

13 De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR): het antwoord op “incidenten” bij stichtingen?

Marleen van Uchelen-Schipper

1. Inleiding

De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (“WBTR”) is, zoals veel wetgeving, incident gedreven.¹ In het bijzonder is deze wet een reactie op incidenten bij semipublieke instellingen. Dit zijn door de overheid bekostigde woningcorporaties, zorginstellingen en (hoge-)scholen, die doorgaans de rechtsvorm van een stichting hebben. Bij deze voorvallen was sprake van bestuurders die te veel ruimte kregen om risicovolle handelingen te verrichten (Vestia, Rochdale) en intern toezicht dat te veel op afstand stond (Meavita). Het voornaamste doel van de WBTR is dan ook om het bestuur en interne toezicht bij stichtingen en verenigingen verder te professionaliseren. De wetgever borduurt met deze wet voort op het advies van de Commissie Halsema waarin het belang van voldoende interne tegenspraak wordt benadrukt.²

De WBTR is op 1 juli 2021 in werking getreden en heeft een breed bereik. De nieuwe governanceregels gelden voor alle soorten stichtingen, verenigingen en coöperaties; van culturele instellingen tot sportverenigingen en van pensioenfondsen tot landbouwcoöperaties. In deze bijdrage beperk ik mij tot stichtingen. Ik ga in op de vraag of de WBTR een adequaat antwoord is op incidenten die zich bij stichtingen (kunnen) voordoen. Allereerst ga ik in paragraaf 2 in op de bijzonderheden van de stichting. In paragraaf 3 komen de nieuwe regels van de WBTR voor stichtingen aan de orde, waarna ik in paragraaf 4 sectorale aanvullingen en andere aanvullende regels, die zijn aangekondigd, bespreek. Ik sluit in paragraaf 5 af met een conclusie.

2. Bijzonderheden van de stichting

De stichting is een rechtsvorm die van oorsprong een aantal bijzonderheden kent. Deze bijzonderheden betreffen onder andere het governance-model, de bescher-

¹ Een ander voorbeeld van incident gedreven wetgeving is de Wet ongewenste zeggenschap telecommunicatie die een directe reactie is op de poging van América Móvil om KPN over te nemen.

² *Kamerstukken I 2020/21, 34491, C, p. 1-2* waarin de Minister voor Rechtsbescherming verwijst naar het Rapport van september 2013 van de Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in de semipublieke sector (Commissie Halsema), *Een lastig gesprek*.

ming van het stichtingsvermogen en het ontslagcorrectiemechanisme. Voordat ik naga in hoeverre de wetgever daarmee rekening heeft gehouden in verband met de WBTR, schets ik in deze paragraaf wat de bijzondere kenmerken van de stichting inhouden.

2.1 *Governancemodel*

Stichtingen hebben – anders dan BV's, NV's, verenigingen en coöperaties – geen algemene vergadering van aandeelhouders of leden. Op grond van het stichtingenrecht³ volstaat een bestuur, een tweede orgaan is niet vereist. Voor sommige soorten stichtingen is in sectorregels een raad van toezicht (“RvT”) voorgeschreven. In ieder geval kennen zorginstellingen die – kort gezegd – door de overheid worden bekostigd, een RvT. Ook woningcorporaties moeten een RvT instellen, die daar overigens raad van commissarissen (“RvC”) wordt genoemd.⁴ Pensioenfondsen en scholen in het primair onderwijs kunnen in plaats van een RvT ook kiezen voor een monistisch bestuursmodel (*one tier board*) met uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Voor kleinere stichtingen, bijvoorbeeld in de culturele sector, zijn dergelijke modellen vaak te zwaar.⁵ Een alternatief governancemodel dat daar vaak wordt gebruikt is het model met een bestuur en een (titulaire) directie.⁶

De RvT was tot 1 juli 2021, anders dan de RvC van BV's en NV's, in het stichtingenrecht niet geregeld.⁷ Wel bevatten codes bepalingen en uitwerkingen voor goed bestuur en toezicht. Voor veel governancecodes, zoals de Governancecode Zorg en de Governancecode Woningcorporaties, is het RvT-model het uitgangspunt. Dit model gaat er van uit dat de RvT bestuurders kan benoemen en deze – zo nodig – kan schorsen en ontslaan. Doorgaans voorziet de RvT in zijn eigen opvolging (coöptatiesysteem). Ook dit werkt anders dan bij andere rechtspersonen waar bestuurders en commissarissen in beginsel door de algemene vergadering worden benoemd en ontslagen. Veel codes bepalen dat leden van de RvT voor een termijn van maximaal vier jaar worden benoemd en daarna nog een keer voor dezelfde maximale termijn kunnen worden herbenoemd. Tot slot bevatten codes allerlei bepalingen die moeten zorgen voor een optimale samenstelling van de RvT. Dergelijke *good governance*-bepalingen zijn belangrijk omdat een orgaan dat toeziet op de RvT ontbreekt. Leden van de RvT moeten zichzelf en elkaar onderling scherp houden.

Een stichting kan ook andere organen instellen, zoals een deelnemersraad of een vergadering van aangeslotenen. Hierbij dient steeds het zogenoemde “ledenverbod” in acht te worden genomen. Dit verbod houdt kortgezegd in dat een stichting

3 Titel 6 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

4 De wet staat bij de stichting uitdrukkelijk beide termen, “raad van commissarissen” of “raad van toezicht”, toe. Woningcorporaties zijn overigens, anders dan de naam doet vermoeden, meestal stichtingen. Zie ook Governancecode Woningcorporaties 2020, p. 11.

