. Volgens de RVZ heeft de raad van toezicht daarmee de hoogste zeggenschap (Rapport ‘Governance en kwaliteit van zorg’, uitgebracht door de RVZ aan de Minister van VWS, Den Haag 2009). De RVZ meent dat ‘het risico van een *one tier* systeem is dat het onderscheid tussen bestuur en toezicht vervaagt en de hoogste zeggenschap is geconcentreerd in één bestuurlijk orgaan’. Dit ondermijnt volgens de RVZ de *countervailing power* ten opzichte van het bestuur. Ik zie het door de RVZ gesignaleerde risico niet en meen dat de *countervailing power* van niet-uitvoerende ten opzichte van uitvoerende bestuurders in een monistisch model op een gelijkwaardige wijze kan worden geregeld als die van toezichthouders ten opzichte van bestuurders in een dualistisch model. Ik ben het met Boschma, Lennarts, Schutte-Veenstra & Wezeman eens dat goed toezicht niet per definitie beter is gewaarborgd door de instelling van een separaat toezichthoudend orgaan. Ook binnen een one-tier board kan goed en onafhankelijk toezicht gewaarborgd zijn. Veel meer dan om de vorm van het bestuursmodel gaat het om de kwaliteit van de toezichthouders (H.E. Boschma e.a., ‘Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector?’, *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 163).
  8. De Minister van Justitie zei hierover bij de behandeling van de Wet bestuur en toezicht (*Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 17) dat er geen reden is om een wettelijke uitwerking van het monistische bestuursmodel te onthouden aan andere rechtsvormen indien de praktijk daaraan behoefte blijkt te hebben. Hij voegde hier echter aan toe dat hem voorsnog niet is gebleken dat die behoefte zodanig groot is, dat een regeling in het wetsvoorstel zou moeten worden opgenomen. In de Concept-MvT (p. 3) wordt herhaald dat niet is gebleken dat behoefte bestaat aan de vastlegging van een monistisch bestuursmodel. Uit diverse reacties op het Voorontwerp blijkt echter dat er wel degelijk behoefte bestaat het monistisch bestuursmodel in de wet vast te leggen.

listisch en een monistisch bestuursmodel.<sup>9</sup> Waarom wordt deze dan niet, net als bij de N.V. en de B.V., door de wetgever in een algemene regeling gefaciliteerd? Velen zullen het toejuichen als het uiteindelijke wetsvoorstel alsnog op dit punt wordt uitgebreid.<sup>10</sup>

In het vervolg van deze bijdrage ga ik voor het gemak uit van een governance-model met een bestuur en een afzonderlijk toezichthoudend orgaan.

### 3. Het toezichthoudend orgaan; taakomschrijving en benaming

De huidige wet bevat slechts een regeling ten aanzien van de taak van het toezichthoudend orgaan van N.V.'s (art. 2:140 lid 2 BW), B.V.'s (art. 2:250 lid 2 BW), coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (art. 2:57 lid 2 BW). De commissie-Halsema concludeerde in 2013 dat ook de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen wettelijk moet worden vastgelegd. Het ontbreken van een wettelijke taak voor deze rechtspersonen kan volgens de Concept-MvT tot gevolg hebben dat toezichthouders niet goed weten wat van hen verwacht wordt en niet ingrijpen wanneer daartoe aanleiding bestaat.<sup>11</sup> Het Voorontwerp voorziet om die reden in een uniforme taakomschrijving.

Het feit dat de huidige wet geen taak bevat voor het toezichthoudend orgaan van (gewone) verenigingen en stichtingen houdt verband met de omstandigheid dat de wet ten aanzien van die rechtspersonen geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag biedt voor de instelling van een toezichthoudend orgaan, aldus de Concept-MvT.<sup>12</sup> Het Voorontwerp introduceert deze wettelijke basis voor *alle* rechtspersonen. De huidige wet bevat echter wel een aantal indirecte verwijzingen, waarmee het bestaan van het toezichthoudend orgaan bij verenigingen en stichtin-

gen al impliciet wordt erkend. Voor de instelling daarvan is, zowel onder huidig recht als op grond van het Voorontwerp, een statutaire basis vereist.

Eerst iets over de overkoepelende term 'toezichthoudend orgaan'.<sup>13</sup> Om welke toezichthoudende organen gaat het bijvoorbeeld? De Concept-MvT zegt hierover:

'De term "toezichthoudend orgaan" is neutraal. Zij 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 het bestuur met raad terzijde staan.'<sup>14</sup>

Deze omschrijving sluit aan bij de verderop in het Voorontwerp opgenomen wettelijke formulering van de taak van het toezichthoudend orgaan van stichtingen en verenigingen maar ook bij de reeds wettelijk vastgelegde taak van de raad van commissarissen van andere rechtspersonen.<sup>15</sup>

Het toezichthoudend orgaan van een N.V., B.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij is de 'raad van commissarissen'; deze term wordt door de wet gehanteerd. Voor stichtingen en verenigingen biedt het Voorontwerp ruimte voor andere benamingen.<sup>16</sup> Vooral bij stichtingen wordt vaak de term 'raad van toezicht' gebruikt, maar andere, creatievere, namen zijn toegestaan.<sup>17</sup> Als eerste schoot mij de wat ongelukkige term 'raad van beheer' te binnen die vroeger vaak voorkwam. Dit orgaan heeft echter vaak meer een bestuurlijke dan een toezichthoudende taak. Ook bij een 'raad van advies' zal het doorgaans niet de bedoeling zijn dat deze wordt aangemerkt als een toezichthoudend orgaan. Indien de raad van advies echter volgens de statuten of volgens een reglement mede tot taak heeft om toezicht te houden op het bestuur, zal naar mijn mening door een rechter al snel

9. Bijvoorbeeld pensioenfondsen mogen kiezen tussen een raad-van-toezichtmodel en een monistisch bestuursmodel (art. 99 en 101a Pensioenwet). Ook media-instellingen (omroepverenigingen of omroepstichtingen) mogen kiezen, zie 1.4.2 van de Gedragscode goed bestuur en integriteit Publieke Omroep 2012, te vinden op [www.publiekeomroep.nl](http://www.publiekeomroep.nl).

10. Of wellicht wordt deze uitbreiding meegenomen in het Wetsvoorstel monistisch bestuursmodel voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen dat al een aantal jaar een sluimerend bestaan leidt ([www.internetconsultatie.nl/monistisch\\_bestuursmodel\\_cooperatie\\_ouderlinge\\_waarborgmaatschappij](http://www.internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_cooperatie_ouderlinge_waarborgmaatschappij))?

