

# Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het Wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting'

120

Het ledenverbod is een materieel kenmerk van de stichting, neergelegd in artikel 2:285 lid 1 BW. In oorsprong bestreed dit verbod het misbruik van stichtingen ter omzeiling van het preventief toezicht bij oprichting van een vereniging. Uit de parlementaire geschiedenis bij de codificatie van de stichting blijkt het ledenverbod vooral te zien op autonomie en autocratische positie van het bestuur binnen de stichting, bij welk orgaan de hoogste macht berust. In de literatuur kan een tweetal visies op de inhoud van het ledenverbod worden onderscheiden, namelijk de dualistische en typologische leer. De dualistische leer houdt in dat er naast het bestuur geen ander orgaan aanwezig kan zijn dat het bestuursbeleid op beslissende wijze kan beïnvloeden, zoals een ledenvergadering dat binnen een vereniging kan. Voorstanders van de typologische leer menen dat het typologische begrip 'lidmaatschap' het uitgangspunt is voor het 'lid' zijn van de stichting. Typologisch is een lidmaatschap een band die in vrijheid kan worden aangegaan en steeds door opzegging kan worden beëindigd. De auteurs concluderen, op grond van de parlementaire geschiedenis, dat het ledenverbod voortvloeit uit de dualistische leer.

In deze benadering blijkt het ledenverbod op gespannen voet te staan met het moderne gebruik van de stichting als rechtsvorm voor een maatschappelijke onderneming. Stichtingen kennen geregeld een raad van toezicht, waar vaak doorslaggevende bevoegdheden aan toegekend zijn. Illustratief is in dit verband het Wetsvoorstel 'Herziening toegelaten instellingen volkshuisvesting', waar een raad van toezicht met vergaande bevoegdheden verplicht wordt voor woningcorporaties, ook in stichtingsvorm. De conclusie is dat deze inrichting op gespannen voet staat met het ledenverbod. De auteurs menen dat het, vooral met het oog op de rechtszekerheid, van belang is om deze spanning te elimineren en doen daartoe enige aanzetten.

## 1. Inleiding

De stichting als rechtsvorm wordt met name gekenmerkt door het ledenverbod. In het ontwerp van Meijers en de

daaropvolgende parlementaire discussies werd het onderscheid tussen vereniging en stichting primair gezocht in het ontbreken van leden bij de stichting en inmiddels is algemeen aanvaard dat het ledenverbod bij stichtingen deze rechtsvorm scherp onderscheidt van alle andere rechtspersonen naar privaatrecht. Recentelijk lijkt zich in de benadering van de stichting echter een stille revolutie te hebben voltrokken, waarbij het ledenverbod naar de achtergrond is gemanoeuvreerd en de aandacht met name uitgaat naar verbetering van de 'governance', waarbij men al snel uitkomt op de voordelen die een dualistische bestuursstructuur biedt. Typerend is in dit verband de voorgestelde 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting', die thans aanhangig is bij de Eerste Kamer.<sup>2</sup> In dit voorstel wordt onder meer, ingegeven door de recente schandalen bij woningcorporaties, de positie van de raad van toezicht versterkt om een krachtige dualistische structuur te creëren en zodoende het interne toezicht te verbeteren. Opvallend is dat in de parlementaire geschiedenis, bij de toepassing van deze structuur op de woningbouwcorporatie in de vorm van een stichting, tot nog toe geen aandacht is besteed aan het ledenverbod, terwijl dit ledenverbod onzes inziens juist in de weg staat aan het creëren van een dualistische structuur. De voorgestelde wetsherziening staat op gespannen voet met het ledenverbod. In dit artikel zullen wij de inhoud en strekking van het ledenverbod nader beschouwen aan de hand van de parlementaire geschiedenis en de verschillende in de literatuur ontwikkelde visies. Vervolgens brengen wij onze bevindingen in verband met de inrichtingsvoorstellen die worden aangetroffen in het Wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting'.<sup>3</sup> De conclusie is dan dat het zo niet kan.

## 2. Het rechtskarakter van de stichting

Het rechtskarakter van de stichting is lang omstreden geweest. Een en ander hing samen met het feit dat onder deze paraplu een bonte verzameling organisatorische verbanden moest worden geschaard die allen op zekere wijze karaktertrekken vertoonden met wat wel als een stichting werd aangemerkt. Daarbij kwam het dogmatisch probleem van het verlenen van rechtspersoonlijkheid aan een verschijningsvorm die behoorde tot wat wel werd aangeduid als de 'universitatis rerum', dus als iets dat geen tekenen van leven vertoont, een vermogen dat voortdurend bestemd wordt tot een bepaald nuttig doel en dat, geen wezenlijke eigenaar

<sup>1</sup> Bastiaan Kemp is werkzaam als advocaat te Den Haag en schrijft een proefschrift over de positie van de aandeelhouder binnen de kapitaalvennootschap. Kid Schwarz is als hoogleraar Ondernemingsrecht verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Maastricht.

<sup>2</sup> Kamerstuknummer 32769.

<sup>3</sup> Hetzelfde uitgangspunt wordt overigens onder meer ook aangetroffen in de Zorgbrede Governance Code 2012, waarmee maatschappelijke ondernemingen in de zorg van doen hebben.

hebbende, toch rechtspersoonlijkheid verkrijgt.<sup>4</sup> Codificatie van de stichting is van relatief recente datum.

De discussie over aard en wezen van de stichting en zijn rechtskarakter werd voorlopig beëindigd bij de eerste wettelijke regeling van de stichting in 1956. In deze wet werden de drie materiële kenmerken van de stichting vastgelegd. Het belangrijkste kenmerk van de stichting was dat zij geen leden kende. Een tweede, minder onderscheidend kenmerk was dat de stichting een statutair bepaald doel moest verwezenlijken met behulp van een daartoe bestemd vermogen. Ten slotte werd de afgrenzing van de stichting ten opzichte van de traditioneel op ondernemingsactiviteiten gerichte rechtsvormen gezocht in het voorschrift dat het stichtingsdoel niet het doen van uitkeringen aan oprichters of aan bemensen van haar organen noch aan anderen mag inhouden, tenzij, voor wat betreft de laatste categorie, de uitkering een ideële of sociale strekking heeft.<sup>5</sup>