5 J. Stolmeijer-Arends, ‘De kracht van het bestuur-model’, *Tijdschrift Goed Bestuur & Toezicht* 4 2020, p. 50-56.

6 De (statutaire) bestuurders zijn in dit model eindverantwoordelijk voor de directeuren.

7 Met uitzondering van de bepaling waarin staat dat het toezichthoudend orgaan de jaarrekening vaststelt, tenzij de statuten anders bepalen, en de bepaling over het maximumaantal commissariaten bij grote stichtingen.

geen orgaan mag hebben dat wat betreft samenstelling en zeggenschapsrechten op één lijn is te stellen met een algemene ledenvergadering van een vereniging. De inhoud van het ledenverbod is niet vastomlijnd. Het is uiteindelijk aan de rechter om te bepalen of het ledenverbod in een concreet geval wordt overtreden maar hierover zijn weinig uitspraken geweest.⁸ Dat lijkt te betekenen dat in de praktijk niet vaak een beroep op overtreding van het ledenverbod wordt gedaan. De uiterste consequentie van overtreding van het ledenverbod is dat de rechtbank de stichting kan ontbinden, maar de rechtbank stelt de stichting dan eerst in de gelegenheid om de statuten aan te passen zodat van overtreding van het verbod geen sprake meer is.

2.2 *Bescherming van het stichtingsvermogen*

Stichtingen hebben een doelgebonden vermogen: het stichtingsvermogen is bestemd om het doel van de stichting te verwezenlijken. Dit vermogen kan worden gevormd door hetgeen de oprichter heeft ingebracht, door geld dat de stichting verdient met haar activiteiten, door bijdragen van aangeslotenen, donaties, subsidies en/of andere overheidsbijdragen. Dergelijke gelden komen ten goede aan het stichtingsdoel en kunnen niet zomaar een andere bestemming krijgen. Uitgangspunt van de wet is dan ook dat een statutenwijziging, waaronder een doelwijziging, uitdrukkelijk moet zijn toegestaan. Als het bestuur – al dan niet na goedkeuring van de RvT – het doel mag wijzigen, dient het daarbij zorgvuldig te zijn ten opzichte van de belanghebbenden. Of een wijziging geoorloofd is hangt af van verschillende factoren, zoals het type stichting, de betrokken belangen en de herkomst van het vermogen. Zo kan wijziging van het doel van een stichting die een zeldzame ziekte bestrijdt en voor dat doel allerlei donaties heeft ontvangen, ongeoorloofd zijn. Of een wijziging geoorloofd is, hangt ook af van de aard van de wijziging en de vraag hoe ver het nieuwe doel afligt van het oorspronkelijke doel. Tot slot is relevant in hoeverre het oorspronkelijke doel nog bereikt kan worden. Als de hiervoor genoemde zeldzame ziekte niet meer voorkomt, zou het bestuur bijvoorbeeld wel in redelijkheid kunnen besluiten om het doel aan te passen en daarmee het vermogen te bestemmen voor de bestrijding van een andere, bij voorkeur zo veel mogelijk verwante ziekte.⁹

Anders dan voor BV's en NV's kent de wet voor stichtingen specifieke vermogensbeschermende bepalingen. Zo mag het bestuur van een stichting een aantal in de wet genoemde risicovolle rechtshandelingen slechts verrichten als de statuten dat uitdrukkelijk toelaten. Het gaat dan bijvoorbeeld om het verkrijgen van onroerend goed of het zich borg stellen voor een schuld van een ander. En als het bestuur bevoegd is om dergelijke handelingen te verrichten, kunnen daaraan voorwaarden worden verbonden. Zo kan bij een stichting met een RvT-model bijvoorbeeld goedkeuring door de RvT worden voorgeschreven. Anders dan bij

⁸ Zie uitgebreider M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.7.

⁹ Zie hierover ook M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 4.4.

BV's en NV's geldt een dergelijke interne goedkeuring ook ten opzichte van derden. Zij werkt door in de bevoegdheid van het bestuur om de stichting te vertegenwoordigen, tenzij de statuten anders bepalen. De wederpartij van de stichting, bijvoorbeeld de verkoper van een pand, zal zich dus ervan op de hoogte moeten stellen dat de benodigde interne goedkeuring is verkregen. Zonder die goedkeuring is de stichting niet gebonden aan het koopcontract. Bij BV's en NV's zou dat in beginsel wel het geval zijn. De bescherming van stichtingen gaat hier dus verder.

Een stichting kan niet zomaar worden omgezet in een ander soort rechtspersoon, zoals een BV. Een dergelijke rechtsvormwijziging is slechts mogelijk met toestemming van de rechter, die zal eisen dat er een klem wordt gezet op het vermogen dat de stichting heeft bij omzetting, zodat dat vermogen voor het oude stichtingsdoel bestemd blijft. Kenmerkend voor de stichting is ook het zogenoemde uitkeringsverbod. Uitkeringen uit het vermogen kunnen slechts worden gedaan als zij in overeenstemming zijn met het stichtingsdoel. Overtreding van het uitkeringsverbod blijkt in de praktijk soms lastig vast te stellen. Zo zou bijvoorbeeld beargumenteerd kunnen worden dat een bestuurdersbeloning waar geen gelijkwaardige tegenprestatie tegenover staat onder het uitkeringsverbod valt. Maar als al vastgesteld kan worden dat sprake is van overtreding van het uitkeringsverbod, is het de vraag wie daar iets aan doet of kan doen.

2.3 Correctiemechanisme

Vanwege het ontbreken van een algemene vergadering, kent het stichtingenrecht van oudsher een wetsartikel dat een correctiemechanisme biedt.¹⁰ Belanghebbenden kunnen via de rechtbank ontslag en schorsing van een bestuurder bewerkstelligen als deze tekort schiet in het beheer van het stichtingsvermogen. Hiermee biedt de wet een vorm van extern toezicht op het bestedingsbeleid. Niet iedere belanghebbende kan zomaar een verzoek indienen bij de rechtbank. Uit de rechtspraak volgt dat de rechter hierbij een middenweg zoekt tussen twee uitersten. Dit middel mag enerzijds geen *actio popularis* zijn, waarmee iedereen een bestuurder in rechte kan betrekken. Anderzijds mag het wettelijke middel niet slechts een papieren tijger zijn.¹¹ Voormalige bestuurders en partijen die een financiële relatie met de stichting hebben, zoals uitkeringsgerechtigden en subsidieverstrekkers, worden in ieder geval als belanghebbenden aangemerkt. In de praktijk wordt een vordering tot ontslag door de rechter bijvoorbeeld toegewezen als een bestuurder het stichtingsvermogen structureel aanwendt voor iets anders dan waarvoor het is bedoeld en daarmee het belang van de stichting schaadt.¹²