11. Kroeze merkt mijns inziens terecht op dat uit de aard en de functie van het toezichthoudend orgaan voortvloeit dat het toezichthoudend orgaan van de stichting reeds onder huidig recht, evenals de raad van commissarissen, tot taak heeft toezicht te houden en te adviseren (Asser/Maeijer & Kroeze 2-1\* 2015/222).

12. Concept-memorandum van toelichting ('Concept-MvT') bij het Voorontwerp, p. 2 ([www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen](http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen)).

13. Het handelsregister lijkt overigens al te anticiperen op de term 'toezichthoudend orgaan'. Bij de inschrijving van een nieuwe functionaris moet een keus gemaakt worden tussen twee typen functionarissen: 'commissaris' of 'lid van het toezichthoudend orgaan'. Dit wekt enigszins bevreemding aangezien een commissaris ook lid is van een toezichthoudend orgaan.

14. Concept-MvT, p. 14.

15. Art. 2:47 lid 2 en art. 2:292a lid 2 Voorontwerp: 'Het toezichthoudend orgaan heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vereniging/stichting en de met haar verbonden organisatie. Het toezichthoudend orgaan staat het bestuur met raad terzijde'. In art. 2:57 lid 2 BW voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, art. 2:140 lid 2 BW voor N.V.'s en art. 2:250 lid 2 BW voor B.V.'s wordt de term 'onderneming' gebruikt in plaats van 'organisatie'. Er is kritiek geuit op het woord 'organisatie' in de omschrijving voor verenigingen en stichtingen, aangezien dit volgens sommigen 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.

16. Verwarrend is echter wel dat in art. 2:48 en 49 BW de term 'commissaris' blijft gehandhaafd. Het Voorontwerp wijzigt dit niet in 'lid van het toezichthoudend orgaan', terwijl deze term wel in art. 2:47a BW wordt gehanteerd. Volgens de Concept-MvT, p. 14, is mede op advies van de Commissie vennootschapsrecht voor de term 'toezichthoudend orgaan' 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', aldus de toelichting.

17. Het toezichthoudend orgaan van woningcorporaties wordt, ook als voor de stichtingsvorm is gekozen, doorgaans raad van commissarissen genoemd.

geoordeeld kunnen worden dat sprake is van een toezichthoudend orgaan in de zin van de wet. De vraag kan dan worden gesteld of de naam ‘raad van advies’ in dat geval niet ongelukkig is aangezien deze de lading niet dekt.<sup>18</sup> Het gevolg van de kwalificatie als toezichthoudend orgaan is immers dat de regels van interne aansprakelijkheid in geval van onbehoorlijk toezicht (art. 2:9a Voorontwerp) op de leden van dat orgaan van toepassing zijn. Om die reden zou een keuze uit de volgende twee mogelijkheden kunnen worden gemaakt: (1) het orgaan beperkt zich (blijkens de taakomschrijving maar ook feitelijk) tot het gevraagd en ongevraagd adviseren; of (2) het orgaan krijgt wel uitgebreidere taken en bevoegdheden maar wordt dan alsnog raad van toezicht genoemd.

Is ieder orgaan met een toezichthoudend karakter dan een toezichthoudend orgaan in de zin van de wet? In een aantal gevallen bestaat er twijfel, zo blijkt bijvoorbeeld uit de reactie van VNO-NCW op het Voorontwerp. VNO-NCW merkt daarin op:

‘[Daarbij komt dat] grote onzekerheid zal kunnen ontstaan omtrent de vraag of een gremium (orgaan) ook daadwerkelijk naar de bedoeling van oprichter(s) een toezichthoudend karakter heeft. In de zeer brede non-profit praktijk worden door verenigingen en stichtingen allerhande gremia gevormd, zoals “adviesraden”, committee’s van advies, seniorenberaad, patiënten- of cliëntenraden, kas- en andere financiële commissies en zo meer. (...)’<sup>19</sup>

VNO-NCW zegt vervolgens dat ‘niet valt in te zien dat voor elk toezichthoudend orgaan dwingende regels moeten gelden’. Maar vallen de door VNO-NCW genoemde voorbeelden, gelet op de hiervoor aangehaalde passage uit de Concept-MvT, wel onder het wettelijk begrip ‘toezichthoudend orgaan’? Anders gezegd: zijn

het organen met een *toezichthoudende taak in de zin van de wet*?

Voor zover het gaat om een orgaan met een klankbordfunctie of een adviesfunctie zal het doorgaans niet een toezichthoudende taak hebben. Een cliëntenraad of een huurdersraad houdt weliswaar toezicht, maar dat is naar mijn mening een ander soort toezicht, namelijk toezicht vanuit een bepaald perspectief, met een bepaald doel. Dergelijke organen vertegenwoordigen een bepaalde groep belanghebbenden en richten zich, anders dan een raad van commissarissen of raad van toezicht, niet primair naar het belang van de rechtspersoon en alle daarbij betrokkenen, maar naar het belang van de eigen achterban die vaak de leden van het orgaan benoemt.<sup>20</sup> Een kascommissie heeft mogelijk wel een toezichthoudende taak in de zin van de wet, maar deze taak is doorgaans tijdelijk en beperkt in omvang (het gaat immers niet om toezicht op de ‘algemene gang van zaken’ in de stichting).

Een ander voorbeeld dat in de reacties op het Voorontwerp en de literatuur is opgeworpen: het ZIFO noemt in zijn reactie de Stichting ter bevordering van Culturele en Maatschappelijke Beschikkingen, die toezicht houdt op de uitvoering van donaties en legaten binnen stichtingen en stelt de vraag of deze instelling als toezichthoudend orgaan kwalificeert.<sup>21</sup> Ook hier is naar mijn mening sprake van een ander, beperkter soort toezicht. Net als bijvoorbeeld een gemeente die subsidie verstrekt, houdt deze instantie slechts toezicht op een bepaald aspect, namelijk besteding van de donatie, van het subsidiegeld. Het lijkt mij niet de bedoeling dat een dergelijke instantie kwalificeert als toezichthoudend orgaan in de zin van art. 2:9a Voorontwerp. Daar komt bij dat ik betwijfel of er überhaupt sprake is van een orgaan.<sup>22</sup>

Uit de Concept-MvT volgt mijns inziens dat de wetgever bij het begrip ‘toezichthoudend orgaan’ uitgaat van een

18. Zie in gelijke zin Asser/Rensen 2-III\* 2012/345 en 346.

19. Reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland op het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, 6 mei 2014, p. 7. Deze reactie en de hierna te noemen reacties zijn te vinden op [www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties](http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen/reacties).