Deze materiële kenmerken beoogden de stichting te onderscheiden van de andere rechtspersonen naar privaatrecht, en dan met name van de vereniging, ook toen vooral met het oog op het voorkomen van misbruik van rechtsvormen. De relevantie van dat onderscheid had vooral ook te maken met het feit dat op het moment van invoering van de Wet op Stichtingen 1956, ten aanzien van de vereniging gold dat deze slechts ontstond, althans rechtspersoonlijkheid ontving, na verkrijging van bij koninklijk besluit verleende erkenning (de koninklijke bewilliging). Daar waar in de praktijk de structuur van de vereniging sterk op die van een stichting kon gelijken en omgekeerd, dreigde misbruik omdat bijvoorbeeld de activiteiten van een verboden vereniging eenvoudig zouden kunnen worden voortgezet in stichtingsvorm.<sup>6</sup> Intussen is het kenmerk van het ledenverbod niet duidelijk wettelijk uitgewerkt, terwijl in de literatuur en rechtspraak de meningen over de inhoud, reikwijdte en aard van dit verbod sterk verdeeld zijn.

Illustratief in dezen is de affaire inzake de in 1824 opgerichte Koninklijke Zuid-Hollandsche Maatschappij tot Redding van Schipbreukelingen (hierna: KZHMRS). Het doel, het geheel kosteloos redden van schipbreukelingen en schipbreuken voorkomen, werd nagestreefd met behulp van vrijwillige bijdragen van donateurs, giften, legaten, bijdragen van de scheepvaart en later ook subsidies. Deze donateurs werden in het door het bestuur vastgestelde reglement ook wel als leden aangeduid, maar beschikten niet over zeggens-

schapsrechten. Daarnaast werd de KZHMRS in verscheidene geschriften als een 'vereniging' gepresenteerd. Het bestuur van de KZHMRS verzocht op grond van artikel 2:294 BW de Rechtbank Rotterdam om de statuten van de KZHMRS overeenkomstig het verzoekschrift te wijzigen, waarbij de KZHMRS als stichting zou worden vormgegeven. De rechtbank verklaarde de KZHMRS niet-ontvankelijk, omdat deze volgens haar niet als een stichting in de zin van Titel 5 Boek 2 (thans Titel 6) BW kon worden aangemerkt en dus geen beroep kon doen op dit artikel. Eén van de argumenten die de rechtbank in dit verband aanvoerde was dat de KZHMRS leden had en dat zij derhalve, ondanks het feit dat aan deze leden geen zeggenschapsrechten toekwamen, niet als stichting kon kwalificeren.

In appel stond de vraag naar de kwalificatie van de KZHMRS centraal. Het Hof 's-Gravenhage concludeert dat de organisatie als stichting kwalificeert, waarbij een andere invulling van de begrippen lid en ledenverbod wordt gehanteerd. Het hof overweegt dat, ook al worden begrippen als 'vereniging' en 'leden' gehanteerd, het eigenlijk 'menschenvrienden' betreft die jaarlijks een vrijwillige bijdrage verstrekken. Het gaat om contribuanten en niet om leden.<sup>7</sup> Er is dan ook geen sprake van overtreding van het ledenverbod.

### 3. Het ledenverbod

Het ledenverbod is (thans) neergelegd in artikel 2:285 lid 1 BW:

“Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.”

Bij overtreding van dit verbod is de stichting niet nietig, maar is ontbinding van de stichting door de rechtbank mogelijk.<sup>8</sup> Als gezegd is het ontstaan van dit verbod verklaarbaar uit het traditionele verschil tussen de vereniging en de stichting in de 19e en het begin van de 20e eeuw. De vereniging verkreeg eerst rechtspersoonlijkheid na koninklijke bewilliging.<sup>9</sup> Met betrekking tot de vraag of ook voor het tot stand komen van een stichting overheidsgoedkeuring noodzakelijk was heerste geruime tijd onzekerheid, tot het moment van ontkennende beantwoording van deze vraag door de Hoge Raad.<sup>10</sup> Hoewel ook in die tijd geregeld werd

4 F.A.J. van Lanschot, Stichtingen als rechtspersonen beschouwd (diss. Leiden), Leiden: Hazenberg 1856, p. 10 e.v.

5 Zie C.A. Schwarz, Het vermogen van de stichting en het uitkeringsverbod, in: M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman, De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011 (hierna: Lennarts, Van Veen & Zaman 2011), p. 35 e.v. Zie recentelijk: W.J.M. van Veen, Het uitkeringsverbod bij de stichting revisited, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2013/4, p. 126 e.v. Zie ook J.J.A. Hamers, C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman (red.), Handboek Stichting en Vereniging, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 67, 445-452.

6 Zie W.J.M. Van Veen, De stichting en de onzelfstandige stichting: verleden, heden en toekomst, in: Lennarts, Van Veen & Zaman 2011, p. 24 e.v.

7 Hof 's-Gravenhage 5 december 1980, NJ 1983/4, m.nt. Maeijer.

8 C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, Overige rechtspersonen, bewerkt door G.J.C. Rensen 2012, nr. 327 (hierna: Asser/Rensen 2012). Doorgaans zal de stichting echter de mogelijkheid krijgen haar statuten aan te passen op een zodanige wijze dat er geen sprake meer is van een overtreding van het ledenverbod. Zie in dit verband onder meer: Rb. Maastricht 23 april 2009, L/N BI2100 en Rb. Rotterdam 11 oktober 1965, NJ 1966/314 (in de laatstgenoemde uitspraak werd het verzoek van gedaagde om zijn statuten te mogen wijzigen afgewezen, omdat de rechtbank het klaarblijkelijk niet mogelijk achtte voor de stichting om haar statuten zo aan te passen dat zij aan de wettelijke vereisten zou voldoen).

9 Zie P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Deventer: Kluwer 2013, p. 6 (hierna: Dijk & Van der Ploeg 2013).

