

WPNR 2014(7041) Rechtskenmerken van de stichting. Wanneer is sprake van spanning met het ledenverbod?

Publicatie	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Aflevering	145 afl. 7041
Paginnummers	1154-1161
Publicatiedatum	29 november 2014
Auteurs	Mw. mr. M.J. van Uchelen-Schipper , Kandidaat-notaris en professional support lawyer te Amsterdam. (m.van.uchelen@houthoff.com)

Rechtskenmerken van de stichting. Wanneer is sprake van spanning met het ledenverbod?

Samenvatting: Een notaris die voor een stichting een governance-model opstelt en uitwerkt kan worden geconfronteerd met de vraag of en wanneer sprake is van overtreding van het ledenverbod. In dit artikel wordt nagegaan welke statutaire bevoegdheden van een stichtingsorgaan (anders dan het bestuur) spanning met het ledenverbod opleveren. Bovendien komt de vraag aan de orde of een toezichthoudend orgaan het ledenverbod kan overtreden.

Betoogd wordt dat de achtergrond van het ledenverbod vooral is dat een stichting geen orgaan mag hebben dat - handelend naar eigen inzicht - het doel en daarmee de bestemming van het vermogen van de stichting kan bepalen.

1. Inleiding

De basis voor de governance-structuur van stichtingen is eenvoudig: op grond van de algemene wettelijke regeling in Boek 2 BW hoeft een stichting slechts een bestuur te hebben dat uit één of meer personen kan bestaan. Veel stichtingen hebben daarnaast een tweede orgaan, zoals een deelnemersraad of een raad van toezicht (RvT). Dit orgaan controleert het bestuur en krijgt soms "instrumenten" aangereikt waarmee het tegenwicht kan bieden aan het bestuur. De vraag is echter welke bevoegdheden kunnen worden toegekend en welke wettelijke grenzen daarbij in acht moeten worden genomen.

Stichtingen dienen rekening te houden met het **ledenverbod**, het materiële kenmerk waarmee zij zich organisatorisch onderscheiden van andere rechtspersonen. Dit verbod houdt volgens de meeste auteurs¹ in dat er geen orgaan mag zijn dat wat betreft zeggenschapsrechten op één lijn te stellen is met de algemene vergadering van een vereniging. Onduidelijk is echter wanneer het **ledenverbod** wordt overschreden.

De vraag wat de grenzen van het **ledenverbod** zijn komt de laatste tijd regelmatig op in de literatuur, voornamelijk in verband met stichtingen in de semipublieke sector (woningcorporaties, zorginstellingen en onderwijsinstellingen). Bij dergelijke instellingen bestaat veel aandacht voor versterking van interne *checks and balances* onder meer door het toekennen van vergaande bevoegdheden aan de RvT.

In dit artikel zal allereerst kort worden stilgestaan bij de inhoud en achtergrond van het **ledenverbod** en wordt het **ledenverbod** geplaatst in het licht van een ander rechtskenmerk van de stichting: het hebben van een doelgebonden vermogen. Vervolgens zal een aantal statutaire bevoegdheden worden getoetst aan het **ledenverbod**. Bovendien wordt ingegaan op een ander aspect dat relevant is in verband met de vraag of een stichtingsorgaan het **ledenverbod** overtreedt, namelijk de samenstelling en de taak van het betreffende orgaan. Tot slot wordt ingegaan op de vraag in hoeverre het governance-model van semipublieke instellingen spanning met het **ledenverbod** oplevert.

2. Inhoud van het ledenverbod

Rechtspersonen worden van oudsher ingedeeld in een categorie met een corporatief karakter (kortweg: corporaties) die leden of aandeelhouders hebben² en een categorie met een instellingskarakter.³ In de wettelijke omschrijving van de stichting in de Wet op stichtingen

1956 (WS 1956), de voorloper van het huidige stichtingenrecht, bracht de wetgever tot uitdrukking dat de stichting geen corporatief karakter heeft. Een stichting kent geen leden, aldus art. 1 lid 1 WS 1956 en het huidige art. 2:285 BW. Het **ledenverbod** had mede ten doel "misbruik van de stichting" te voorkomen.⁴ In de parlementaire geschiedenis is te lezen dat het regelmatig voorkwam dat oprichters feitelijk een vereniging voor ogen hadden maar voor een stichting kozen om preventief toezicht te omzeilen.⁵

Het **ledenverbod** gaf van meet af aan aanleiding tot veel kritiek en vragen. Bij de totstandkoming van de WS 1956 worstelden de toenmalige Ministers van Justitie met de inhoud van het **ledenverbod** en ontstond daarover discussie in zowel de Tweede als de Eerste Kamer. Deze parlementaire discussie is nog steeds relevant voor de huidige interpretatie van het **ledenverbod**, waarover niet veel (recente) jurisprudentie te vinden is.⁶ De parlementaire geschiedenis over het **ledenverbod** vat ik aan de hand van een aantal relevante passages als volgt samen:

1. De benaming "leden" is niet van doorslaggevende betekenis voor de vraag of het **ledenverbod** wordt overtreden. De rechter toetst materieel; ook "deelhebbers", "aangeslotenen" of "contribuanten" kunnen onder het begrip leden vallen.⁷ Van belang is welke bevoegdheden het orgaan, dat wordt gevormd door deelnemers, aangeslotenen, etc. heeft.⁸ 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.