20. Op grond van art. 2:8 BW dient dit orgaan overigens wel de belangen van degenen die bij de organisatie zijn betrokken in acht te nemen.

21. ‘Reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen’, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), Amsterdam 6 mei 2014 (hierna ‘Reactie ZIFO’), p. 3-4. Zie ook K.H.M. de Roo, ‘De rechtspersoon als commissaris’, *TvOB* 2015, afl. 3, p. 106-111.

22. De discussie over de vraag of sprake is van een orgaan heb ik in de mondelinge voordracht buiten beschouwing gelaten. Hier volgen een paar korte opmerkingen over de vraag of een persoon of instantie van buiten de rechtspersoon als toezichthoudend orgaan in de zin van art. 2:9a en 292a BW kan worden aangemerkt. In Rb. Arnhem 10 december 2008, r.o. 7.19, *JOR* 2009/34, m.nt. Schmieman (*Gelredome*) merkte de Rechtbank Arnhem de gemeente en de provincie aan als orgaan voor zover het haar positie als benoemingsgerechtigde betreft: ‘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 art. 2:8 BW mede wordt beheerst door hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.’ In HR 12 mei 2000, *JOR* 2000/145, m.nt. Blanco Fernández (*Geestelijk Leider*) oordeelde de Hoge Raad dat de adviezen die de Geestelijk Leider op grond van zijn instructiebevoegdheid gaf in bepaalde omstandigheden vernietigd kunnen worden op grond van art. 2:8 juncto art. 2:15 BW. Volgens Blanco Fernández ligt in dit oordeel van de Hoge Raad besloten dat de Hoge Raad de Geestelijk Leider kwalificeert als een orgaan en dat de Hoge Raad het kennelijk niet van belang acht of de persoon of instantie binnen of buiten de rechtspersoon staat. Tot slot werd in Rb. Arnhem 30 januari 2008, r.o. 5.35, 5.36 en 5.46, *JOR* 2008/68, m.nt. Blanco Fernández (*Heilig Land Stichting*) de Bisschop van ’s-Hertogenbosch als orgaan 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 art. 2:8 BW (...)’. Deze uitspraken moeten naar mijn mening beperkt worden geïnterpreteerd. Het gaat in deze uitspraken steeds over de vraag of art. 2:8 BW van toepassing is (het in acht nemen van redelijkheid en billijkheid) of over de vraag of art. 2:8 BW in combinatie met art. 2:15 BW van toepassing is (vernietigbaarheid van besluiten) ten aanzien van een persoon of instantie van buiten de rechtspersoon. Voor de kwalificatie als toezichthoudend orgaan in de zin van art. 2:9a en 292a Voorontwerp is het vanwege de interne toezichthoudende rol in de rechtspersoon noodzakelijk dat de persoon of instantie deel uitmaakt van de organisatie. De Stichting ten behoeve van Culturele en

orgaan dat *integraal toezicht* houdt op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken. Het lijkt dus te gaan om toezicht in de volle breedte. Ik ben het echter eens met de hiervoor genoemde reacties dat niet in alle gevallen gemakkelijk is vast te stellen of een orgaan valt onder de kwalificatie ‘toezichthoudend orgaan’. Uiteindelijk zal de rechter dit in een concreet geval moeten beslissen, waarbij gekeken zal worden naar de formele taak en bevoegdheden, maar ook naar de feitelijke taakopvatting. Het zou echter, zoals het ZIFO ook opmerkt, nuttig zijn als de wetgever ten behoeve van de praktijk meer duidelijkheid zou bieden, bijvoorbeeld in de toelichting bij het wetsvoorstel. Een andere mogelijkheid is om de keuze voor de benaming van het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen, net als bij andere rechtspersonen, minder vrij te laten. Een beperking tot ‘raad van commissarissen’<sup>23</sup> of – in het geval van stichtingen – ‘raad van toezicht’, biedt volgens sommigen meer duidelijkheid en structuur.<sup>24</sup> Ik ben het ermee eens dat deze termen duidelijker zijn dan de term ‘toezichthoudend orgaan’, waarbij aangetekend dient te worden dat de formele benaming niet de doorslag zal geven. In dat verband vind ik de opmerking van Houwen terecht dat de inhoud van het takenpakket, de aard en omvang van de bevoegdheden alsmede de samenstelling en inrichting in onderlinge samenhang bezien bepalend zouden moeten zijn voor de kwalificatie als toezichthoudend orgaan.<sup>25</sup>

Wat in ieder geval wel duidelijk uit het Voorontwerp en de Concept-MvT blijkt, is dat de leden van het toezichthoudend orgaan zich ‘bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie’. Die organisatie bestaat uit een samenstel van belangen. Bij een vereniging zijn de belangen van de leden betrokken maar ook de belangen van schuldeisers en werknemers. Bij veel stichtingen zijn de belangen van donateurs en begunstigen betrokken. Al deze belangen dienen door het toezichthoudend orgaan meegenomen en meegewogen te worden.<sup>26</sup>

#### 4. Wettelijke tools voor het toezichthoudend orgaan van een vereniging of stichting

Het Voorontwerp bevat een generieke regeling voor de taak, taakvervulling en interne aansprakelijkheid van leden van het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen. De wettelijke bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan variëren (uiteraard) wel per rechtspersoon. Bovendien variëren de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan *binnen* sommige rechtspersonen als er een structuurregeling van toepassing is. De raad van commissarissen van bijvoorbeeld een structuur-N.V. heeft meer wettelijke bevoegdheden dan de raad van commissarissen van een gewone N.V.

De huidige wet bevat nauwelijks bepalingen over de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen. Wat wel is bepaald, is dat de leden de jaarrekening mee ondertekenen (art. 2:49 lid 2 BW en art. 2:300 lid 2 BW). Het toezichthoudend orgaan van een stichting stelt de jaarrekening bovendien vast tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:300 lid 3 BW).