10 Artikel 2:298 BW.

11 Zie hierover de conclusie van AG Timmerman in HR 12 oktober 2018, RO 2018/77 (ANV Fondsen).

12 Zie Hof Amsterdam 9 juni 2020, RO 2020/62.

3. Nieuwe regels op grond van de WBTR

Op 1 juli 2021 is de WBTR in werking getreden.¹³ Het van kracht worden van de WBTR betekent dat het stichtingenrecht nu een aantal aanvullende governance-regels bevat. Veel nieuwe regels komen overeen met de regels voor NV's en BV's. Zo is de taak van het bestuur en de RvT nu in de wet vastgelegd en bevat de wet voor bestuurders en RvT-leden van stichtingen een tegenstrijdig belangregeling. Ook de regeling over de *one tier board*, belet en ontstentenis en meervoudig stemrecht zijn in de basis gelijk aan de regels voor andere rechtspersonen. De wetgever heeft op een paar punten rekening gehouden met het bijzondere karakter van de stichting. Zo wordt het hiervoor genoemde correctiemechanisme dat specifiek is voor de stichting uitgebreid: ook leden van de RvT kunnen door de rechter op verzoek van belanghebbenden worden ontslagen.

3.1 Raad van toezicht

De WBTR biedt een wettelijke grondslag voor de RvT, die in de wet ook raad van commissarissen wordt genoemd. Net als de RvC van andere rechtspersonen heeft de RvT van een stichting tot taak om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden onderneming (of "organisatie" als de stichting geen onderneming heeft). Daarnaast heeft de RvT als taak om het bestuur "met raad terzijde te staan", met andere woorden: gevraagd en ongevraagd te adviseren. De WBTR bevat voor zowel bestuurders als leden van de RvT een wettelijk richtsnoer. Bij de vervulling van hun taak moeten zij zich richten naar het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming of organisatie. Wat dit stichtingsbelang concreet inhoudt, wordt mijns inziens voornamelijk bepaald door het doel van de stichting.

De regeling van de WBTR is verder flexibel: de statuten kunnen aanvullende bevoegdheden toekennen aan de RvT. De statuten dienen in ieder geval te bepalen op welke wijze benoeming en ontslag van de leden van de RvT plaatsvindt, maar in het midden wordt gelaten hoe deze regeling er uit ziet. De wet biedt dus nog steeds ruimte aan een eigen op maat gemaakte uitwerking van het governance-model. Zo kan in de statuten worden bepaald dat de RvT bestuurders benoemt en ontslaat, maar dat hoeft niet. Wel is het wettelijke uitgangspunt dat de RvT bevoegd is om iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De statuten kunnen hiervan afwijken en als er een ander orgaan bevoegd is tot benoeming, dan kan dit orgaan de schorsing opheffen.

Ik meen dat het is nuttig is dat de RvT van de stichting nu een wettelijke basis heeft. Wel is het van belang om in een concreet geval steeds na te gaan of een stichtingsorgaan met een bijzondere benaming, zoals "raad van beheer" of "raad van wijzen", kwalificeert als een RvT in de zin van de wet. Dat is het geval als het

¹³ Alleen de bepalingen van de *one tier board* zullen nog op een later moment in werking treden, zie paragraaf 3.2.

orgaan doorlopend toezicht houdt op het beleid van het bestuur en bevoegdheden heeft die gericht zijn op de uitvoering van deze toezichthoudende taak. Niet de naam maar de taak van het orgaan is doorslaggevend voor de vraag of er sprake is van een RvT. Een raad van advies zou naar mijn mening slechts een adviserende taak moeten hebben. Als de taak van de raad van advies meer is dan alleen adviseren, kan deze in de buurt komen van een RvT. Relevant is of het orgaan in de statuten bevoegdheden heeft gekregen die zijn gericht op het uitoefenen van de toezichthoudende (commissariële) taak. Een voorbeeld daarvan is de bevoegdheid om bestuurders te schorsen of de bevoegdheid om (vooraf) bepaalde bestuursbesluiten goed te keuren, zoals vaststelling van de jaarrekening of statutenwijziging. Een raad van advies die in de statuten eigen bevoegdheden heeft gekregen waarmee bestuurders gecorrigeerd kunnen worden, zoals bijvoorbeeld schorsingsbevoegdheid, zal feitelijk een RvT zijn en kan zichzelf dan ook beter zo noemen. De kwalificatie RvT betekent immers dat leden van de RvT kunnen worden aangesproken in geval van onbehoorlijk toezicht (zie paragraaf 3.7 hierna).

De WBTR bevat een aantal *good governance*-regels die (ook) in sommige codes te vinden zijn. Zo bepaalt de wet dat bij een aanbeveling of voordracht tot benoeming van een lid van de RvT van de kandidaat worden meegedeeld zijn leeftijd, zijn beroep en de betrekking die hij bekleedt of heeft bekleed voor zover die van belang zijn in verband met de vervulling van de taak van een lid van de RvT. Bovendien wordt vermeld aan welke rechtspersonen hij reeds als commissaris of lid van de RvT is verbonden. De aanbeveling of voordracht tot benoeming moet worden gemotiveerd. Bij herbenoeming moet rekening worden gehouden met de wijze waarop de kandidaat zijn taak als lid van de RvT heeft vervuld.

Het beschikken over voldoende en actuele informatie is essentieel om goed toezicht te kunnen houden. De WBTR bepaalt daarom dat het bestuur de RvT tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens verschaft. Bovendien moet het bestuur de RvT ten minste een keer per jaar schriftelijk op de hoogte stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid, van de algemene en financiële risico's en van de gebruikte beheers- en controlesystemen. Overigens is tijdens de parlementaire behandeling opgemerkt dat dit voorschrift stichtingen niet verplicht om een dergelijk beheers- en controlesysteem in te voeren.