10 HR 30 juni 1882, W. 4800 en HR 11 december 1914, NJ 1915/238.

aangenomen dat een stichting leden noch een ledenvergadering kon kennen,<sup>11</sup> werden er op grote schaal stichtingen met leden opgericht. Rechterlijk ingrijpen in het kader van dit misbruik kwam (ook toen al) uiterst sporadisch voor.<sup>12</sup> Invoering van het ledenverbod in de Wet op Stichtingen 1956 had dus ten doel het misbruik van de stichtingsvorm, als het omzeilen van de formaliteiten die golden bij oprichting van een vereniging, te bestrijden.<sup>13</sup>

## 4. De ratio leges

Bij de studie naar inhoud en strekking van het ledenverbod is het niet alleen nodig om te bezien wat de achterliggende reden voor invoering van het ledenverbod was, maar ook om te kijken naar de wijze waarop de wetgever invulling gaf aan de inhoud van dit materiële kenmerk.

In het wetsontwerp dat in 1954 werd voorgelegd aan de Tweede Kamer was, in tegenstelling tot een eerder wetsontwerp uit 1937, het ledenverbod al opgenomen en wel in artikel 1.<sup>14</sup> In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) wordt niet nader ingegaan op de achterliggende gedachten bij het ledenverbod.<sup>15</sup> In de MvT staat slechts:

“(…) door het ontbreken van voor het doel samenwerkende leden onderscheidt de stichting zich van een vereniging.”<sup>16</sup>

Het ledenverbod moest de stichting onderscheiden van de vereniging, maar de keuze voor dit instrument wordt hier niet verklaard. De keuze blijkt echter wel uit andere parlementaire stukken. Zo werd de discussie over de wenselijkheid van een ledenverbod gevoerd tussen de minister en de vaste commissie.<sup>17</sup> Een meerderheid van de vaste commissie kon niet inzien waarom de wetgever de burger het recht zou ontnemen om een stichting met leden op te richten, wanneer daar in de praktijk behoefte aan was. De minister gaf in reactie hierop aan dat, omdat bij de vereniging wel sprake

is van preventief toezicht en bij de stichting niet,<sup>18</sup> het ledenverbod noodzakelijk is om ‘een ontsnapingsmogelijkheid op onbeperkte schaal’ van het preventieve toezicht te voorkomen. Hoewel de commissie niet onder de indruk was van deze argumentatie, hield de minister voet bij stuk.<sup>19</sup> Het ledenverbod werd dus in ieder geval gezien als een manier om misbruik van de stichting te verhinderen.

Een ander aspect dat wij menen te ontwaren, is het feit dat vereniging en stichting scherp werden onderscheiden als enerzijds een democratische organisatie, en anderzijds een autocratische, zo men wil dictatoriale organisatie, waarin naast het bestuur geen ruimte werd geboden voor andere organisatierechtelijk betrokkenen. Zo wordt door de minister, naar aanleiding van kritiek op het ondemocratisch karakter<sup>20</sup> van de stichting, opgemerkt dat het bestuur van de stichting een zekere mate van autonomie behoort te hebben:

“Het is dus zo, dat diegenen, die een organisatievorm verkiezen, waarbij aan een grote groep van geïnteresseerden de nodige bevoegdheden moeten toekomen, van de verenigingsvorm moeten gebruik maken. Diegenen echter, die behoefte gevoelen aan een organisatievorm, waarvan het bestuur zelfstandig kan functioneren, moeten een stichting kunnen oprichten. Naar mijn mening gaat het te ver een dergelijk zelfstandig optredend bestuur dictatoriaal of autocratisch te noemen. In vele gevallen toch zijn er buiten het bestuur geen geïnteresseerden te vinden, die op bepaalde bevoegdheden ten aanzien van de stichting prijs stellen. In dit opzicht voldoet de stichting bepaaldelijk aan een maatschappelijke behoefte.”

In de Memorie van Antwoord wordt het uitgangspunt nog wat kruidiger geformuleerd:

“Wil men een organisatievorm, waarbij aan een buiten het bestuur staande groep personen zo belangrijke bevoegdheden zullen toekomen, dan is de vereniging – of c.q. de naamloze vennootschap – de juiste organisatievorm. De stichting daarentegen is bedoeld voor gevallen, waarin behoefte bestaat aan een organisatievorm, waarvan het bestuur zelfstandig moet kunnen handelen.”

Uit de parlementaire geschiedenis lijkt voort te vloeien dat, naast het tegengaan van misbruik van de stichtingsvorm, ook het uitgangspunt van een autocratische stichtingsstructuur door de keuze voor een ledenverbod als materieel kenmerk werd benadrukt. De autonomie van het stichtingsbestuur werd door de wetgever (mede) als bepalend

11 Vgl. bijv. W.H. Drucker, Praeadvies Nederlandse Juristen Vereniging 1925, p. 47 en HR 30 juni 1882, W. 4800 en HR 11 december 1914, NJ 1915/238.

Anders: J.F.E. Belinfante, Iets over de oprichting van verenigingen en stichtingen (II, slot), WPNR 3720, p. 178 en E.M. Meijers, Algemene begrippen van het burgerlijk recht, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1948, p. 261.

12 Zie in dit verband bijv.: Rb. Amsterdam 11 februari 1935, NJ 1935, p. 364; Rb. Amsterdam 15 februari 1935, NJ 1935, p. 1122; Hof Amsterdam 1 maart 1934, NJ 1935, p. 1160.

13 Zie in dit verband: J.M. Polak, De wet op stichtingen, IJmuiden: Vermande Zonen 1956, p. 45 (hierna: Polak 1956); W.J.M. van Veen, De stichting en de onzelfstandige stichting: verleden, heden en toekomst, in: Lennarts, Van Veen & Zaman 2011, p. 23 en 25.

14 In artikel 1 stond: “Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een niet op winst gericht doel te verwezenlijken. Een stichting kent geen leden.”

15 Polak 1956, p. 46.

16 Kamerstukken II 1953/54, 3463, nr. 3 (MvT), p. 8.

17 Deze discussie is neergelegd in het verslag: Kamerstukken II 1953/54, 3463, nr. 4 (Verslag).

18 De achterliggende reden voor dit onderscheid tussen de stichting en de vereniging was gelegen in de waarborgen van een behoorlijke positie voor de leden van een vereniging. Omdat de stichting geen leden had, was er ook geen preventief toezicht nodig om een behoorlijke positie voor leden te waarborgen. Zie in dit verband: Handelingen II 1955/56, 26 oktober 1955, 9e Vergadering, p. 2114.