2. Het bestuur zelf kan het **ledenverbod** niet overtreden.⁹

3. De enkele bevoegdheid van een stichtingsorgaan om bestuurders te benoemen leidt nog niet tot overtreding van het **ledenverbod** (zie ook art. 1 lid 2 WS 1956 en art. 2:285 lid 2 BW). Het zou immers niet zo moeten zijn dat het bestuur van een stichting slechts door middel van coöptatie benoemd kan worden.¹⁰ De mogelijkheid dat een ander orgaan het bestuur benoemt is vaak juist wenselijk in verband met interne *checks and balances*.

4. Indien een stichtingsorgaan naast de bevoegdheid tot benoeming, de bevoegdheid tot schorsing en ontslag van bestuurders heeft, komt men volgens toenmalig minister Donker mogelijkserwijs in de buurt van het **ledenverbod**.¹¹ Het is aan de rechter om te bepalen of in een concreet geval ook echt sprake is van overtreding van het **ledenverbod**, aldus minister Donker. De rechter dient daarbij te kijken naar het "totaalpakket aan bevoegdheden" dat het stichtingsorgaan heeft.

5. Mochten 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 toenmalig minister Van Oven, de opvolger van minister Donker. Volgens hem is daarbij echter beslissend of de concrete uitwerking van de bevoegdheden zodanig is, dat het hoogste gezag niet bij het bestuur, maar bij hen rust. Het gaat er volgens hem om dat er naast het bestuur personen zijn, bij wie bevoegdheden dusdanig zijn geconcentreerd, dat zij in wezen het beleid van de stichting kunnen bepalen.¹²

6. Niet alleen is 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 leden van een vereniging.¹³

Minister Van Oven zei in zijn slotbetoog, vlak voor de stemming over het voorstel van de WS 1956:

"Leden mogen er desnoods zijn, maar zij mogen niet in het wezen, dat is het werk van de stichting, beslissend ingrijpen."¹⁴

Hoewel "het wezen" of "het werk" van de stichting enigszins cryptisch 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 zoals een algemene vergadering de voornaamste activiteiten van de stichting kan bepalen.

3. Het wezen van de stichting; doel, doelvermogen en doelwijziging

Om het **ledenverbod** beter te kunnen begrijpen is het relevant om kort stil te staan bij de overige rechtskenmerken van de stichting. Naast het **ledenverbod** heeft de stichting op grond van haar wettelijke omschrijving de volgende materiële kenmerken:

- zij beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken (zij heeft een doelgebonden vermogen, art. 2:285 lid 1 BW); en
- het doel mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen, tenzij wat deze laatste betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben (het uitkeringsverbod, art. 2:285 lid 3 BW).

Beide kenmerken betreffen het doel (of: de werkzaamheden) van de stichting. Bij de oprichting bepaalt de stichter het doel waarnaar het bestuur zich dient te richten. Hij kan er voor kiezen dit doel specifiek te formuleren of juist meer algemeen zodat het bestuur meer beleidsvrijheid heeft. Degene die het doel van de stichting bepaalt, bepaalt ook de bestemming van het vermogen aangezien dit aan het doel gekoppeld is. Gelet op de bepalingen in het stichtingenrecht die zijn gewijd aan het doel en de bescherming van het doelgebonden vermogen (art. 2:18, 285, 294 lid 2, 301 lid 1 BW) kan gesteld worden dat het doel bij stichtingen een nog belangrijker rol speelt dan bij andere soorten rechtspersonen.¹⁵

De statuten van de stichting, waaronder de statutaire doelomschrijving, kunnen door haar organen slechts worden gewijzigd, indien de statuten daartoe de mogelijkheid bieden (art. 2:293 BW). Zo niet, dan is het voor de oprichter, het bestuur of het openbaar ministerie mogelijk via de rechtbank de statuten te wijzigen, mits ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild (art. 2:294 lid 1 BW). De rechtbank wijkt daarbij zo min mogelijk af van de bestaande statuten en wijst, indien doelwijziging noodzakelijk is, een verwant doel aan (art. 2:294 lid 2 BW).

Bij verenigingen en kapitaalvennootschappen hebben de leden of aandeelhouders, verenigd in de algemene vergadering, niet alleen de wettelijke bevoegdheid om bestuurders te benoemen en te ontslaan, zij bepalen bovendien het doel. Doorgaans kan de algemene vergadering de statuten van de vereniging of vennootschap, al dan niet met gekwalificeerde meerderheid, wijzigen. Voor zover de bevoegdheid tot wijziging al bij de statuten is uitgesloten, is wijziging door de algemene vergadering niettemin mogelijk met algemene stemmen (art. 2:43 lid 2, 211 lid 1 en 231 lid 1 BW).