Wat de WBTR – naar mijn mening ten onrechte – niet regelt voor stichtingen is de mogelijkheid dat een orgaan aan het bestuur instructies geeft. Voor BV's en NV's is dit wel in de wet geregeld. De statuten van een BV kunnen bijvoorbeeld bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan (algemene vergadering of RvC) ten aanzien van het beleid op nader aan te geven terreinen, zoals bijvoorbeeld financiën. Het is niet duidelijk of de statuten aan de RvT van een stichting een dergelijke instructiebevoegdheid kunnen geven. De wet staat het niet uitdrukkelijk toe maar sluit het ook niet uit. Het is in ieder geval goed om terughoudendheid te betrachten en aan de RvT, als dat wenselijk is, slechts instructiebevoegdheden toe te kennen die bij zijn toezichthoudende taak passen.

RvT-leden dienen te voorkomen dat zij zich op bestuursterrein gaan begeven. RvT-leden lopen dan het risico te worden gezien als beleidsbepaler en kunnen dan als zodanig in rechte worden aangesproken.¹⁴

Iets anders waar de WBTR over zwijgt, is jaarlijkse decharge. Mijns inziens had de WBTR voor stichtingen, net als voor BV's en NV's, duidelijk moeten maken dat vaststelling van de jaarrekening geen decharge van bestuurders en RvT-leden impliceert. Nu blijft dat in het midden. Aangenomen moet worden dat, ook zonder wettelijke bepaling, een RvT die bestuurders wil dechargeren daarvoor een afzonderlijk uitdrukkelijk besluit moet nemen. Wat ook niet duidelijk is, is of de RvT zijn eigen leden kan dechargeren. Beargumenteed kan worden dat decharge door RvT-leden over en weer aan elkaar geen zin heeft omdat de rechter een dergelijke decharge in een aansprakelijkheidsprocedure opzij kan zetten vanwege het feit dat een dergelijk dechargebesluit in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.¹⁵

3.2 *Bestuur en one tier board*

Voor stichtingen die hebben gekozen of in de toekomst gaan kiezen voor een monistisch bestuur (*one tier board*) bevat de WBTR een aantal basisregels. Een van die regels houdt in dat niet-uitvoerende bestuurders toezicht houden op de taakuitoefening door bestuurders.

Als gezegd komt de *one tier board* vooral in de pensioensector voor en soms in het (primaire) onderwijs. Ook andere soorten stichtingen kunnen een *one tier board* instellen. De *one tier board* kan een alternatief zijn voor een stichting die nu een bestuur+directie model hanteert. De directeur wordt dan in plaats van een titulair directeur, die handelt onder de eindverantwoordelijkheid van het bestuur, een statutair bestuurder met uitvoerende taken, die medeverantwoordelijkheid draagt voor het bestuursbeleid. De *one tier board* kan ook een alternatief zijn voor het RvT-model. Vaak wordt als voordeel genoemd dat de niet-uitvoerende bestuurders over meer informatie beschikken dan leden van de RvT, mede omdat zij samen met de uitvoerende bestuurders vergaderen. Daar kan tegenin worden gebracht dat goede informatievoorziening en gezamenlijk vergaderen ook geregeld kunnen worden in een RvT-model. Het belangrijkste juridische verschil is dat niet-uitvoerende bestuurders, anders dan leden van de RvT, medeverantwoordelijk zijn voor de collectieve bestuurstaak. Elk van de bestuurders (uitvoerend of niet-uitvoerend) kan ook worden aangesproken voor onbehoorlijk bestuur, waarover hierna meer. Een lid van de RvT is samen met zijn medeleden verantwoordelijk voor de toezichthoudende taak. Hoewel de toezichthoudende taak in het verlengde van de bestuurlijke taak ligt, zal aansprakelijkheid voor onbehoorlijk bestuur

¹⁴ Bovendien kan dan spanning ontstaan met het hiervoor in paragraaf 2.1 genoemde ledenverbod.

¹⁵ M.J. van Uchelen-Schipper, *De rol en positie van de raad van toezicht van de stichting* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 112) (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 8.4. Zie over een bestuurder die zichzelf dechargeerde: Rechtbank Rotterdam 26 augustus 2020, *JOR* 2021/8.

sneller aan de orde zijn dan aansprakelijkheid voor onbehoorlijk toezicht. Een niet-uitvoerende bestuurder kan weliswaar op goede gronden beargumenteren dat hij binnen het bestuur een toezichthoudende taak heeft en kan zich daarmee proberen te disculperen, maar hij is dan inmiddels wel betrokken in een procedure over onbehoorlijk bestuur.

Toch is het naar mijn mening goed dat de wetgever de keuze openlaat en duidelijk maakt wat een *one tier board* inhoudt. Als wordt gekozen voor een *one tier board* moet in de statuten een “kapstok”-bepaling worden opgenomen die inhoudt dat de taken worden verdeeld over uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. De taakverdeling zelf kan in de statuten of in een reglement worden uitgewerkt. Het voorzitterschap van het bestuur kan slechts aan een niet-uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Niet-uitvoerende bestuurders hebben bovendien als taak om voordrachten voor benoemingen van bestuurders te doen en de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen. Net als voor commissarissen of leden van een RvT geldt voor niet-uitvoerende bestuurders dat dit natuurlijke personen moeten zijn.

De invoering van de regeling voor de *one tier board* bij stichtingen (en overigens ook bij verenigingen) is om praktische redenen uitgesteld tot een nader te bepalen datum. De Kamer van Koophandel moet nog de technische mogelijkheid realiseren om in het handelsregister aan te geven of een bestuurder uitvoerend of niet-uitvoerend is. Dat doet er niet aan af dat het in de praktijk nu al mogelijk is om een *one tier board* in te stellen. Een dergelijke *one tier board* zal dus straks moeten voldoen aan de regels van de wet.