19 Polak 1956, p. 47.

20 Kamerlid Rijckevorsel heeft het in dit verband over een ‘autoritaire rechtsvorm’ (Handelingen II 1955/56, 25 oktober 1955, 8e Vergadering, p. 2109).

kenmerk van de stichting aangemerkt. Uit de voorgaande overwegingen van de minister volgt dat de autonomie van het bestuur het kenmerkende verschil is tussen de stichting en de vereniging.

## 5. Het begrip 'lid' in de parlementaire geschiedenis

In de MvT werd slechts summier toegelicht wat onder leden moest worden verstaan, namelijk dat bij de stichting aangesloten personen die geen zeggenschapsrechten hadden, niet als leden werden beschouwd.<sup>21</sup> Om aan de kwalificatie 'leden' te voldoen dienen de aangesloten dus in ieder geval over zeggenschapsrechten te beschikken. De vaste commissie vond deze toelichting te summier en als gevolg daarvan werd deze bepaling uitgebreid in het mondeling overleg aan de orde gesteld. In het verslag wordt een aantal opvallende overwegingen aangetroffen:

"De Minister antwoordde, dat onder 'leden' zijn te verstaan zij, van wie het bestuur in algemene zin afhankelijk is, met name doordat zij het recht van benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders hebben.  
(...)

De Minister gaf te kennen, dat 'contribuanten', die de bevoegdheid hebben tot benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders, in wezen leden zijn".<sup>22</sup>

Uiteindelijk kwam de minister op één punt aan de bezwaren van de vaste commissie tegemoet. Er werd bij de Tweede Nota van Wijzigingen een tweede lid aan artikel 1 toegevoegd, inhoudende dat de bevoegdheid tot benoeming van het bestuur op zichzelf nog niet tot de conclusie van lidmaatschap leidt.<sup>23</sup> Deze bepaling is tot op heden niet aangepast en thans neergelegd in artikel 2:285 lid 2 BW. Het hebben van de bevoegdheid tot benoeming van het bestuur is derhalve op zichzelf onvoldoende om als 'leden' te worden aangemerkt. Maar wat er daarnaast dan aan bevoegdheden moet zijn toegekend aan die betrokkenen wordt niet (geheel) duidelijk. Wel is interessant de opmerking van de minister in reactie op het voorstel om aan dat tweede lid, naast de bevoegdheid tot benoeming, ook die tot schorsing en ontslag van bestuurders op te nemen. De minister overweegt:

"Wanneer die bevoegdheid benoeming, ontslag en schorsing inhoudt, dan is men, naar het mij voorkomt, al dicht bij de figuur van leden met volledige bevoegdheid, hoewel men die dan misschien nog niet helemaal benaderd heeft. Artikel 1, lid 2, bedoelt intussen niets anders dan te bepalen, dat, wanneer een bepaalde geïnteresseerde

de bevoegdheid heeft, in een vacature een bestuurslid te benoemen of aan te wijzen, er dan nog geen sprake is van lidmaatschap. Hiermede wordt aan een reële behoefte voldaan. Deze figuur is daardoor veilig gesteld en voor het overige geloof ik, dat wij de vrijheid, die de rechter op dit punt heeft, niet verder aan banden moeten leggen".<sup>24</sup>

De minister vindt dus dat, wanneer deze drie bevoegdheden aan één groep van aangesloten wordt toegekend, men al dicht bij het overtreden van het ledenverbod is. Dit standpunt wordt door zijn ambtsopvolger, minister Van Oven, herhaald:

"Mochten er personen zijn, die, cumulatief jegens het bestuur bepaalde controle-, benoemings- en schorsingsrechten hebben, dan kan de grens van het toelaatbare zijn overschreden".<sup>25</sup>

In het kader van het onderscheid tussen de vereniging en de stichting wordt in de parlementaire geschiedenis dus wel tot op zekere hoogte gewezen op het democratische karakter dat bij de stichting behoort te ontbreken, hetgeen wordt bewerkstelligd door het ledenverbod. In zoverre ziet het ledenverbod op het hebben van 'leden', zoals de vereniging wel 'leden' heeft. Wanneer het echter neerkomt op het definiëren van het begrip 'lid' en het verdedigen van het ledenverbod als zodanig, wordt teruggegrepen op de autonomie van het bestuur en het bestuur als autocratisch orgaan binnen de stichting. In de termen van de minister; bij de stichting moet het bestuur de vennootschap volledig autonoom 'regeren' en mogen geen bevoegdheden aan andere organen worden toegekend, althans niet in die mate dat zij grote invloed op beleid en structuur van de stichting krijgen. Anders geformuleerd, in de termen van minister Van Oven, de hoogste macht binnen de stichting kan niet bij een ander orgaan dan het bestuur berusten.<sup>26</sup>

## 6. Een tweetal visies op het ledenverbod

Ook meer dan 50 jaar na invoering van het wettelijk ledenverbod is desondanks geen communis opinio ontwikkeld ten aanzien van de vraag hoe de begrippen lid en ledenvergadering moeten worden gedefinieerd.<sup>27</sup> In de literatuur wordt wel een tweetal visies op de inhoud van het leden-

21 In de MvT was opgenomen: "Personen, die bij een stichting zijn aangesloten, doch geen zeggenschapsrechten hebben, kunnen niet als leden worden beschouwd. Er bestaat dus geen bezwaar, dat een stichting aangesloten in evenbedoelde zin heeft." Kamerstukken II 1953/54, 3463, nr. 3 (MvT), p. 8.

22 Kamerstukken II 1953/54, 3463, nr. 4 (Verslag), p. 6.

23 Polak 1956, p. 50.

24 Handelingen II 1955/56, 27 oktober 1955, 10e Vergadering, p. 2131.

25 Polak 1956, p. 50-51.

26 Aldus minister van Oven in de discussie over het ledenverbod. Zie Polak 1956, p. 50-51. Wanneer de aangesloten binnen de stichting de hoogste macht vormen, dan zal er sprake zijn van een overtreding van het ledenverbod.

27 Zie in dit verband: Asser/Rensen 2012/326; C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlandse Burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De rechtspersoon, bewerkt door J.M.M. Maeijer, 1997, nr. 476 (hierna: Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997); A.L. Mohr, Het ledenverbod, WPNR 1978/5439 (hierna: Mohr 1978); C.H.C. Overes, Groene Serie Rechtspersonen, Artikel 285, Aant. 4 en P.L. Dijk, Ervaringen met Boek 2 Burgerlijk Wetboek ter zake van verenigingen en stichtingen, WPNR 1978/5427, p. 183-184 (hierna: Dijk 1978-1).

verbod onderscheiden,<sup>28</sup> welke wij zouden willen aanduiden als de dualistische leer en de typologische leer.