Op grond van het Voorontwerp krijgt het toezichthoudend orgaan van alle rechtspersonen een rol bij tegenstrijdig belang van bestuurders (hierop gaat Robert Helder in zijn bijdrage in). Het toezichthoudend orgaan is doorgaans ook betrokken bij bezoldiging van bestuurders; bestuurders hebben immers zelf een tegenstrijdig belang. Verder past het bij de taak van het toezichthoudend orgaan dat het kan ingrijpen in het bestuur. Om die reden is in het Voorontwerp opgenomen dat ook het toezichthoudend orgaan van een vereniging of stichting, tenzij de statuten anders bepalen, de bevoegdheid heeft bestuurders te allen tijde te schorsen (art. 2:47 lid 3 en art. 2:292a lid 3 Voorontwerp). De Concept-MvT merkt daarover op dat schorsingsbevoegdheid een instrument is waarmee het toezichthoudend orgaan het bestuur zo nodig op snelle wijze op non-actief kan stellen.<sup>27</sup>

In een aantal reacties op de internetconsultatie<sup>28</sup> is terecht opgemerkt dat ook de opheffing van de schorsing in de wet geregeld zou moeten worden.<sup>29</sup> Verder is in de reacties en literatuur te lezen dat er ten onrechte in het Voorontwerp geen regeling is opgenomen inzake belet

---

Maatschappelijke Beschikkingen is naar mijn mening een externe toezichthouder en dus een buitenstaander evenals een (overheids)instantie die benoemingsbevoegdheden en goedkeuringsbevoegdheden heeft.

23. Zie ook Chr.M. Stokkermans & G.J.C. Rensen, ‘De wet bestuur en toezicht rechtspersonen’, *WPNR* 2014, afl. 7016.

24. Zie ook de reactie van de Gecombineerde Commissie Venootschapsrecht van 6 mei 2014 (‘Reactie GCV’), p. 2, noot 1 en Reactie ZIFO, p. 4.

25. L.G.H.J. Houwen, ‘Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein’, *TvOB* 2014, afl. 4, p. 142. Zie voor een vergelijkbare benadering van de raad van commissarissen van een N.V. of B.V.: J.M. Blanco Fernández, *De raad van commissarissen bij NV en BV*, Deventer: Kluwer 1993, p. 18.

26. Concept-MvT, p. 3.

27. Deze bevoegdheid heeft het toezichthoudend orgaan om die reden ook ten aanzien van bestuurders die door anderen dan het toezichthoudend orgaan zijn benoemd, Concept-MvT, p. 18-19 (ten aanzien van verenigingen) en p. 29 (ten aanzien van stichtingen). Het Voorontwerp verleent aan het toezichthoudend orgaan van een stichting niet het recht om bestuurders te benoemen en te ontslaan. Dat biedt stichtingen, mijns inziens terecht, vrijheid om dit zelf vorm te geven of in sectorregels voor bepaalde soorten stichtingen deze bevoegdheden dwingend voor te schrijven (zie bijvoorbeeld art. 25 Woningwet).

28. Zie onder meer Reactie ZIFO, p. 5-6.

29. Bijvoorbeeld door te bepalen dat het benoemingsbevoegde orgaan (bij de vereniging: de algemene vergadering) bevoegd is tot opheffing van de schorsing en dat, indien het tot ontslag bevoegde orgaan niet binnen een redelijke termijn overgaat tot ontslag, de schorsing vervalt.

en ontstentenis van bestuurders.<sup>30</sup> Voor N.V.'s en B.V.'s geldt al wel een regeling (art. 2:134 en 244 lid 4 BW). Voor andere rechtspersonen bevat Boek 2 BW geen 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. Juist bij de stichting is een dergelijke regeling van belang<sup>31</sup> en hierbij zou het toezichthoudend orgaan een rol kunnen spelen. 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. Overigens wordt in sectorregels vaak voorgeschreven dat de statuten een belet- en ontstentenis-regeling bevatten. Hieraan is 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>32</sup>

### 5. Voorstel: uitbreiding van de wettelijke bevoegdheden in verband met juridische fusie en splitsing

De hiervoor genoemde bevoegdheden zijn de basisbevoegdheden voor het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen. De minimale regeling biedt ruimte om in sectorregels maar ook in individuele statuten aanvullende bevoegdheden op te nemen.<sup>33</sup> Deze flexibiliteit wordt denk ik door velen toegejuicht, maar toch vraag ik me af of de genoemde bevoegdheden niet te summier zijn. Heeft het toezichthoudend orgaan hiermee wel voldoende instrumenten om goed toezicht uit te kunnen oefenen? Toezicht houden is immers een serieuze zaak; indien de toezichthouder zijn taak niet behoorlijk vervult kan hij intern aansprakelijk gehouden worden.

Ik mis voor het toezichthoudend orgaan van de vereniging en stichting in ieder geval de volgende wettelijke bevoegdheid. Wat betreft fusie en splitsing schrijft de wet voor dat de commissarissen van een N.V., B.V., coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij het voorstel tot fusie of splitsing mee ondertekenen. Bovendien moet de raad van commissarissen volgens de wet het besluit tot fusie of splitsing goedkeuren. Ik vind het opmerkelijk dat er niet een vergelijkbare bepaling in de wet is opgenomen voor verenigingen en stichtingen. De huidige wet sluit toepasselijkheid van deze bepaling zelfs expliciet uit voor verenigingen en stichtingen (zie art. 2:312 lid 4 BW voor wat betreft fusie en art. 2:334f lid 4 BW voor wat betreft splitsing). In het Voorontwerp is geen wijziging of aanvulling van deze artikelen voorgesteld. Ik ben nagegaan of uit de parlementaire geschiedenis blijkt wat de

beweegredenen zijn voor het uitsluiten van deze bepaling voor verenigingen en stichtingen.

Aanvankelijk gold goedkeuring door de raad van commissarissen slechts voor een fusie tussen N.V.'s en B.V.'s. Goedkeuring werd voorgeschreven omdat een fusie ingrijpende gevolgen kan hebben voor de fusierende vennootschappen. In 1997, bij de Wet tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de introductie van de regeling van splitsing van rechtspersonen,<sup>34</sup> werd de vereiste goedkeuring uitgebreid naar de raad van commissarissen van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De MvT zegt over deze goedkeuringsregel:

'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 in geval een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschappij fuseert, het fusievoorstel de goedkeuring van de raad van commissarissen behoeft en door de commissarissen moet worden ondertekend.'<sup>35</sup>

De zinsnede dat toezicht bij andere rechtspersonen dan N.V.'s en B.V.'s een ander karakter heeft, is opmerkelijk. Bedoelde de minister hiermee dat N.V.'s en B.V.'s anders zijn omdat zij een onderneming hebben? Maar in hoeverre is het karakter van het toezicht op rechtspersonen met een onderneming dan anders? Bovendien kan een fusie tussen verenigingen en met name stichtingen ook ingrijpende gevolgen hebben, namelijk voor de betrokken belanghebbenden, met name voor de begunstigden van het stichtingsvermogen. Een belangrijk gevolg van een fusie is dat het doelvermogen van de verdwijnende stichting mogelijk een andere bestemming krijgt. Dit is het geval als twee of meer stichtingen met verschillende doelstellingen fuseren. Ik zou dan ook willen pleiten voor uitbreiding van de wettelijk voorgeschreven goedkeuring door het toezichthoudend orgaan tot alle rechtspersonen, inclusief verenigingen en stichtingen.