De statuten van stichtingen bieden vaak wel de mogelijkheid van statutenwijziging door het bestuur of door een ander stichtingsorgaan. Ook wijziging van het doel wordt daarbij regelmatig mogelijk gemaakt, expliciet of impliciet (alle bepalingen van de statuten kunnen worden gewijzigd). Daarmee geeft de oprichter een stichtingsorgaan een belangrijke bevoegdheid in handen: hij kan immers het doel en daarmee besteding van het doelvermogen bepalen.

Overigens is het niet altijd duidelijk of de oprichter die een specifiek doel formuleerde bewust rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat het doel ingrijpend wordt gewijzigd, zeker wanneer de statuten een algemene wijzigingsmogelijkheid bevatten. Bovendien is het de vraag of een ingrijpende doelwijziging onder alle omstandigheden geoorloofd is.¹⁶ Indien de stichting (nog) geen vermogen heeft, bestaan daar weinig bezwaren tegen maar minder eenvoudig is het antwoord als er wel een vermogen is, dat is bijeengebracht door anderen dan degenen die het doel kunnen wijzigen. Deze personen vertrouwden er immers op dat het vermogen zou worden aangewend ter bereiking van het voorgehouden stichtingsdoel.¹⁷ Indien het wijzigingsbevoegde orgaan bestaat uit personen die zelf het vermogen bijeenbrachten (bijvoorbeeld deelnemers of aangeslotenen) is wijziging van het doel minder bezwaarlijk maar dringt zich de vraag op of feitelijk niet sprake is van een vereniging of vennootschap. Het **ledenverbod** ligt dan op de loer.

4. Het toekennen van bevoegdheden aan een stichtingsorgaan; wanneer ontstaat spanning met het ledenverbod?

Het doel en het doelgebonden vermogen bepalen dus het wezen van de stichting. De vraag welke bevoegdheden dusdanig ingrijpend zijn dat spanning met het **ledenverbod** ontstaat of

kan ontstaan dient naar mijn mening mede in dit licht te worden gezien. Aan de hand van een aantal hierna te noemen bevoegdheden tracht ik dit concreet te maken.

1. Benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders

Zoals aangegeven leidt de enkele bevoegdheid van een stichtingsorgaan om bestuurders te benoemen in ieder geval niet tot overtreding van het **ledenverbod**. Naar mijn mening geldt hetzelfde 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 onwelgevallig bestuur vervangen, maar heeft op zichzelf nog niet de macht om in te grijpen in de kernactiviteiten (de werkzaamheden) van de stichting.

2. Goedkeuring belangrijke bestuursbesluiten

De bevoegdheid om belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren is een belangrijk instrument waarmee het bestuur intern gecontroleerd kan worden. Ik meen dat deze bevoegdheid op zich nog niet tot overtreding van het **ledenverbod** hoeft te leiden, aangezien het orgaan met dergelijke bevoegdheden slechts intern kan corrigeren maar daarmee nog niet het beleid kan (mede)bepalen.¹⁸ Een stichtingsorgaan dat bijvoorbeeld het recht heeft bestuursbesluiten tot statutenwijziging goed te keuren, bepaalt op zichzelf nog niet hoe de statuten moeten luiden.

3. 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. Dit is eveneens een belangrijk controlemiddel dat in veel governance-modellen wordt ingebouwd. De wet gaat er in art. 2:300 lid 3 BW van uit dat de bevoegdheid tot het vaststellen van de jaarrekening¹⁹ aan een ander orgaan dan het bestuur kan worden toegekend. Hoewel de wet daar niets over regelt, wordt in de literatuur aangenomen dat dit zelfde orgaan ook bevoegd moet worden geacht tot het verlenen van decharge aan bestuurders.²⁰ Omdat dit niet helemaal duidelijk is verdient het overigens aanbeveling decharge in de statuten expliciet te regelen. De bevoegdheid om de jaarrekening vast te stellen en decharge te verlenen zijn interne controlemiddelen die naar mijn mening nog geen spanning met het **ledenverbod** opleveren.

4. Adviesrecht en instructierecht

Het recht om het bestuur bindende adviezen of aanwijzingen te geven (instructierecht)²¹ gaat al weer een stapje verder. Ik ben het eens met onder meer Kemp en Schwarz (*Ondernemingsrecht* 2013/120) dat men met het toekennen van een bindend instructierecht aan een stichtingsorgaan snel in de gevarenszone komt.²² Of het **ledenverbod** daadwerkelijk wordt overtreden is afhankelijk van de aard en inhoud van het instructierecht. 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, ligt dit mijns inziens in het verlengde van de intern controlerende rol en is strijd met het **ledenverbod** niet direct aan de orde. 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 (art. 2:129 en 239 lid 4 BW) geen bepaling bevat.²³ In ieder geval dient naar mijn mening in verband met het **ledenverbod** vermeden te worden dat het instructiebevoegde orgaan (middels het bestuur) een wijziging van het statutaire doel kan bewerkstelligen.