3.3 *Verplichte belet en ontstentenisregeling*

De WBTR bepaalt dat de stichtingsstatuten een regeling *moeten* bevatten voor het geval sprake is van ontstentenis of belet van *alle* bestuurders. Van ontstentenis is sprake als een bestuurder ontbreekt als gevolg van zijn ontslag of vrijwillig terugtreden. Bij belet gaat het om situaties waarin een bestuurder zijn functie tijdelijk niet mag uitoefenen door een schorsing of tijdelijk niet kan uitoefenen, bijvoorbeeld door een langdurige ziekte. De statuten *kunnen* een regeling bevatten voor het geval dat een of meer van de bestuurders ontbreken. Als er een RvT is ingesteld moeten de statuten ook een regeling bevatten voor het geval dat alle leden van de RvT ontbreken. Degene die op grond van een ontstentenis- en beletregeling de taken van een bestuurder of lid van de RvT tijdelijk vervult, wordt voor het vervullen van die taken met een bestuurder c.q. lid van de RvT gelijkgesteld.

Bij stichtingen met RvT-model houdt de statutaire regeling vaak in dat bij het ontbreken van alle bestuurders de RvT een tijdelijke beletfunctionaris aanwijst. Vanuit het oogpunt van *good governance* is het naar mijn mening niet wenselijk dat één of meer van de leden van de RvT zelf tijdelijk gaan besturen. Dat leidt er immers toe dat deze persoon tegelijkertijd bestuurt en toezicht houdt op zichzelf. Veel codes belemmeren dit en gaan uit van een zuivere rolverdeling tussen bestuur

en toezicht. Beargumenteerd kan worden dat het mogelijk is dat een lid van de RvT beletfunctionaris wordt als hij terugtreedt uit de RvT, in ieder geval voor de periode van zijn tijdelijke bestuur maar wellicht zelfs langer. Maar als dat leidt tot een incomplete RvT is ook dat niet ideaal. Bovendien verbieden sommige codes, zoals de Governance Code Zorg, deze situatie. Deze code staat niet toe dat iemand die (tijdelijk) bestuurder is geweest weer terugkeert in de RvT.

Stichtingen die nog geen ontstentenis- en beletregeling in hun statuten hebben opgenomen, dienen dit volgens het overgangsrecht bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van de WBTR alsnog te doen.

3.4 Verboden regelingen van meervoudig stemrecht

De stichtingsstatuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem wordt toegekend. Deze regeling mag volgens de WBTR echter niet inhouden dat een bestuurder meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. De achtergrond van deze wetsbepaling, die al in de wet stond voor bestuurders van BV's en NV's, is het beginsel van collegiaal bestuur. Eén bestuurder moet de andere bestuurders niet volledig buiten spel kunnen zetten. Concreet betekent dit dat als het bestuur bijvoorbeeld uit vier personen bestaat, aan één bestuurder maximaal drie stemmen mogen worden toegekend en als het bestuur uit twee personen bestaat elke bestuurder slechts één stem mag hebben. In de hiervoor genoemde voorbeelden mag aan de bestuurder met drie stemmen respectievelijk één stem geen doorslaggevende stem worden toegekend ingeval van staking van stemmen binnen het bestuur omdat dat hetzelfde effect heeft.

Deze bepalingen gelden ook voor de RvT. Aan de voorzitter van de RvT wordt soms een doorslaggevende stem gegeven bij staking van stemmen. Als ieder lid van de RvT één stem heeft en de raad uit ten minste vier personen bestaat, is dit geen probleem. Bij een RvT bestaande uit drie personen lijkt het ook geen probleem, maar staking van stemmen zal zich daar niet voordoen als alle leden in de vergadering aanwezig zijn. Als een van de drie leden van de RvT niet ter vergadering aanwezig is, leidt de doorslaggevende stem van de voorzitter wel tot meervoudig stemrecht. Het is niet duidelijk of de wetgever ook die situatie op het oog had. Gezegd zou kunnen worden dat de andere twee leden in dat geval kunnen voorkomen dat de voorzitter in zijn eentje het besluit kan doordrukken door allebei op de vergadering te verschijnen. Ook kan het ene lid een volmacht geven aan het andere lid om namens hem een stem uit te brengen.

Als er in de statuten een met de WBTR strijdige regeling van meervoudig stemrecht staat, is deze geldig tot uiterlijk 1 juli 2026 of tot de eerstvolgende statutenwijziging na 1 juli 2021, naar gelang welk moment eerst valt.

3.5 *Tegenstrijdig belangregeling*

Hiervoor werden al de vermogensbeschermende bepalingen uit het stichtingenrecht genoemd. Een typische wettelijke regeling die bedoeld is om de rechtspersoon te beschermen, is de tegenstrijdig belangregeling. Het vermogen van een stichting maar ook van een BV of NV kan immers worden uitgehold als een bestuurder een rechtshandeling verricht die gunstig is voor hemzelf maar ongunstig voor de rechtspersoon. Als iemand een pand dat hij in privé bezit voor te veel geld verkoopt aan de rechtspersoon die hij bestuurt, wordt deze rechtspersoon benadeeld en wordt hij zelf bevoordeeld.

Tegenstrijdig-belangregelingen bestaan al voor BV's en NV's, maar de stichting kende tot 1 juli 2021 geen wettelijke tegenstrijdig-belangregeling. Dat dit nog niet eerder was geregeld, is vreemd omdat juist de stichting als rechtsvorm gevoelig is voor "misbruik", gevoeliger nog dan andere rechtsvormen waarbij aandeelhouders of leden een controlerende rol kunnen vervullen. Sinds de inwerkingtreding van de WBTR geldt dat een stichtingsbestuurder die bij een bepaald voorstel een direct of indirect persoonlijk belang heeft, dat tegenstrijdig is met het belang van de stichting, niet mag deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming. Anders gezegd: deze bestuurder mag niet aanwezig zijn bij de vergadering en mag niet meestemmen over het voorstel. Als alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben en er geen RvT is, mogen de bestuurders het besluit toch nemen maar dienen zij de overwegingen om tot het besluit te komen schriftelijk vast te leggen. Die schriftelijke motivatie kan bijvoorbeeld plaatsvinden in de notulen van de vergadering.