### 6. De raad van toezicht van een stichting; flexibele wettelijke regeling

Hierna ga ik verder in op het toezichthoudend orgaan van de stichting, de raad van toezicht, en laat ik de vereni-

30. Zie bijvoorbeeld de reactie van het Instituut voor Ondernemingsrecht, Groningen 28 maart 2014, p. 17 en G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigingen- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015, afl. 7072.

31. Hiermee kunnen art. 2:299 BW-procedures worden voorkomen; zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 1 oktober 2003, *JOR* 2003/277 en HR 7 september 2012, *JOR* 2012/351, m.nt. Schmieman (*Stichting Parkeerverwijssysteem Den Haag*).

32. Zie bijvoorbeeld Principe 7 onder 11 van de Governance Code Cultuur 2014.

33. Concept-MvT, p. 18-19. Waar uiteraard voor gewaakt moet worden is dat sectorregels niet strijdig zijn met het algemene stichtingenrecht. Deze discussie komt in de literatuur en de reacties op het Voorontwerp uitgebreid aan de orde. Zie voor een overzicht van sectorregels die mogelijk Boek 2 BW doorkruisen: H.E. Boschma e.a., 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector?', *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 171.

34. Wet tot wijziging van Boek 2 BW in verband met de regeling van splitsing van rechtspersonen.

35. *Kamerstukken II* 1995/96, 24702, 3, p. 25.

ging buiten beschouwing. Zoals gezegd is het Voorontwerp flexibel op een aantal punten:

- het instellen van een raad van toezicht is niet verplicht;
- de wijze van benoeming en ontslag van leden van de raad van toezicht is niet wettelijk geregeld;
- de wettelijke bevoegdheden van de raad van toezicht zijn minimaal; zij kunnen in de statuten worden uitgebreid.

Het al dan niet instellen van een raad van toezicht is – terecht – optioneel. Voor sommige stichtingen is het instellen van een raad van toezicht te zwaar of onnodig of is een andere vorm van interne controle meer geschikt. Wanneer ligt het dan voor de hand om een raad van toezicht in te stellen?

Voor semipublieke instellingen (woningcorporaties, scholen, zorginstellingen) is intern toezicht verplicht gesteld in sectorregels. Het verplichte interne toezicht bij dergelijke instellingen heeft als achtergrond dat men het van belang acht dat intern wordt toegezien op het nastreven van de semipublieke doelstelling en de besteding van publieke middelen. Toezicht kan ook voor de hand liggen als sprake is van een stichting met een grote onderneming.<sup>36</sup> Maar een belangrijke reden om een raad van toezicht in te stellen is naar mijn mening, ongeacht de omvang van de onderneming, het feit dat het vermogen van de stichting van derden afkomstig is. Die derden hebben belang bij een extra waarborg, bij een orgaan of instantie die controleert dat het bestuur het stichtingsvermogen zo veel mogelijk conform het doel besteedt. Soms regelt de derde het toezicht zelf, bijvoorbeeld een gemeente die subsidie verstrekt wil inzage in jaarstukken en/of bedingt goedkeuringsrechten. Maar bij bijvoorbeeld een stichting met een goed doel dat geld inzamelt bij het publiek is dat anders en kan een raad van toezicht, die de bestedingen van het bestuur kritisch bekijkt en tegenwicht kan bieden aan het bestuur, een belangrijke rol vervullen.

Ook wat betreft het benoemen van leden van de raad van toezicht is het Voorontwerp – mijns inziens terecht – flexibel.<sup>37</sup> Benoeming kan plaatsvinden middels coöptatie maar ook door een ander stichtingsorgaan of door een derde.<sup>38</sup>

De basisbevoegdheden van de raad van toezicht zijn zoals gezegd beperkt, maar kunnen – met inachtneming van de hierna in paragraaf 8 te noemen grenzen – in de statuten worden uitgebreid. Vaak bevatten de statuten een lijst van bestuursbesluiten die goedkeuring van de raad van toezicht behoeven.<sup>39</sup>

Ik heb mij afgevraagd of er, behalve fusie en splitsing, andere besluiten zijn die dermate belangrijk of ingrijpend zijn dat de raad van toezicht van iedere stichting hierbij betrokken zou moeten worden. En als dat zo is, moet de algemene wettelijke regeling dan in die betrokkenheid voorzien? Omdat het nu gaat over een regeling voor alle soorten stichtingen, denk ik daarbij vooral aan besluiten die verband houden met de algemene rechtskenmerken van de stichting.

## 7. Voorstel: uitbreiding bevoegdheden van de raad van toezicht in verband met rechtskenmerken van de stichting

De stichting heeft een aantal materiële kenmerken (art. 2:285 BW):

- zij heeft een doelgebonden vermogen;
- er geldt een uitkeringsverbod; en
- er geldt een ledenverbod.

Eerst ga ik in op het doel en doelwijziging. Het in de statuten geformuleerde doel is van groot belang voor stichtingen. Bij kapitaalvennootschappen werd in het verleden wel verdedigd, bijvoorbeeld op grond van de economische *principal-agent*-theorie, dat aandeelhouders gezien moeten worden als principaal. Bij stichtingen zou je in die lijn kunnen verdedigen dat, bij gebreke van aandeelhouders of leden, het doel een soort principaal is, zowel voor het bestuur als voor de raad van toezicht. In juridische zin dienen leden van de raad van toezicht zich bij de vervulling van hun taak evenals bestuurders te richten naar het belang van de stichting en de met de stichting verbonden organisatie (zie ook art. 2:9a Voorontwerp). Zoals aangegeven bestaat het belang van de stichting en de met de stichting verbonden organisatie uit een samenstel van deelbelangen.<sup>40</sup> Bij de invulling van de norm en de afweging van de verschillende deelbelangen

36. Anders dan bij andere rechtspersonen geldt geen structuurregeling voor stichtingen met een grote onderneming. De structuurregeling die in 1973 werd ingevoerd en aanvankelijk slechts voor N.V.'s en B.V.'s gold ging ervan uit dat, wat betreft de samenstelling van de raad van commissarissen, sprake moest zijn van een gelijke invloed van kapitaal en arbeid (aandeelhouders en ondernemingsraad). De toenmalige Minister van Justitie meende dat de stichting (evenals de vereniging) te zeer van de N.V. en B.V. verschilt om haar, ook als zij een grote omvang heeft, een structuur op te leggen die vergelijkbaar is met de structuurregeling voor grote N.V.'s en B.V.'s. De stichting heeft immers geen aandeelhouders.