5. 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 wijzigen 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, levert naar mijn mening wel

spanning met het **ledenverbod** op, zeker als de stichting over vermogen beschikt en het vermogen door de doelwijziging een wezenlijk andere bestemming krijgt.

6. Juridische fusie en splitsing

Bij juridische fusie gaat het vermogen van een stichting over op dat van 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 heel ander doel heeft krijgt het vermogen als gevolg van de fusie een andere bestemming.²⁴ Het doelgebonden vermogen wordt bij fusie beschermd door art. 2:317 lid 5 BW: evenals bij statutenwijziging is goedkeuring van de rechtbank vereist indien niet alle bepalingen in de statuten gewijzigd kunnen worden. Voor juridische splitsing geldt een vergelijkbare bepaling (art. 2:334m lid 5 BW). 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. Ook in dit verband ligt de crux bij de vraag of de statuten doelwijziging toestaan.

7. 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. Daarmee is dit evenals doelwijziging een belangrijke bevoegdheid die spanning oplevert met het ledenverbod.

Het in de praktijk "overzienbare risico" van het overschrijden van het **ledenverbod** is ontbindbaarheid van de stichting door de rechtbank na een daartoe strekkend verzoek dat kan worden ingediend door een belanghebbende of door het Openbaar Ministerie (art. 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 (art. 2:21 lid 2 BW). Binnen deze termijn kan de rechtspersoon zich ook omzetten in een rechtspersoon met kenmerken waaraan hij wel voldoet (art. 2:18 BW).

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.²⁵ Uit de feiten 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".

5. Overtreding van het ledenverbod door het orgaan gevormd door deelnemers, aangesloten of certificaathouders

Deelnemers of aangeslotenen²⁶ hebben doorgaans een contractuele relatie met de stichting, maar kunnen daarnaast een eigen orgaan vormen met statutaire rechten en bevoegdheden. Evenals leden (en aandeelhouders) mogen deelnemers, aangeslotenen en certificaathouders bij besluitvorming binnen hun eigen orgaan in beginsel stemmen zoals zij willen en kunnen zij hun eigen belang nastreven. Een raad van aangeslotenen of een deelnemersraad lijkt daarmee niet alleen qua bevoegdheden maar ook qua samenstelling op een algemene vergadering. Dat een deelnemersraad het **ledenverbod** kan overtreden blijkt bovendien uit het feit dat de wetgever heeft gemeend een expliciete uitzondering op te moeten nemen voor deelnemers aan

pensioenfondsen. Op grond van art. 2:304 lid 1 BW worden deelnemers aan een pensioenfonds niet beschouwd als leden.

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. Een bepaalde combinatie van bevoegdheden, zoals de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van het bestuur, instructiebevoegdheid en de bevoegdheid tot statutenwijziging, kan er toe leiden dat de stichting ontbindbaar is.

Ook bij certificering van aandelen kan men zich afvragen of het **ledenverbod** wordt overtreden door de vergadering van certificaathouders. Deze rechtsfiguur is in zoverre atypisch omdat de stichting als het ware is ingebed in een constructie van economische participatie in een kapitaalvennootschap. Een stichting administratiekantoor heeft een specifiek doel dat verband houdt met deze economische gerechtigdheid: zij houdt aandelen voor de certificaathouders in beheer in ruil voor certificaten en oefent het stemrecht op de aandelen uit. Op grond van de administratievoorwaarden en het statutaire doel van de stichting is het bestuur gehouden op aandelen ontvangen dividenden door te betalen aan de certificaathouders. De vergadering van certificaathouders heeft ter bescherming van de vermogenswaarde van de onderliggende aandelen vaak statutaire bevoegdheden, zoals benoeming en ontslag van één of meer bestuurders en (goedkeuring van) statutenwijziging. Indien de vergadering van certificaathouders het doel van de stichting zelfstandig kan wijzigen (en daarmee in feite de certificering een andere inhoud kan geven of kan beëindigen) is strijd met het **ledenverbod** mogelijk aan de orde.²⁷ In de praktijk zullen de certificaathouders echter geen doorslaggevende invloed op het bestuur en/of het doel hebben. Dit strookt immers niet met de opzet van certificering, waarbij de zeggenschap ten aanzien van de aandelen juist is toegekend aan het bestuur en niet aan de certificaathouders.

6. Kan de RvT het ledenverbod overtreden?

De rol en de taak van de RvT verschilt wezenlijk van de rol en de taak van de algemene vergadering.²⁸ Algemeen wordt aangenomen dat de RvT van een stichting, evenals de RvC van andere rechtspersonen, tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden onderneming.²⁹ In het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ("voorontwerp") wordt deze taak ook in de wet neergelegd (art. 2:292a lid 2 voorontwerp), waarbij overigens in plaats van het woord "onderneming" het woord "organisatie" wordt gebruikt. Leden van de RvT dienen zich bij de vervulling van hun taak te richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie (art. 2:9a BW voorontwerp).