Als een stichting een RvT heeft ingesteld en alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, is de RvT het orgaan dat het besluit neemt. Ook op het niveau van de RvT geldt dat leden met een tegenstrijdig belang zich moeten onthouden van deelname aan de vergadering en besluitvorming over dat onderwerp. Als alle leden van de RvT een tegenstrijdig belang hebben, mogen zij niettemin het besluit nemen maar dienen zij dit besluit en de overwegingen om tot het besluit te komen schriftelijk vast te leggen.

3.6 *Ontslag van leden van de RvT via de rechtbank*

Belanghebbenden konden als gezegd al via de rechter het financiële beheer van het bestuur laten toetsen en bestuurders zo nodig laten ontslaan. De WBTR heeft ervoor gezorgd dat ook leden van de RvT op deze manier via de rechter kunnen worden ontslagen. Dat deze wettelijke mogelijkheid nut kan hebben blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak inzake Stichting Dierenambulance Leeuwarden, die is gewezen voor de inwerkingtreding van de WBTR.¹⁶ Een voormalig adviseur van deze stichting liet zich voor het leven aanwijzen tot lid van de RvT. Hij bleef het enige lid van de RvT (ondanks zijn toezegging om naar medeleden op zoek te

¹⁶ Rechtbank Noord-Nederland 22 november 2018, JOR 2019/78 (Dierenambulance Leeuwarden).

gaan) en was op grond van de statuten bevoegd om bestuurders te benoemen en ontslaan. In zijn hoedanigheid van enig lid van de RvT ontsloeg hij het bestuur, zette een bevriende persoon neer en greep daarmee de macht. Vervolgens ging hij de stichting, die een flink vermogen had opgebouwd uit subsidies, giften en legaten voor de dierenambulance, voor een commercieel doel gebruiken, te weten: het exploiteren van een dierencrematorium en een dierenbegraafplaats. De voormalige ambulancemedewerkers werden door de rechter toegelaten tot een procedure, maar konden onder het oude recht niet bewerkstelligen dat deze persoon werd ontslagen als lid van de RvT. De enige wettelijke manier om dit onrechtmatig gebruik tegen te gaan was ontbinding van de stichting te vragen. De rechtbank wees deze rigoureuze maatregel toe en de stichting hield op te bestaan. Onder het nieuwe recht had dit voorkomen kunnen worden aangezien het nu ook mogelijk is om “slechts” het enige lid van de RvT via de rechter te ontslaan.

De WBTR heeft de mogelijkheid om ontslag of schorsing te vragen bij de rechter dus uitgebreid naar leden van de RvT. Bovendien zijn de ontslaggronden verruimd. Op grond van de WBTR kan een bestuurder of een lid van de RvT op verzoek van een belanghebbende of van het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van zijn bestuurderschap/lidmaatschap van de RvT in redelijkheid niet kan worden geduld. Een door de rechtbank ontslagen bestuurder of lid van de RvT kan gedurende vijf jaar na het ontslag geen bestuurder of lid van de RvT van een stichting worden, tenzij hem – mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken – geen ernstig verwijt kan worden gemaakt.

3.7 *Aansprakelijkheid van bestuurders en leden van de RvT*

Tijdens de parlementaire behandeling van de WBTR was veel te doen over aansprakelijkheid van bestuurders en leden van de RvT van niet-commerciële stichtingen, dat wil zeggen stichtingen die geen vennootschapsbelasting betalen. De WBTR brengt in de aansprakelijkheidspositie buiten faillissementssituaties feitelijk weinig verandering. Een bestuurder kan door de stichting, bijvoorbeeld door opvolgende bestuurders, worden aangesproken als de stichting schade heeft geleden door zijn onbehoorlijk bestuur, als dat ernstig verwijtbaar is. Ook leden van de RvT kunnen worden aangesproken voor schade als gevolg van onbehoorlijk toezicht. Blijkens de rechtspraak kon dit voor de invoering van de WBTR al via een omweg.¹⁷ Zowel voor als na de inwerkingtreding van de WBTR geldt dat sprake moet zijn van onbehoorlijke taakvervulling die ernstig verwijtbaar is. Het feit dat een bestuurder of toezichthouder onbezoldigd is, speelt in beginsel geen rol

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126 (Servatius) met noot van U.B. Verboom, waaruit volgt dat leden van de RvT uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen zijn. Daarbij geldt dezelfde aansprakelijkheidstoets en is vereist dat de aangesprokene een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

voor de aansprakelijkheid. Wel kan het een reden zijn voor de rechter om het bedrag van de schadevergoeding te matigen.

De aansprakelijkheidspositie van bestuurders en toezichthouders van stichtingen in faillissementssituaties is wel aangescherpt, maar de nieuwe wettelijke aansprakelijkheidsregeling gaat (terecht) minder ver dan aanvankelijk was voorzien. Bestuurders en leden van de RvT kunnen door de curator worden aangesproken voor het boedeltekort als zij hun taak kennelijk onbehoorlijk hebben vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Slechts voor commerciële stichtingen (die vennootschapsbelasting betalen), grote stichtingen (die een jaarrekening moeten publiceren) en semipublieke instellingen geldt een wettelijk bewijsvermoeden. Dit houdt in dat als het bestuur niet heeft voldaan aan zijn administratieplicht of de jaarrekening te laat heeft gepubliceerd, onbehoorlijke taakvervulling vaststaat en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De desbetreffende bestuurder of toezichthouder die in een procedure wordt betrokken moet dan het tegendeel bewijzen.