### 6.1 De dualistische leer

De dualistische leer, met verschillende nuanceringsen, aangehangen door onder meer Mohr<sup>29</sup>, Rensen<sup>30</sup> en Duynstee<sup>31</sup>, houdt als wij goed zien – kort gezegd – in dat het ledenverbod wordt overschreden wanneer aan anderen dan het bestuur bepaalde bevoegdheden worden toegekend. Het draait in deze opvatting om de vraag of er binnen de stichting, naast het bestuur, een ander orgaan is ingericht waaraan bevoegdheden zijn toegekend, leidend tot het ontstaan van een duale structuur. Daarvan is sprake wanneer aan dit orgaan bevoegdheden worden toegekend die binnen vereniging of vennootschap wettelijk tot de bevoegdheden van het ledensubstraat behoren, waardoor de uiteindelijke macht niet bij het bestuur berust. Over de vraag welke bevoegdheden aan deze aangesloten moeten zijn toegekend om het ledenverbod te overtreden, bestaat binnen de voorstanders van deze benadering geen overeenstemming. Zo concludeert Mohr dat er sprake is van overtreding van het ledenverbod wanneer een ander orgaan dan het bestuur de bevoegdheid heeft tot benoeming en ontslag van bestuurders, alsook tot bepaling van de eigen samenstelling.<sup>32</sup> Duynstee legt het accent anders. Hij is van mening dat het ledenverbod wordt overtreden wanneer een ander orgaan dan het bestuur de mogelijkheid heeft het beleid en/of de structuur van de stichting door statutenwijziging te bepalen dan wel te besluiten tot ontbinding.<sup>33</sup>

De nuance tussen beide opvattingen is, onzes inziens, raffijn. Immers, wanneer een ander orgaan besluit over benoeming en ontslag van bestuurders terwijl bijvoorbeeld de bevoegdheid tot statutenwijziging of ontbinding bij het bestuur ligt, besluit dit andere orgaan feitelijk ook over statutenwijziging of ontbinding. Rensen bewandelt de beide wegen en is van mening dat er sprake is van schending van het ledenverbod wanneer 'de vergadering' overwegend zeggenschap heeft over de structuur, inrichting en samenstelling van de overige organen van de stichting.<sup>34</sup> Afgezien van deze nuanceringsen is duidelijk dat het antwoord op de vraag of het ledenverbod wordt overschreden afhankelijk is van de vraag of er een ander orgaan binnen de stichting aanwezig is dat het bestuur op beslissende wijze kan beïnvloeden bij de vormgeving van beleid, structuur en bestaan van de stichting, zoals een ledenvergadering dat binnen een vereniging kan.

### 6.2 De typologische leer

De typologische leer wordt aangehangen door Van der Grinten en Maeijer.<sup>35</sup> Zij menen dat het typologische begrip 'lidmaatschap' het uitgangspunt is voor het 'lid' zijn van de stichting. Typologisch is een lidmaatschap een band die in vrijheid kan worden aangegaan en steeds door opzegging kan worden beëindigd.<sup>36</sup> In de laatste druk van 'De Rechtspersoon' wordt overwogen:

"Een stichting kan contribuanten, kan deelhebbers, aangesloten hebben. Indien de contribuanten, de deelhebbers vrijelijk de verhouding met de stichting kunnen aangaan en beëindigen is aan een belangrijke eigenschap van het lidmaatschap voldaan. Er is echter meer nodig om te kunnen spreken van leden in de zin van art. 285. Voor het lid zijn in de zin van deze bepaling is wezenlijk, dat de contribuanten, de aangesloten collectief 'als vergadering' zeggenschapsrechten in de stichting hebben. Resteert de vraag of elke zeggenschap van de vergadering van contribuanten of deelhebbers medebrengt, dat zij leden zijn al bedoeld in art. 285. Wij zouden deze vraag ontkennend willen beantwoorden. Het ledenverbod van de wet wordt slechts overtreden, indien de vergadering overwegend zeggenschap heeft over de structuur, inrichting en samenstelling van de overige organen van de stichting."<sup>37</sup>

Scherp omljnd en coherent is deze visie onzes inziens niet. Begrijpen wij Van der Grinten en Maeijer goed, dan betogen zij dat er pas sprake is van 'leden' in de zin van artikel 2:285 BW wanneer deze de band met de rechtspersoon in vrijheid kunnen aangaan en steeds door opzegging kunnen beëindigen, waarop met name Mohr terecht pittige kritiek heeft.<sup>38</sup> De overweging dat een lid vrijelijk de verhouding moet kunnen aangaan en beëindigen bevreedt. Het is immers ook bij de vereniging mogelijk de vrijheid van toetreding te beperken, waarbij is afgeweken van de oorspronkelijke definiëring van het lidmaatschap door Meijers, die de vrijheid van toe- en uittreding als dwingendrechtelijk kenmerk van de vereniging had gedacht.<sup>39</sup> Het lijkt erop

28 Zie bijv. Rensen (Asser/Rensen 2012/326) en Mohr (Mohr 1978).

29 Mohr 1978.

30 Asser/Rensen 2012/326.

31 J.A.T.H.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht, Deventer: Kluwer 1978, p. 40 (hierna: Duynstee 1978).

32 Mohr 1978, p. 385.

33 Duynstee 1978, p. 40-41. Bij deze visie wordt aangesloten door Dijk, Een korte reactie op het artikel van mr. A.L. Mohr in WPNR 5439, WPNR 1978/5453, p. 638, die eveneens betoogd dat zijns inziens het exclusieve recht om de statuten te wijzigen het typische criterium is.

34 Asser/Rensen 2012/326.

35 Ook het gedachtegoed van Meijers lijkt in deze visie inpasbaar. Vgl. zijn Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, Eerste gedeelte, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1954, p. 131. Meijers overweegt in dit verband: "Als kenmerk van de vereniging heeft het ontwerp gekozen, dat dit een samenwerking van leden voor een bepaald doel is, een samenwerking die door de mogelijkheid van toe- en uittreding van leden niet aan het bestaan van bepaalde personen is geboden. Hierdoor onderscheidt zich de vereniging van de stichting, die beoogt een – niet op winst gericht – doel met behulp van een daartoe door de stichter en begunstigers bijeengebracht vermogen te dienen."