Anders dan leden en aandeelhouders mogen interne toezichthouders bij de uitoefening van hun bevoegdheden dus niet zo maar handelen naar eigen inzicht. Toezichthouders en bestuurders handelen vanuit hun toezichthoudende respectievelijk bestuurlijke rol - als het ware in elkaars verlengde - binnen eenzelfde normenkader: het belang van de stichting.

Dit kader houdt in 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 daarentegen bij besluitvorming binnen het orgaan waarvan zij deel uitmaken in beginsel stemmen zoals zij willen en kunnen hun eigen belang nastreven. Zij hoeven zich niet te houden aan een taakomschrijving en daarbij behorende normen voor behoorlijk bestuur en toezicht.³⁰

Gelet op het voorstaande valt niet goed in te zien hoe de RvT kan acteren als een algemene vergadering zonder daarmee in strijd met zijn taakomschrijving te handelen. Bevoegdheden waarmee de RvT kan ingrijpen in "het wezen van de stichting" of waarmee de bestuursautonomie aangetast kan worden zullen immers de taakstelling van het toezichthoudend orgaan te buiten gaan. Voor zover de RvT een statutaire instructiebevoegdheid toegekend wordt, zou deze slechts ondersteunend dienen te zijn aan de toezichthoudende taak.³¹ Een statutaire bepaling die de mogelijkheid biedt om de kernactiviteiten (het voornaamste doel) van de stichting te wijzigen zou vermeden moeten worden.

Volgens het concept van de memorie van toelichting bij het voorontwerp ("concept MvT") brengt de taakomschrijving van de RvT met zich dat het algemene bestuursbeleid wordt bepaald na overleg met de RvT en dat de RvT in belangrijke beslissingen van het bestuur moet worden gekend.³² Dit laatste kan expliciet in de statuten worden geregeld, aldus de concept

MvT. Art. 2:292a lid 3 van het voorontwerp wijst de RvT bovendien aan als het orgaan dat bevoegd is bestuurders te schorsen, tenzij de statuten anders bepalen. Volgens de concept RvT past bij de taak van de RvT dat het kan ingrijpen in de samenstelling van het bestuur, dus dat het de bevoegdheid heeft om het bestuur te ontslaan.³³ Indien voornoemde bevoegdheden worden toegekend aan de RvT en eventueel aanvullende bevoegdheden die passen binnen de toezichthoudende taak, is naar mijn mening overtreding van het **ledenverbod** in beginsel niet aan de orde.

Niet iedereen is ervan overtuigd dat van spanning met het **ledenverbod** bij toekenning van bevoegdheden aan de RvT niet snel sprake zal zijn. Zo beargumenteerden Kemp en Schwarz onlangs in *Ondernemingsrecht* dat het governance-model van woningcorporaties op grond van huidig maar vooral ook toekomstig sectoraal recht, strijd met het **ledenverbod** oplevert.³⁴ Ook de MvT bij het voorontwerp sluit de mogelijkheid van overtreding van het **ledenverbod** door een RvT niet uit. De discussie over de grenzen van het **ledenverbod** wordt op dit moment met name gevoerd in verband met het governance-model van semipublieke instellingen.

7. Het governance-model van semipublieke instellingen

Governance-modellen van semipublieke instellingen (woningbouwcorporaties, zorginstellingen en onderwijsinstellingen)³⁵ dienen op grond van sectorregels en/of sectorcodes te voorzien in intern toezicht. In het verleden kwamen governance-modellen met twee bestuursorganen voor: een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur.³⁶ In sommige gevallen leidde dit tot de onwenselijke situatie dat het algemeen bestuur feitelijk een toezichthoudende functie had maar ondertussen al dan niet naast het dagelijks bestuur bestuursverantwoordelijk was. Onder meer om die reden is het RvT-model de laatste jaren meer in zwang geraakt. (Toekomstige) sectorale wetgeving schrijft, in ieder geval voor woningbouwcorporaties, een dergelijk model met een afzonderlijke RvT voor. Ook zorginstellingen en stichtingen in het hoger onderwijs hebben doorgaans een afzonderlijke RvT.³⁷ Daarnaast hebben veel semipublieke instellingen een belanghebbendenorgaan, zoals de cliëntenraad bij een zorginstelling, waaraan statutair bepaalde rechten zijn toegekend. Het belanghebbendenorgaan heeft naast het recht bepaalde bestuursbesluiten goed te keuren doorgaans het recht om een lid van de RvT voor te dragen.