4. Sectorale aanvullingen, blijvende knelpunten en te verwachten “oplossingen”?

Ondanks de invoering van de WBTR blijft het mogelijk dat bestuurders en/of toezichthouders tekortschieten in hun taakvervulling en de stichting daardoor benadelen. Regels kunnen dat niet voorkomen. Het is ook na de invoering van de WBTR mogelijk dat een bestuurder zichzelf verrijkt ten koste van de stichting. Dat is soms moeilijk te signaleren en tegen te gaan. De WBTR bevat nieuwe regels voor stichtingen die zijn geënt op de regels voor andere rechtsvormen. Zo is bijvoorbeeld de regeling dat bestuurders en toezichthouders met een tegenstrijdig belang zich moeten onthouden van deelname aan de besluitvorming voor alle rechtspersonen in de basis gelijk. Maar de stichting blijft als rechtsvorm extra kwetsbaar. Juist bij een stichting is het van belang dat het vermogen wordt beschermd tegen uitkeringen die in strijd met het doel worden gedaan, helemaal als de stichting over publiek geld beschikt. Een meerhoofdig bestuur of een tweede orgaan naast het bestuur is volgens algemene regels niet verplicht, maar sectorregels kunnen een RvT of eventueel een *one tier board* voorschrijven.

Niet alle bijzonderheden en kwetsbaarheden van de stichting kunnen worden geadresseerd in algemene wetgeving, zoals de WBTR. Stichtingen worden gebruikt voor de meest uiteenlopende doeleinden en daarbij worden verschillende soorten governance modellen gehanteerd. Om die reden is het van belang dat de algemene regels worden aangevuld met sectorregels en sectorcodes. Met name codes kunnen inspringen op de actualiteit en bevatten specifieke aandachtspunten op het gebied van integriteit, onafhankelijkheid en belangenconflicten voor stichtingen in de desbetreffende sector.

4.1 *Tegenstrijdig belang en belangenverstrengeling*

Hiervoor werd de nieuwe wettelijke tegenstrijdig-belangregeling voor stichtingen genoemd. Sectorale wetten en codes voor stichtingen in bepaalde branches gaan nog verder dan de WBTR en bevatten regels op het gebied van belangenverstrengeling. De Governance Code Cultuur legt uit wat wordt verstaan onder tegenstrijdig belang en belangenverstrengeling. “Tegenstrijdig belang is een zodanig direct of indirect belang van een bestuurder of toezichthouder dat deze niet meer in staat is om de belangen van de (culturele) organisatie op een integere, objectieve en onbevooroordeelde wijze te behartigen.”¹⁸ “Belangenverstrengeling is een situatie waarin een bestuurder of toezichthouder meerdere belangen of functies heeft die elkaar raken.” De Governance Code Cultuur vervolgt: “Belangenverstrengeling kan voor culturele organisaties nuttig en zelfs nodig zijn, bijvoorbeeld in het kader van de fondsenwerving door bestuurders of de netwerkfuncties van toezichthouders. Bepaalde vormen van belangenverstrengeling kunnen ongewenst zijn, bijvoorbeeld als de belangen een zodanige invloed op elkaar hebben dat de onafhankelijkheid van een bestuurder of toezichthouder in het geding komt. Daardoor kan de organisatie worden beschadigd en vertrouwen en/of legitimiteit verliezen.”

Belangenverstrengeling hoeft dus niet direct te leiden tot een tegenstrijdig belang in de zin van de wet. Als iemand bijvoorbeeld bestuurder is van een stichting en ook bestuurder is van de rechtspersoon waarmee de stichting een contract aangaat, hoeft dit nog niet te betekenen dat sprake is van een tegenstrijdig belang. Het aangaan van een contract, bijvoorbeeld een samenwerkingsovereenkomst, kan in het belang van beide partijen zijn. Uit de rechtspraak volgt dat relevant is of de belangen parallel lopen. Zoals hiervoor in paragraaf 3.5 werd omschreven spreekt de WBTR over een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het stichtingsbelang. Dat betekent niet dat het voor de toepasselijkheid van deze wettelijke tegenstrijdig-belangregeling zeker moet zijn dat de betrokken rechtshandeling tot benadeling van de stichting leidt. Voldoende kan zijn dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of de bestuurder zich uitsluitend heeft laten leiden door het stichtingsbelang.

Bestuurders en RvT-leden dienen in situaties van belangenverstrengeling en mogelijk tegenstrijdig belang in ieder geval extra alert en zorgvuldig te zijn. Zo is het soms verstandig om een deskundige in te schakelen teneinde onafhankelijk advies over de voorgenomen transactie of het aangaan van het contract te krijgen. Bovendien is van belang dat bestuurders en RvT-leden zo veel mogelijk openheid over de transactie betrachten. Sommige codes geven hiervoor nadere regels. Codes die een RvT voorschrijven, geven een belangrijke rol aan de RvT en soms ook specifiek aan de voorzitter van de RvT in geval van tegenstrijdig belang van één of

¹⁸ Zie in vergelijkbare zin HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (Bruil).

meer bestuurders. Ook de leden van de RvT zelf kunnen een tegenstrijdig belang hebben. In veel codes wordt bepaald dat een bestuurder of toezichthouder een mogelijk tegenstrijdig belang moet melden bij de voorzitter van de RvT. De RvT beslist dan vervolgens buiten aanwezigheid van de betrokkene of sprake is van een tegenstrijdig belang. In aanvulling op de WBTR bepalen codes ook dat als slechts één van de bestuurders een tegenstrijdig belang heeft, de RvT het bestuursbesluit dient goed te keuren.

4.2 *Transacties met verbonden partijen en het winstuitkeringsverbod*

Een stichting maakt soms onderdeel uit van een groepsstructuur. De stichting kan aandelen houden in een BV en kan verbonden zijn met andere stichtingen via “personele unies”. Dat laatste wil zeggen dat bestuurders of toezichthouders van de ene stichting ook bestuurder of toezichthouder van de andere stichting of rechtspersoon zijn. Soms bevatten de statuten een koppeling door een kwaliteitseis. Groepsstructuren komen in semipublieke sectoren, zoals de zorgsector, regelmatig voor. Deze sectoren kennen externe toezichthouders, zoals de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Autoriteit Woningcorporaties. De NZa heeft recentelijk aangegeven aandacht te hebben voor complexe structuren en transacties met verbonden partijen binnen zo’n structuur.¹⁹ Hoewel er allerlei legitieme, zakelijke motieven kunnen zijn voor concernvorming, mogen “kerstboomstructuren” er volgens de NZa niet toe leiden dat publiek zorggeld “weglekt”.