37. Ik ben het met Rensen eens dat wel in de wet bepaald zou moeten worden dat de bevoegdheid tot benoeming van leden van de raad van toezicht niet aan het bestuur kan worden toegekend (G.J.C. Rensen, 'Ontwikkelingen in het verenigings- en stichtingenrecht', *WPNR* 2015, afl. 7072). Bij pensioenfondsen is het vreemd genoeg uitdrukkelijk toegestaan dat bestuurders hun eigen toezichthouders benoemen (H.M. Vletter-van Dort, 'Toezichthouder bij een pensioenfonds: gedoemd te falen?', *Ondernemingsrecht* 2013/27).

38. Het systeem van coöptatie kan een goede manier zijn om de onafhankelijkheid van leden van de raad van toezicht te bewaken. Tegelijk zou gezegd kunnen worden dat een systeem van coöptatie sneller kan leiden tot het in stand houden van een 'old boys network'. Om die reden wordt voor toezichthouders, in ieder geval in de semipublieke sector, vaak voorgeschreven dat zij openbaar geworven moeten worden.

39. Over dat laatste zegt de Concept-MvT dat uit de taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan voortvloeit dat het gekend wordt in belangrijke beslissingen van het bestuur, Concept-MvT, p. 18 (verenigingen) en p. 28 (stichtingen).

40. Zoals de belangen van de begunstigden, de oprichters, donateurs, schuldeisers en werknemers, maar ook het maatschappelijk belang. Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, r.o. 4.9, *RO* 2014/41 en *JOR* 2014/126 (*Woningstichting Servatius*): 'Bij de taakuitoefening van de RvT

is voor bestuurders en toezichthouders de statutaire doelomschrijving naar mijn mening een belangrijk richtsnoer.<sup>41</sup>

Het bestuur van een stichting is gericht op het verwezenlijken van het doel en de raad van toezicht ziet hierop toe. Het doel van een stichting kan niet zomaar worden gewijzigd: slechts indien de statuten dit toestaan – en dat gebeurt in de praktijk vaak – is doelwijziging mogelijk. Oprichters kunnen wijziging van het doel (of van de gehele statuten) dus expliciet uitsluiten; de statuten kunnen ook helemaal niets over de mogelijkheid van wijziging bepalen (art. 2:293 BW). Hiermee onderscheiden stichtingen zich van andere rechtspersonen waarvan de leden of aandeelhouders uiteindelijk altijd het doel kunnen wijzigen, eventueel met een versterkte meerderheid of desnoods met unanimiteit als doelwijziging statutair is uitgesloten. Veel oprichters vinden het praktisch in de statuten het bestuur de mogelijkheid te geven om het doel te wijzigen. Het doel kan dan worden aangepast aan toekomstige omstandigheden of onvoorziene ontwikkelingen, zonder dat tussenkomst van de rechter nodig is (art. 2:293 en 294 BW).

Indien er een raad van toezicht is ingesteld dient deze naar mijn mening altijd betrokken te worden bij wijziging van het statutaire doel. De raad van toezicht dient immers, zoals gezegd, het belang van de stichting in acht te nemen en de belangen van de daarbij betrokkenen te bewaken, zoals de belangen van donateurs en leningverstrekkers maar ook de belangen van begunstigden en de oprichters die een bepaald idee met de stichting hadden. Een doelwijziging kan er immers toe leiden dat de bestemming van het bijeengebrachte vermogen verandert en dat kan nadelig zijn voor bepaalde betrokkenen. De raad van toezicht heeft als taak erop toe te zien dat het bestuur niet licht gebruikmaakt van zijn bevoegdheid tot doelwijziging. Ik meen dat de wet die betrokkenheid van de raad van toezicht zou moeten faciliteren en zou moeten bepalen dat de raad van toezicht – net als bij fusie en splitsing – goedkeuring moet verlenen aan het besluit tot doelwijziging.

De raad van toezicht heeft naar mijn mening dus een belangrijke taak in verband met het bewaken van het doelgebonden vermogen en het voorkomen van verboden uitkeringen. Het belang van het doelgebonden vermogen van een stichting wordt overigens onderstreept door de

regeling van de vermogensklem bij omzetting van de stichting in een andere rechtsvorm (art. 2:18 lid 4-6 BW). Voor zover het vermogen na omzetting anders wordt besteed dan voordien was voorgeschreven, dient de rechtbank toestemming te verlenen. De raad van toezicht zou naar mijn mening ook bij het besluit tot omzetting in een andere rechtsvorm en tot bestemming van het vermogensoverschot bij liquidatie van de stichting een rol moeten spelen. De statuten kunnen bijvoorbeeld bepalen dat besluiten tot doelwijziging (of statutenwijziging), omzetting, ontbinding en vaststelling van het liquidatieoverschot door het bestuur worden genomen na voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht.<sup>42</sup> Ik meen dat deze betrokkenheid ook door de wetgever gefaciliteerd zou moeten worden.

Dorresteijn noemde een aantal jaar geleden tijdens een symposium hier in Utrecht een aantal andere constructies waarmee stichtingsvermogen aan het oorspronkelijke stichtingsdoel onttrokken wordt, zoals het oprichten van een dochter-B.V., het uitzakken van stichtingsvermogen naar deze dochter-B.V. en het vervolgens verkopen van de aandelen in deze dochter-B.V.<sup>43</sup> Dit kan eveneens leiden tot wijziging van de bestemming van het vermogen. Ook bij dergelijke transacties zou de raad van toezicht naar mijn mening betrokken moeten worden, maar dit lijkt mij meer maatwerk en kan beter per stichting worden geregeld, bijvoorbeeld door een goedkeuringslijst in de stichtingsstatuten op te nemen.

## 8. Grenzen aan de bevoegdheden van de raad van toezicht en grenzen aan de benoembaarheid van leden van de raad van toezicht

Zijn er dan grenzen aan de bevoegdheden die aan de raad van toezicht van een stichting kunnen worden toegekend? Een grens die door sommigen<sup>44</sup> genoemd wordt hangt ook weer samen met een rechtskenmerk van de stichting, namelijk het ledenverbod. In de literatuur wordt aangenomen dat het ledenverbod inhoudt dat er geen orgaan mag zijn dat wat betreft zeggenschapsrechten op één lijn te stellen is met de algemene vergadering van een vereniging.<sup>45</sup> Onduidelijk is echter wanneer concreet het leden-

---

van een stichting dient het belang van de stichting centraal te staan en in dit verband is dan ook van belang dat Servatius een woningstichting is met wettelijke kerntaken op het gebied van volkshuisvesting.’