De RvT van semipublieke instellingen heeft op grond van huidige en toekomstige sectorwetgeving en codes een zware rol. Van de RvT wordt verlangd dat hij voldoende tegenwicht biedt aan het bestuur.³⁸ Vanuit de politiek klinkt een roep om verdere versterking van intern toezicht en interne tegenmacht (*countervailing powers*). Ook de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) stuurt in een recent rapport aan op het zelfcorrigerend vermogen van semipublieke instellingen door middel van versterking van interne *checks and balances*, waarbij aan de RvT een belangrijke rol wordt toegedicht.³⁹

De RvT van een semipublieke instelling heeft vanwege zijn rol vergaande bevoegdheden. Deze bevoegdheden gaan verder dan de bevoegdheden van een RvT van een "gewone" stichting maar ook verder dan de bevoegdheden van een RvC van een "gewone" vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, NV of BV. De positie en de rol van de RvT van een stichting in de semipublieke sector lijkt nog het meest op die van de RvC van een structuurvennootschap (of structuurcoöperatie). De leden van de RvT benoemen zichzelf middels een systeem van coöptatie waarbij één of meer leden vertegenwoordigers zijn van belanghebbenden van de stichting (cliënten of huurders). Dit alles neemt niet weg dat de RvT evenals de RvC van een structuurvennootschap bij de uitoefening van zijn bevoegdheden autonoom dient te handelen vanuit de toezichthoudende taak die - als gezegd - gericht moet zijn op het belang van de stichting. Leden van de RvT dienen daarbij normen voor goed toezicht in acht te nemen, zoals de norm van onafhankelijkheid. Zo dient een toezichthouder die op voordracht van of door een belanghebbendenorgaan is benoemd zich zonder last of ruggespraak op te stellen. Evenals bij andere soorten stichtingen houdt de taak van de RvT concreet in dat hij zich met in achtneming van normen van goed toezicht richt op (toezicht op) verwezenlijking van het stichtingsdoel.

Kemp en Schwarz noemen de combinatie van bevoegdheden die de RvT van een woningcorporatie heeft "doorslaggevende bevoegdheden". Het gaat om de bevoegdheid om: (1) het bestuur te benoemen, te schorsen en te ontslaan; (2) belangrijke bestuursbesluiten goed te keuren; (3) de jaarrekening vast te stellen; en (4) nieuwe leden van de RvT te benoemen.⁴⁰ Anders dan Kemp en Schwarz meen ik dat deze bevoegdheden - mede gelet op de

toezichthoudende taak van de RvT - niet zo ver gaan dat het **ledenverbod** wordt overtreden; hiermee kan de RvT immers nog niet “beslissend ingrijpen in het wezen van de stichting”.

Zoals Kemp en Schwarz zelf terecht opmerken vloeit uit de wetsgeschiedenis voort dat het bestuur autonoom moet kunnen handelen, zodat een vergaande statutaire instructiebevoegdheid wel strijd met het **ledenverbod** oplevert. Verder wordt het naar mijn mening “gevaarlijk” als de RvT in staat is een ingrijpende wijziging van het doel door te voeren of te bewerkstelligen. Doorgaans zal het bestuur en/of de RvT niet ongeclausuleerd het doel (en daarmee het doelvermogen) van een semipublieke instelling kunnen wijzigen. Voor woningcorporaties is toestemming van de minister voorgeschreven.⁴¹ Voor zover het al wenselijk is een (algemene, ongeclausuleerde) bevoegdheid tot statutenwijziging aan de RvT van een semipublieke instelling toe te kennen, zou ter voorkoming van overtreding van het **ledenverbod** veiligheidshalve de bevoegdheid om het doel ingrijpend te wijzigen in de statuten uitgesloten dienen te worden.

8. Conclusie

Aan een stichtingsorgaan (anders dan het bestuur) kunnen veel bevoegdheden worden toegekend zonder dat sprake is van overtreding van het **ledenverbod**. Spanning met het **ledenverbod** is aan de orde als het stichtingsorgaan het recht heeft het bestuur vergaande instructies te geven waarmee in feite het beleid van de stichting bepaald kan worden. De bevoegdheid om het (hoofd)doel van de stichting te wijzigen levert naar mijn mening eveneens spanning met het **ledenverbod** op, met name indien de stichting vermogen heeft dat is bijeengebracht door anderen dan het wijzigingsbevoegde orgaan. Door de wijziging van het (hoofd)doel, wijzigt de kernactiviteit van de stichting en daarmee de bestemming van het doelgebonden vermogen.

Hiernaast is een ander element van belang voor de vraag of het **ledenverbod** wordt overtreden. 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.

Een RvT 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. De vergaande bevoegdheden van RvT's van semipublieke instellingen hebben als achtergrond de interne positie van de RvT te verzwaren en de *checks and balances* binnen de stichting verder te versterken. Het **ledenverbod** staat hieraan naar mijn mening niet in de weg, zolang de bevoegdheden van de RvT verband houden met zijn intern controlerende rol en zijn toezichthoudende taak.

Voetnoten

Asser/Rensen 2012 2-III*/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.”

De vereniging, coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij worden gezien als corporatieve rechtspersonen. Ook de NV en de BV zijn van oorsprong corporatieve rechtspersonen, waar in plaats van leden aandeelhouders met elkaar samenwerken in een vennootschappelijk verband. De enige wettelijke samenwerkingsverplichting van aandeelhouders is overigens het deelnemen in het in aandelen verdeelde kapitaal, aldus Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA 2013/13.