In november 2020 verscheen een rapport van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en de NZa naar aanleiding van het faillissement van het Slotervaartziekenhuis, een BV die net als een stichting een winstuitkeringsverbod heeft.²⁰ Aanleiding van dit onderzoek waren Kamervragen over de (schijn) van belangenverstrengeling omdat er overeenkomsten waren gesloten met verbonden entiteiten, zoals huurovereenkomsten en dienstverleningsovereenkomsten. Het onderzoek heeft niet uitgewezen dat bij de onderzochte transacties sprake was van onttrekkingen van zorggeld. Wel werd geconcludeerd dat de bestuurders van het Slotervaartziekenhuis bij een aantal transacties de schijn van belangenverstrengeling niet hadden vermeden en dat was verzuimd de RvC om voorafgaande goedkeuring te vragen terwijl zij dit wel hadden moeten doen. Het intern toezichthoudend orgaan zou immers een belangrijke rol moeten spelen bij dit soort transacties.

4.3 *Transparantie-eisen en uitbreiding publicatieplicht*

Bestuurders van een stichting moeten zich kunnen verantwoorden. Als er een RvT of een meerhoofdig bestuur is, moeten bestuurders zich in ieder geval intern verantwoorden. Er bestaat discussie over de vraag of alle stichtingen zich openbaar zouden moeten

¹⁹ Zie hierover het ‘Rapport Fenomeenonderzoek Complexe Juridische Structuren van zorgaanbieders van de Nederlandse Zorgautoriteit’, juni 2021.

²⁰ ‘Faillissement Slotervaartziekenhuis B.V. Onderzoek naar goed bestuur in de periode 2014-2018’, Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd en Nederlandse Zorgautoriteit, november 2020.

verantwoorden over de financiën. Dus: of voor alle stichtingen een publicatieplicht zou moeten gelden. Stichtingen hoeven nu slechts hun jaarstukken via het handelsregister te publiceren als zij een middelgrote of grote onderneming hebben. Bepaalde soorten stichtingen moeten op grond van sectorregels een jaarverantwoording opstellen en publiceren die soms behoorlijk uitgebreid is. Zo moeten sommige semipublieke instellingen in hun jaarverantwoording hun structuur kenbaar maken en informatie geven over hun verbonden partijen. Ook stichtingen die willen kwalificeren als een algemeen nut beogende instelling (ANBI) moeten op grond van regels van de Belastingdienst hun financiële verantwoording publiceren.

In een wetsvoorstel dat in november 2020 verscheen is een regeling opgenomen die consequenties heeft voor stichtingen die nu nog niet verplicht zijn om een jaarrekening of financiële verantwoording op te stellen en openbaar te maken.²¹ Dergelijke stichtingen moeten, als dit wetsvoorstel wet wordt, hun staat van baten en lasten wel openbaar gaan maken bij het handelsregister. Het doel van dit wetsvoorstel is om misbruik van stichtingen tegen te gaan, met name misbruik voor faillissementsfraude, belastingfraude, terrorismefinanciering of witwassen. Ook dit voorstel is incidentgedreven en hierop is veel kritiek gekomen. Een publieke informatieplicht gaat volgens sommigen erg ver. Daarmee worden “goedwillende stichtingen” gedupeerd en bovendien is het de vraag wat deze regels zullen opleveren. Een betere oplossing is wellicht om slechts een beperkt aantal instanties toegang te geven tot deze gegevens door middel van een niet-openbaar deel van het handelsregister. Het is bovendien niet altijd zeker of de cijfers betrouwbaar zijn, want de balans en staat van baten en lasten hoeven niet te worden voorzien van een accountantsverklaring. Het is dus maar de vraag of dit voorstel misbruik van de stichting daadwerkelijk tegengaat.

5. Afsluiting

De winst van de WBTR is dat aan bestuurders en toezichthouders van stichtingen nu meer duidelijkheid wordt geboden over hun taken en bevoegdheden binnen het gekozen governance-model. De wetgeving voor stichtingen loopt nu meer in de pas met die voor NV's en BV's, bijvoorbeeld op het gebied van tegenstrijdig belang. Ook biedt de WBTR meer mogelijkheden aan belanghebbenden om, via de rechter, corrigerend op te treden. In sommige gevallen – bijvoorbeeld als het stichtingsvermogen wordt aangewend in strijd met het doel – kan een bestuurder of toezichthouder op verzoek van een belanghebbende worden geschorst en ontslagen. Bestuurders en leden van de RvT van een semipublieke instelling konden al worden aangesproken voor onbehoorlijke taakvervulling indien deze ernstig verwijtbaar is. Het wettelijk bewijsvermoeden dat de curator in sommige faillissementssituaties in handen heeft, geldt slechts voor grotere stichtingen die een jaarrekening moeten publiceren en voor semipublieke instellingen.

²¹ Voorstel van de Wet transparantie maatschappelijke organisaties, *Kamerstukken II*, 2020/21, 35646, nr. 2.

De WBTR bevat enkele bepalingen die interne tegenspraak kunnen versterken, maar regels kunnen nooit volledig incidenten met ontspoorde bestuurders of toezichthouders voorkomen. Sectorregels en codes kunnen voor sommige soorten stichtingen nuttige aanvullingen bevatten en kunnen inspelen op de actualiteit. Maar de stichting is en blijft als bijzondere rechtsvorm gevoelig voor misbruik en ongeoorloofde vermogenstoe-eigening. Dat is inherent aan de rechtskenmerken van de stichting: een doelvermogen waarin een algemene vergadering ontbreekt. Anderzijds maken die kenmerken wel dat het een flexibele rechtsvorm is, waarin ruimte is voor governance op maat.