36 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997/476. In Dijk & Van der Ploeg wordt eveneens overwogen dat de vrije toe- en uittreding één van de kenmerken van de vereniging is (Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 26).

37 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997/476.

38 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997/476. Rensen, Duynstee en Mohr achten dit criterium juist niet doorslaggevend. Mohr overweegt in dit verband dat het verschil tussen de stichting en de vereniging als gevolg van het binnen de typologische leer gemaakte onderscheid 'tot een zo lachwekkend minimum [zou] zijn teruggebracht, dat men onmogelijk meer met Meijers zou kunnen zeggen dat elk van de onderscheiden rechtsvormen beantwoordt aan een bijzondere door de wet erkende behoefte'. Mohr 1978, p. 386.

39 Dijk & Van der Ploeg 2013, p. 127.

dat Van der Grinten en Maeijer veeleer aansluiting willen zoeken bij de typologie van de vereniging wanneer ze verwijzen naar het typologisch begrip 'lidmaatschap'.<sup>40</sup> De vereniging wordt opgericht om samenwerking tussen de leden met een gemeenschappelijk doel mogelijk te maken. Wanneer een stichting dergelijke leden heeft, waar ook nog eens als collectief zeggenschapsrechten aan worden toegekend, is er sprake van een overtreding van het ledenverbod. In deze uitleg zou het lidmaatschap dus alleen aan de orde zijn wanneer de bemensen van het orgaan naast het bestuur binnen de stichting ook het oogmerk hebben om samen te werken binnen die stichting in het kader van de doelrealisatie van die stichting. Er wordt dan waarde gehecht aan de specifieke betrokkenheid van wat een lid zou kunnen zijn, in dit kader wel aangeduid als contribuant of deelhebber. Wat is het verschil? Is een deelhebber een contribuant die niet contribueert maar 'deel heeft' in het gedachtegoed van de stichting? En wanneer betrokkenen bij de stichting geen contribuant zijn en ook niet uitdrukkelijk verbonden zijn met het doel van de stichting, maar bijvoorbeeld vanuit de kring van betrokkenen een organisatierechtelijke rol spelen binnen die stichting? Kan er in deze opvatting dan alleen al vanuit dit perspectief nimmer sprake zijn van overtreding van het ledenverbod? In lijn met de duale benadering stelt ook de typologische visie overigens dat er sprake moet zijn van overwegende zeggenschap over de structuur, inrichting en samenstelling van de stichting bij de vergadering van deze 'leden' wil er sprake kunnen zijn van overschrijding van het ledenverbod. De conclusie is derhalve dat de beide visies elkaar niet of nauwelijks ontlopen, zij het dat er in de typologische benadering, naast de beheersende machtspositie, ook nog eisen lijken te worden gesteld aan de hoedanigheid van betrokkenen<sup>41</sup>, hetgeen het er niet helderder op maakt.

## 7. Voor- en nadelen van beide visies

De dualistische benadering brengt een hoge mate van rechtszekerheid met zich. Wanneer er sprake is van een orgaan naast het bestuur, waaraan de bevoegdheden zijn toegekend die in belangrijke mate overeenkomen met bevoegdheden die in de wettelijke regeling van de dualistische rechtspersonen aan het ledensubstraat zijn toegekend, is er sprake van overschrijding van het ledenverbod. Nadeel van deze benadering, maar datzelfde nadeel kleefte aan de typologische visie, is dat er geen helderheid is over de vraag wanneer dat tweede orgaan die doorslaggevende bevoegd-

heden heeft. Is dat er al bij de mogelijkheid tot benoeming, schorsing en ontslag van één of alle bestuurders? In zijn algemeenheid wordt dit in de literatuur niet aangenomen en zal er ten minste nog een andere essentiële bevoegdheid aan dit orgaan moeten zijn toegekend, zoals de bevoegdheid tot vaststelling van de jaarrekening. Maar wanneer beide bevoegdheden bij het bestuur berusten terwijl er een ander orgaan aanwezig is dat het beleid door bindende specifieke instructies kan bepalen, bijvoorbeeld in combinatie met de bevoegdheid tot statutenwijziging of ontbinding, hoe zit het dan? Hier zou, wanneer men het ledenverbod als wettelijk kenmerk wil handhaven en wil blijven sanctioneren met een dreigende ontbinding, een heldere wettelijke regeling op zijn plaats zijn. Overigens zou heel goed bepleit kunnen worden dat de ratio voor handhaving van het wettelijk ledenverbod bij de stichting is achterhaald, nu oprichting van een vereniging inmiddels sinds mensenheugenis zonder enig overheidstoezicht kan plaatsvinden.<sup>42</sup>

Een direct nadeel van de dualistische benadering is dat geconcludeerd moet worden dat in de praktijk stichtingen het ledenverbod massaal overtreden. Veel stichtingen, zeker zij die een maatschappelijke onderneming drijven, zoals woningcorporaties en zorginstellingen, hebben een raad van toezicht aan wie minimaal twee, maar vaak zelfs drie, van de essentiële bevoegdheden die bij een vereniging aan de ledenvergadering toekomen, zijn toebedeeld en zulks veelal op basis van door de regelgever opgelegde inrichtingsvereisten. In de praktijk zijn er hele series governance codes bedacht, waarin voor verschillende sectoren voorschriften c.q. best practice-bepalingen voor taak en werkwijze van het bestuur en de raad van toezicht van de instelling zijn neergelegd. Veelal wordt niet een bepaald bestuursmodel voorgeschreven, maar de codes voor instellingen die zich bewegen op het terrein van de zorg, het onderwijs en de huisvesting verplichtten tot instelling van een aparte raad van toezicht naast het bestuur, dus tot hantering van een two-tier-bestuursstructuur. Zo hebben de woningbouwcorporaties op grond van artikel 7 BBSH de verplichting tot instelling van een raad van toezicht.<sup>43</sup> Doorgaans heeft zo'n raad van toezicht (zeer) vergaande bevoegdheden, ten minste vergelijkbaar met die van de raad van commissarissen bij een structuurvennootschap. Geregeld is hier overigens sprake van toezichthouders die als vertegenwoordigers van belanghebbenden bij de stichting, zoals de bewoners of gebruikers, in het toezichthoudend orgaan zetelen en geregeld wordt zodanige binding van toezichthouders met de activiteiten bepleit in het kader van het optimaliseren van de toezichthoudende structuur.