Instellingen zijn in zekere zin de voorlopers van stichtingen en hebben van oudsher een “vroom” doel, zoals ziekenzorg en armenzorg (*piae causae* of liefdadigheidsinstellingen). Liefdadigheidsinstellingen hadden evenals stichtingen een eigen bestuur, konden zelfstandig contracten sluiten en eigendom verwerven. Zie hierover Schrage, ‘Van verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Een rechtshistorische comparatieve vogelvlucht’, *Stichting en Vereniging* 1992, p. 103 e.v., F.J.G. van Tricht, *De rechtstoestand der stichtingen*, P. Somerwil: Leiden 1884, p. 81

e.v. en p. 113 en Th.A. Versteeg en S. Storm, *De Stichting in het positieve recht*, Amsterdam: Stichting tot bevordering der notariële wetenschap 1954, p. 11 e.v.

- 4 Zie ook B. Kemp en K. Schwarz, 'Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting'', *Ondernemingsrecht* 2013/120, par. 4.

5 Verenigingen kregen pas rechtspersoonlijkheid na Koninklijke erkenning (later: een ministeriële verklaring van geen bezwaar). Deze erkenning geschiedde door goedkeuring van de statuten. Daarbij werd onderzocht of het statutair doel niet in strijd was met het algemeen belang. Bovendien werden de statuten op andere punten beoordeeld. Zo werd nagegaan of de leden van de vereniging op grond van de statuten een behoorlijke positie hadden die voldoende democratisch was. Zie ook *Handelingen II*, 1955-1956, 9e vergadering, 26 oktober 1955, p. 2113.

- 6 Hof 's-Gravenhage 5 december 1980, *NJ* 1983, 4 (KZHMRS) met noot Maeijer en Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1965, *NJ* 1966, 314.

7 Dit blijkt ook uit de uitspraak Hof Amsterdam 20 maart 1953, *NJ* 1953, 317 (Stichting Bond Werkgevers Taxibedrijven).

8 *Handelingen II*, 1955-1956, 10e vergadering, 27 oktober 1955, p. 2129.

9 *Kamerstukken II*, 1953-1954, 3463, nr. 100b, par. 4, p. 6.

10 *Handelingen II*, 1955-1956, 9e vergadering, 26 oktober 1955, p. 2114.

11 *Handelingen II*, 1955-1956, 10e vergadering, 27 oktober 1955, p. 2131. Volgens minister Donker komt men in dit geval "al dicht bij de figuur van leden hoewel men die misschien nog niet helemaal benaderd heeft".

12 *Kamerstukken II*, 1953-1954, 3463, nr. 100b, par. 4, p. 6.

13 *Handelingen II*, 1955-1956, 9e vergadering, 26 oktober 1955, p. 2114.

14 *Handelingen I*, 1955-1956 Deel II, 49ste vergadering, 29 mei 1956, p. 2358.

In gelijke zin: A.F.M. Dorresteyn, 'De stichting binnen concernverband', *TvOB* 2013-5. Uit de jurisprudentie volgt dat het doel van de stichting een prominente rol speelt bij de vraag of haar bestuurders zorgvuldig hebben gehandeld in de zin van art 2:9 BW. In de uitspraak inzake Stichting Freule Lauts van Aysma (Gerechtshof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 en *RO* 2010/80) werd bijvoorbeeld doorslaggevend gewicht toegekend aan het doel en de werkzaamheid van de stichting en de daarbij betrokken belangen van derden. Het veronachtzamen van het doel zal al snel ernstig verwijtbaar zijn en tot aansprakelijkheid van bestuurders leiden. Aldus ook 15 Y. Borrius in haar noten bij Rechtbank Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2010/123 en Rechtbank Amsterdam 11 november 2009, *JOR* 2010/56. Het "doel" moet in dit verband ruim worden gezien. Het hof toetste het niet alleen of de bestuurshandelingen die in het geding waren overeenkomstig het doel waren maar ook of zij *verenigbaar* met het doel waren. Het hof oordeelde in dit geval dat het lopen van (grote) risico's met geleend geld in ieder geval niet verenigbaar was met het doel van de stichting. Zie ook HR 13 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1889 en M.L. Lennarts, *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, p. 145.

16 Zie hierover P.H.N. Quist, 'Weerloos Wezen. Over doelwijziging van een stichting', *WPNR* (2008) 6773. Quist merkt terecht op dat de vraag of een wijziging geoorloofd is, nauw samenhangt met de wijze waarop het stichtingsvermogen tot stand is gekomen en de vraag of de stichting verplichtingen is aangegaan dan wel er ten opzichte van de stichting verwachtingen bestaan, par. 4 onder (iii).

17 In dergelijke gevallen zou een besluit tot wijziging van het doel vernietigbaar kunnen zijn wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid (art. 2:15 lid 1 juncto art. 2:8 BW). Voor een beroep op deze vernietigingsgrond geldt echter een korte termijn van een jaar (art. 2:15 lid 5 BW). Wie de notulen van de vergadering waarin is besloten tot wijziging niet leest zal al snel aanlopen tegen deze vervalttermijn. Of een tijds gedaan beroep slaagt hangt af van het soort stichting, de belangen die de stichting dient en van de vraag hoe ver het nieuwe doel verwijderd is van het oorspronkelijke doel. Een ingrijpende wijziging van het doel van een charitatieve stichting zal al snel

onredelijk zijn aangezien donateurs zich bij hun donatie hebben laten leiden door het voorgehouden doel, aldus Quist t.a.p.