41. Aldus ook C.H.C. Overes, ‘Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders; bestuurders opgelet!’, *Ondernemingsrecht* 2015/103.

42. In sectorregels wordt de raad van toezicht soms aangewezen als het orgaan dat dergelijke besluiten neemt. In dat geval is volgens sommigen echter strijd met het ledenverbod aan de orde; zie de uitwerking in paragraaf 8. Bovendien zou beargumenteerd kunnen worden dat niet alleen de raad van toezicht maar ook het bestuur bij dergelijke besluiten betrokken zou moeten worden.

43. De voordracht van A.F.M. Dorresteijn is te vinden in M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 109-120.

44. Zoals B. Kemp & K. Schwarz, ‘Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting’, *Ondernemingsrecht* 2013/120.

45. Asser/Rensen 2-III\* 2012/326 en Dijk/Van der Ploeg 2013, par. 2.3.2. Zij sluiten zich aan bij het gedachtegoed van Duynstee uit 1978 (J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1978, p. 41): ‘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.’ Mohr legt wat betreft de vraag of het ledenverbod is overtreden de nadruk op het recht van de algemene vergadering om bij niet-toelating tot lid



verbod wordt overtreden.<sup>46</sup> Van belang is de juridische constructie, waarbij beslissend is welke bevoegdheden de statuten aan het orgaan toekennen en niet welke bevoegdheden het orgaan daadwerkelijk uitoefent.<sup>47</sup> De wet bepaalt slechts (niet onbelangrijk overigens) dat de bevoegdheid om bestuurders te benoemen niet tot overtreding van het ledenverbod leidt. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat een stichting het ledenverbod overtreedt indien er een orgaan is, anders dan het bestuur, dat beslissend kan ingrijpen in het wezen van de stichting en haar werkzaamheden.<sup>48</sup> Hieruit volgt naar mijn mening dat het bij het ledenverbod gaat om daadwerkelijke zeggenschap (in contracten ook wel *positive control* genoemd), bijvoorbeeld de mogelijkheid om het beleid te bepalen en om zelf belangrijke beslissingen te nemen, en niet om *negative control* zoals vetorechten of goedkeuringsrechten. Het ledenverbod levert mijns inziens geen problemen op als een orgaan slechts voorafgaande goedkeuring moet verlenen aan belangrijke bestuursbesluiten.<sup>49</sup> Een ander, misschien nog wel belangrijker, argument waarom de raad van toezicht niet snel het ledenverbod zal overtreden, is het volgende. De raad van toezicht is qua samenstelling en taakopdracht niet te vergelijken met een algemene vergadering. Interne toezichthouders dienen zich immers bij de uitoefening van hun toezichthoudende taak te richten naar het belang van de stichting en mogen niet – zoals leden en aandeelhouders – eigen belangen laten prevaleren.<sup>50</sup> Zolang de bevoegdheden van de raad van toezicht verband houden met zijn toezichthoudende taak, zal spanning met het ledenverbod denk ik niet snel aan de orde zijn.

De wet stelt een aantal grenzen aan de benoembaarheid van leden van een raad van toezicht van een stichting. Een eerste grens is het bekende maximumaantal toezichthoudende functies bij ‘grote stichtingen’ (art. 2:297b BW). Het Voorontwerp bevat een andere grens voor benoembaarheid (die overigens ook geldt voor verenigingen): slechts natuurlijke personen mogen lid zijn van het toe-

zichhoudend orgaan (art. 292a lid 1 Voorontwerp). Dit voorschrift geldt op grond van de huidige wet reeds voor commissarissen van N.V.’s en B.V.’s. Ik vind het logisch dat de wetgever wat dit betreft consequent is en de voorwaarde ook voorschrijft voor interne toezichthouders van verenigingen en stichtingen. In de literatuur is de vraag opgeworpen waarom een rechtspersoon eigenlijk geen commissaris of lid van een raad van toezicht kan zijn. Bestuurders kunnen toch ook rechtspersonen zijn? Dat laatste is met name in concernverhoudingen praktisch. Onlangs pleitte De Roo voor verruiming van het commissariaat en openstelling voor rechtspersonen.<sup>51</sup> Hij richt zich met name op commissarissen van N.V.’s en B.V.’s maar dezelfde vraag kan gesteld worden voor verenigingen en stichtingen. Ik denk dat natuurlijke personen nagenoeg altijd voorkeur genieten. Degene die bevoegd is een commissaris of een lid van raad van toezicht te benoemen of voor te dragen heeft meestal een specifieke persoon op het oog en wil daarop invloed behouden. Binnen een rechtspersoon-toezichthouder kunnen de personen die het toezicht uitvoeren immers gemakkelijk wijzigen.<sup>52</sup> Bovendien zijn veel wettelijke bepalingen en sectorregels gericht op natuurlijke personen. Denk aan: evenwichtige verdeling van mannen en vrouwen, geschiktheidseisen, deskundigheidseisen en onafhankelijkheidseisen. Je zou die eisen misschien kunnen opleggen aan de natuurlijke personen binnen de rechtspersoon-toezichthouder, maar ik vind dat erg omslachtig en vraag me af of dat werkt.

Tot slot kunnen externe toezichthouders grenzen stellen: het zogenoemde ‘toezicht op toezicht’. Dergelijk ‘toezicht op toezicht’ geldt slechts voor bepaalde soorten stichtingen. DNB houdt toezicht op pensioenfondsen teneinde hun financiële soliditeit en integriteit te bewaken en toetst onder meer of leden van de raad van toezicht aan bepaalde geschiktheidseisen voldoen. De ministers van betrokken vakdepartementen houden toezicht op instellingen die een (semi)publiek belang behartigen (zorginstellingen, woningcorporaties en scholen).<sup>53</sup> Zo houdt de Minister

door het bestuur alsnog tot toelating te besluiten (art. 2:33 BW). Hij acht dit, tezamen met het benoemingsrecht van bestuurders, de kern van het lidmaatschapsrecht. Het recht dat leden hebben op grond van art. 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’ (A.L. Mohr, ‘Het ledenverbod’, *WPNR* 1978, afl. 5439, p. 383-386 en P.L. Dijk, ‘Een korte reactie op het artikel van Mr. A.L. Mohr in *WPNR* 5439’, *WPNR* 1978, afl. 5453, p. 637-638).