Interessante vraag is hoe, in ieder geval vanuit het perspectief van de duale benadering, deze structuur moet worden beoordeeld. Aannemelijk is dat 'dualisten' bij een structuur

40 Asser/Van der Grinten/Maeijer 1997/229: "Typologisch is voor een vereniging wezenlijk dat zij leden heeft; juist het zich verenigen van personen doet een vereniging ontstaan. De vereniging is een samenwerkingsverband van personen."

41 Volgens Maeijer en Van der Grinten is het hebben van deze bevoegdheden op zichzelf immers niet voldoende. Zij overwegen: "Indien, zoals in de praktijk voorkomt, een rechtspersoon krachtens de statuten van de stichting alle bevoegdheden heeft die in een vereniging wettelijk aan de algemene vergadering toekomen, is deze rechtspersoon niet lid van de stichting. (...) Ook indien de stichting een samenwerkingsvorm van bepaalde met name aangeduide natuurlijke of rechtspersonen is en deze personen ingevolge de statuten van de stichting collectief zeggenschapsrechten hebben, menen wij dat dit niet is een stichting die 'leden' kent."

42 Met de invoering van Boek 2 BW in 1976 is de koninklijke bewilliging voor de vereniging (indien zij rechtspersoonlijkheid wenste te verkrijgen) komen te vervallen.

43 Zie C.H.C. Overes, De stichting en governance: bestuur en toezicht, in: Lennarts, Van Veen & Zaman 2011, p. 72 e.v.

als hier bedoeld – dus de situatie waarin naast het bestuur in formele zin er een ander orgaan is ingericht dat de samenstelling van het bestuur bepaalt alsook de eigen samenstelling in combinatie met statutaire mogelijkheden om het beleid bepalend te beïnvloeden – slechts tot twee conclusies zouden kunnen komen. In de eerste plaats zou de conclusie kunnen zijn dat de raad van toezicht moet worden gekwalificeerd als tweede orgaan waardoor de duale structuur wordt gecreëerd die verboden is, zodat het resultaat zou moeten zijn dat de stichting is ingericht in strijd met het ledenverbod, waardoor dus ontbinding dreigt. Een tweede denkbare benaderingswijze vanuit dit perspectief zou zijn dat er in deze situatie geen sprake is van schending van het ledenverbod, omdat de raad van toezicht wordt gekwalificeerd als een tweede bestuursorgaan, vergelijkbaar met een algemeen bestuur in situaties waarin een dagelijks bestuur binnen de organisatie zou zijn ingericht. Deze tweede benadering zouden wij, gegeven de achtergrond van de duale benadering en de tegenwoordig gebruikelijke inrichting van stichtingen in deze werkvelden, als de te prefereren zienswijze willen voorstellen, sporend met de gedachte dat er geen dualiteit mag zijn binnen de stichting. Consequentie zou overigens wel zijn dat de aansprakelijkheidspositie van toezichthouders bij falend bestuur uitdijt, nu de leden van wat als het algemeen bestuur blijkt te kwalificeren, in beginsel als bestuurder en niet als toezichthouder aansprakelijk zijn. Deze consequentie zou, in het huidig tijdsgewricht, naar onze mening overigens ook niet bijzonder schokkend zijn nu de positie van de bemensers van dat orgaan goed te vergelijken valt met die van de niet-uitvoerend bestuurders wanneer binnen de stichting zou zijn gekozen voor een one-tier board-structuur, dus een structuur waarin de toezichthouders als niet-uitvoerend bestuurder zitting hebben in het bestuur.<sup>44</sup>

Belangrijk nadeel van de tweede visie, zo deze überhaupt al scherp te onderscheiden is van de duale benadering, is dat er grotere onzekerheid ontstaat nu het bij de typologische leer niet alleen zou gaan om de vraag of er bepalende bevoegdheden aan het tweede orgaan toekomen, maar ook nog eens om de vraag of de bemensers van dat orgaan als 'leden' kunnen worden geduid. Nu het begrip 'lid', zoals reeds uit de KZHMRS-casus blijkt, niet scherp is te definiëren, wordt de onzekerheid vanuit dit perspectief te groot. Ook de parlementaire geschiedenis geeft weinig aanknopingspunten wanneer het gaat om het definiëren van het typologische begrip 'leden'. Men zou natuurlijk kunnen opmerken dat leden van een vereniging, afhankelijk van het doel van die vereniging 'menschenvriend' of anderszins supporter van het gedachtegoed moeten zijn, en dat zulks niet geldt voor een toezichthouder, zodat deze personen niet als 'lid' kun-

nen worden gekwalificeerd. Maar deze redenering is niet toepasselijk op die situaties waarin de leden van het toezichthoudend orgaan wel degelijk emotioneel of feitelijk betrokken zijn bij doel en doelrealisatie van de stichting, zeker wanneer statutair of reglementair zou zijn voorzien in het voorschrift dat leden van een raad van toezicht afkomstig moeten zijn uit kringen van bepaalde stakeholders, of door deze stakeholders worden benoemd.

Voordeel van de typologische benadering zou wel zijn dat het de structuur van de stichting flexibeler maakt. In die visie is het immers mogelijk een toezichthoudend orgaan te vormen met krachtige bevoegdheden, terwijl dit bij de dualistische leer een overtreding van het ledenverbod tot gevolg zou hebben.