- 18 In gelijke zin onder meer Duynstee. Hij meent dat het **ledenverbod** in ieder geval wordt overtreden 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 zelve, te bepalen middels statutenwijziging dan wel om de stichting te ontbinden”.

J.A.T.J.M. Duynstee, *Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht*. Deventer: Kluwer 1978, p. 40 en 41.

- 19 Door een stichting als bedoeld in art. 2:360 lid 3 BW.

- 20 Asser/Rensen 2012 2-III*/343.

- 21 Zie voor een voorbeeld van een stichting waarbij in de statuten een instructierecht was toegekend: HR 21 mei 2000, *JOR* 2000, 145 (Geestelijk Leider), m.nt. Blanco Fernández.

- 22 B. Kemp en K. Schwarz, ‘Het **ledenverbod**, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel ‘Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting’, *Ondernemingsrecht* 2013/120 par. 7.

- 23 Indien de RvT het instructiebevoegde orgaan is, is het bovendien de vraag hoe deze bevoegdheid zich verhoudt met de toezichthoudende taak. Volgens sommigen verzet de functiescheiding tussen bestuur en RvC bij de vennootschap zich tegen een (algemene) instructiebevoegdheid (Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/413 en F.J.P. van den Ingh, *Concernverhoudingen*, Hoofdstuk ‘De bevelstructuur in de vennootschap’, p. 25, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 69 (2002). Ik ben het eens met Rensen, die meent dat, afhankelijk van de omvang en de invulling van deze bevoegdheden, het juist ondersteunend kan zijn aan de toezichthoudende taak (G.J.C. Rensen, ‘Tegenstrijdig belang in de notariële praktijk’, *WPNR* (2013) 6979).

- 24 Zie H.E. Boschma en B. Snijder-Kuipers, t.a.p., p. 57.

- 25 Rechtbank Rotterdam 11 oktober 1965, *NJ* 1966, 314.

- 26 Aansluiting vindt plaats door het sluiten van een overeenkomst tussen de stichting en de aangeslotene. Aangeslotenen kunnen personen zijn die - bijvoorbeeld jaarlijks - een financiële bijdrage aan de stichting leveren in ruil voor bijvoorbeeld kortingen op evenementen of boeken. Zie hierover M. Koelemeijer in *Handboek Stichting en Vereniging*, J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red) Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 65.

- 27 Het vermogen van een stichting administratiekantoor is doorgaans per saldo nihil. De aandelen en de economische aanspraak daarop van de certificaathouders kunnen tegen elkaar weggestreept worden. Er zullen bovendien normaal gesproken geen andere belanghebbenden (begunstigden) zijn dan de certificaathouders zelf, dus de gang naar de rechter zal niet snel ondernomen worden.

- 28 Zie ook L.G.H.J. Houwen, ‘Een goed gesprek over good governance’, *TvOB* 2014/1 waar hij ook aangeeft dat niet te snel voorbij gegaan moet worden aan de aard van de lidmaatschapsverhouding.

- 29 Voor de coöperatie is dit bepaald in art. 2:57 lid 2 BW, voor de NV in 2:140 lid 2 BW en voor de BV in art. 2:250 lid 2 BW.

- 30 Uiteraard zijn algemene beginselen zoals art. 2:8 BW wel van toepassing.

- 31 Zie ook noot 23 hiervoor.

- 32 Concept MvT p. 28.

- 33 Concept MvT p. 29.

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

- 35

Een andere term voor deze instellingen is “maatschappelijke ondernemingen”. Zie hierover R. Helder, ‘De juridische infrastructuur van de maatschappelijke onderneming’, Den Haag: Sdu uitgevers 2013, p. 22 e.v.

- 36 Zie over de (enigszins hypothetische) vraag of een algemeen bestuur het **ledenverbod** kan overtreden Pitlo/ Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 671.
- 37 Zie hierover ook C.H.C. Overes, ‘Worstelen met governance van semipublieke instellingen’, *WPNR* (2013) 6996.
- 38 Zie onder meer de in november 2013 door het Centraal Planbureau aan de Ambtelijke Commissie Vernieuwing Publieke Belangen uitgebrachte notitie.
- 39 WRR Rapport *Van tweeluik naar driehoeken* aangeboden aan de regering op 14 mei 2014 (www.wrr.nl). Dit rapport is een vervolg op *Een lastig gesprek* van de Commissie Behoorlijk Bestuur uit 2013.
- 40 B. Kemp en K. Schwarz, ‘Het **ledenverbod**, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel ‘Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting’, *Ondernemingsrecht* 2013/120, par. 9.
- 41 Zie ook B. Kemp en K. Schwarz, ‘Het **ledenverbod**, de governance van stichtingen en het wetsvoorstel ‘Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting’, *Ondernemingsrecht* 2013/120, par. 9.