46. Zie hierover M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Rechtskenmerken van de stichting. Wanneer is sprake van spanning met het ledenverbod?’, *WPNR* 2014, afl. 7041.
47. In de *MvT (Kamerstukken II 1953/54, 3463, 3, p. 8)* 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.’ Van belang is welke bevoegdheden het orgaan, dat wordt gevormd door deelnemers, aangeslotenen, etc. heeft, aldus *Handelingen II 1955/56, 10e vergadering, 27 oktober 1955, p. 2129*.
48. *Handelingen I 1955/56, Deel II, 49e vergadering, 29 mei 1956, p. 2358*.
49. Zie over de vraag of een instructierecht van de raad van toezicht kan leiden tot overtreding van het ledenverbod ook M.J. van Uchelen-Schipper, ‘Rechtskenmerken van de stichting. Wanneer is sprake van spanning met het ledenverbod?’, *WPNR* 2014, afl. 7041, p. 1157-1158.
50. Uiteraard met inachtneming van art. 2:8 BW. Organen van bijvoorbeeld deelnemers en aangeslotenen mogen bij de uitoefening van hun bevoegdheden, evenals leden, handelen naar eigen inzicht en – in beginsel – hun eigen belang nastreven. Zij zijn om die reden, naar mijn mening, wel te vergelijken met leden.
51. K.H.M. de Roo, ‘De rechtspersoon als commissaris’, *TvOB* 2015, afl. 3, p. 106-111. Zie ook Reactie ZIFO, p. 5.
52. In de Reactie ZIFO, p. 5, wordt de volgende suggestie gedaan: ‘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.’
53. Vanwege het waarborgen van de publieke belangen van kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de maatschappelijke zorg- en dienstverlening. Zie L.G.H.J. Houwen ‘Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein’, *TvOB* 2014, afl. 4, p. 145.

voor Wonen en Rijksdienst toezicht op stichtingen (en overigens ook op verenigingen) die op het gebied van volkshuisvesting werkzaam zijn en hun financiële middelen uitsluitend in het belang van volkshuisvesting inzetten (woningcorporaties ofwel 'toegelaten instellingen', art. 19 Woningwet). Alvorens de raad van toezicht van een dergelijke instelling een nieuw lid van de raad van toezicht benoemt, dient de toegelaten instelling de minister te verzoeken de geschiktheid en betrouwbaarheid van een dergelijke persoon te toetsen (art. 30 lid 3 Woningwet). Bij andere soorten stichtingen speelt het publieke belang geen of een minder prominente rol. Om die reden vallen zij niet onder een dergelijke verplichte vorm van extern toezicht. Wel geldt voor alle stichtingen dat het Openbaar Ministerie de mogelijkheid heeft om enige controle uit te oefenen (het Openbaar Ministerie kan bijvoorbeeld om inlichtingen verzoeken op grond van art. 2:297 BW), maar daar wordt in de praktijk nauwelijks gebruik van gemaakt. Is het erg dat niet bij alle stichtingen 'toezicht op toezicht' wordt gehouden? Ik zie geen reden om verplicht extern toezicht in te stellen indien sprake is van een 'private' of 'besloten' stichting, zeker als de stichting met behulp van de notaris goed heeft nagedacht over interne controle en als bestuurders en leden van de raad van toezicht, indien deze wordt ingesteld, zichzelf en elkaar regelmatig evalueren. Wel zouden belanghebbenden moeten kunnen ingrijpen als de raad van toezicht niet naar behoren functioneert. Onder huidig recht hebben belanghebbenden deze mogelijkheid niet.<sup>54</sup> Het Voorontwerp bevat echter een belangrijke uitbreiding die een handvat kan bieden aan belanghebbenden: in het uiterste geval kunnen zij bij de rechter niet alleen ontslag van bestuurders maar ook van leden van de raad van toezicht vorderen (art. 2:298 Voorontwerp, welk artikel in de bijdrage van Marjan Koelemeijer aan de orde komt).

## 9. Conclusies

Met name bij de stichting bestaat behoefte aan meer duidelijkheid over de vraag wanneer sprake is van een toezichthoudend orgaan. Ik leid af uit de Concept-MvT dat organen die niet in de volle breedte toezicht houden (dat wil zeggen: toezicht houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken) niet onder het begrip 'toezichthoudend orgaan' vallen. Er zijn echter onduidelijke 'grensgevallen'. De toelichting bij het uiteindelijke wetsvoorstel zou op dit punt meer helderheid kunnen bieden.

Het Voorontwerp biedt voldoende flexibiliteit voor het 'op maat maken' van bestuur-en-toezichtmodellen. Governancestructuren vorm en inhoud geven, statuten maken, is maatwerk en de geboden flexibiliteit is om die reden denk ik zeer welkom. Een rechtspersoon kan vrijwillig besluiten een raad van commissarissen of raad van toezicht in te stellen. Ik meen dat, als de raad van commis-

sarissen of raad van toezicht er eenmaal is, hij ook een paar goede instrumenten moet hebben. Notarissen vervullen daarbij een belangrijke rol, maar ook de wet zou meer houvast kunnen bieden.

Het Voorontwerp is naar mijn mening op een aantal punten té flexibel. Ik meen dat in de wet opgenomen zou moeten worden dat het toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen, net als op grond van de huidige wet de raad van commissarissen van B.V.'s, N.V.'s, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen, goedkeuring moet verlenen aan een juridische fusie of splitsing. Voor stichtingen zou de wetgever nog verder kunnen gaan. Teneinde al te gemakkelijke wijziging van het doelgebonden vermogen te voorkomen ten nadele van derden die daaraan hebben bijgedragen zou de raad van toezicht van alle soorten stichtingen naar mijn mening betrokken moeten worden bij besluiten tot doelwijziging, maar ook bij rechtsvormwijziging en bestemming van het liquidatieoverschot bij ontbinding. Die betrokkenheid van de raad van toezicht (goedkeuring van genoemde besluiten) zou naar mijn mening in Boek 2 BW vastgelegd moeten worden. Dit alles kan ertoe bijdragen dat het toezichthoudend orgaan op belangrijke momenten serieus tegenwicht kan bieden aan het bestuur.

54. Voor sommige stichtingen die een onderneming in stand houden (art. 2:344 lid 2 BW) geldt dat bij de Ondernemingskamer een verzoek tot het instellen van een enquête en tot het treffen van voorzieningen kan worden ingediend door een werknemersvereniging of door de stichting zelf (art. 2:346 en 347 BW). Bij semipublieke instellingen zijn de mogelijkheden tot het instellen van een enquête verder uitgebreid in sectorregels. Art. 33 Woningwet verleent aan het bestuur, de raad van toezicht en de minister de bevoegdheid bij de Ondernemingskamer ontslag van een lid van de raad van toezicht te vorderen. Zie hierover L.G.H.J. Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *TvOB* 2014, afl. 1, p. 8-9.