## 8. Een dualistisch accent

Wanneer de parlementaire stukken bij de codificatie van de stichting en het daarbij ingevoerde ledenverbod worden bestudeerd en vervolgens naast de typologische en dualistische visie worden gelegd, blijkt dat de wetgever het ledenverbod benaderde vanuit de dualistische visie. Het schakelt op de zelfstandige positie van het bestuur in relatie tot mogelijk andere aangeslotenen. Opvallend is daarbij dat het typologische van 'leden' bij een vereniging wel als argument wordt gebruikt om het ontbreken van preventief toezicht bij de stichting te verklaren (de rechten van leden die een gezamenlijk doel nastreven moeten worden gewaarborgd), maar dat voor het kwalificeren van 'leden' en voor het verdedigen van het ledenverbod als zodanig,<sup>45</sup> het argument van de bestuurlijke autonomie binnen de stichting wordt gehanteerd. En dat is ook niet zo gek. Het ledenverbod als antimisbruikregeling had met name van doen met het feit dat door de koninklijke bewilliging bij oprichting van een vereniging de bescherming van de ledengroepering binnen die duale structuur werd nagestreefd. In zoverre het ledenverbod moest voorkomen dat 'onbeschermde' leden bij de niet aan die bewilliging onderworpen stichting konden ontstaan, ligt verwijzing naar de typologische benadering van het lid binnen de vereniging voor de hand. Maar daar waar het ledenverbod ook de bestuursautonomie binnen de stichting moest garanderen, was de behoefte aan betrokkenheid van het typologisch verenigingslid niet aanwezig. Het gaat hier immers slechts om het verbod een tweede orgaan naast het bestuur in te stellen, waaraan beslissende bevoegdheden binnen de stichting worden toegekend.

De conclusie omtrent het ledenverbod alsmede de voornoemde visies is, op basis van de analyse van de parlementaire stukken, onzes inziens, als volgt. Het ledenverbod bij de stichting werd door de wetgever in hoge mate benaderd vanuit de duale opvatting. Het ledenverbod diende een tweeledig doel. Een 'ledenorgaan' mocht binnen de stich-

<sup>44</sup> Zie in dit verband voor de aansprakelijkheid van een niet-uitvoerend bestuurder onder meer het vonnis van de Rb. Utrecht (Rb. Utrecht 15 februari 2012, RO 2012/41, JOR 2012/243, m.nt. Willems), waarin werd overwogen dat 'Die systematiek [van de normstelling] dient evenwel te worden ingevuld aan de hand van de positie die de desbetreffende bestuurder bekleedt'. Zie in dit verband eveneens: M. Olaerts, Bestuurdersaansprakelijkheid in het vernieuwde (BV-)recht, Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur 2012-6, p. 168-178.

<sup>45</sup> Dit lijkt vooral te gebeuren wanneer de vaste commissie aangeeft dat het geen reden ziet om leden bij een stichting te verbieden, wanneer de praktijk dit wenselijk acht.

ting niet bestaan omdat deze 'leden' de bescherming misten die het preventief toezicht bij oprichting van een vereniging hen bood, waardoor een vlucht naar en misbruik van de stichtingsvorm werd gevreesd. In dit aspect speelde het typologisch karakter van het lidmaatschap enige rol, maar ook hier dicteerde de duale benadering dat het ledenverbod in dit opzicht slechts werd overschreden wanneer aan dit tweede orgaan doorslaggevende bevoegdheden werden toebedeeld. Daar waar het ledenverbod werd gezien als de hoeder van dat andere kenmerk van de stichting, namelijk het autocratisch karakter van de rechtsvorm, speelde de typologische benadering van het lidmaatschap geen enkele rol. Het ging hier slechts om het voorkomen van de mogelijkheid de autocratische structuur van de stichting te ondergraven, dus het tegengaan van dualiteit binnen de stichting. De vraag welk type lieden dat tweede orgaan bemenst en met name de vraag of deze personen vergelijkbaar zijn met leden in een vereniging, speelt in dit aspect geen enkele rol.

Wanneer de conclusie is dat de duale benadering voorziet bij de wettelijke introductie van het ledenverbod bij stichtingen, moet de conclusie zijn dat het instellen van een raad van toezicht binnen de stichting waaraan doorslaggevende bevoegdheden worden toegekend, op uiterst gespannen voet staat met de ratio leges van het ledenverbod.

#### 9. Ontwikkelingen in wetgeving; het Wetsvoorstel Herzieningswet toegelaten instelling volkshuisvesting<sup>46</sup>

De moderne benadering van de governance van maatschappelijke ondernemingen in de vorm van een stichting staat op gespannen voet met de wettelijke structuur van die rechtsvorm. Illustratief is in dit verband het Wetsvoorstel 'Herzieningswet toegelaten instelling van volkshuisvesting'. Eén van de redenen voor het indienen van dit wetsvoorstel was de constatering dat het interne toezicht bij toegelaten instellingen (woningcorporaties<sup>47</sup>) niet voldoende in staat is gebleken om de ontwikkelingen in professionalisering en schaalvergroting in deze branche bij te houden en bestuurders van woningcorporaties effectief te controleren.<sup>48</sup> Hiermee wordt ongetwijfeld gedoeld op de reeks problemen die zich bij verschillende woningcorporaties hebben voorgedaan.<sup>49</sup>

In dit wetsvoorstel wordt de kracht van het interne toezicht verankerd. Onderdeel hiervan is het vastleggen van taken en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan

binnen de woningcorporatie; de raad van toezicht.<sup>50</sup> In het wetsvoorstel wordt onder meer bepaald dat in het geval de woningcorporatie een stichting is, de raad van toezicht de bevoegdheid heeft het bestuur te benoemen (artikel 25 lid 1), te schorsen en te ontslaan (artikel 25 lid 4). Daarnaast is voor het nemen van een aantal belangrijke besluiten de goedkeuring van de raad van toezicht vereist (artikel 26) en vindt vaststelling van de jaarrekening van de stichting plaats door de raad van toezicht (artikel 35). Bovendien is de raad van toezicht bevoegd zijn eigen leden te benoemen (artikel 30 lid 2). Het bestuur is weliswaar bevoegd de statuten te wijzigen, maar deze bevoegdheid kan statutair ook aan een ander orgaan, zoals de raad van toezicht, worden toegekend (artikel 24 lid 1). Los van de vraag of de bevoegdheid tot statutenwijziging bij de raad van toezicht ligt is de macht van het bestuur in dit kader niet alleen krachtig gemitigeerd door het feit dat benoeming en ontslag als gezegd in handen is van de raad van toezicht, maar wordt deze nog eens verder ontnomen door het voorschrift dat voor het wijzigen van de statuten goedkeuring van de minister is vereist (artikel 23 lid 2).

Onzes inziens is deze wettelijk voorgeschreven structuur in strijd met het ledenverbod bij de stichting. In de voorgestelde structuur ligt de hoogste macht, zo niet feitelijk alle macht, bij de raad van toezicht, op welke wijze een duaal model binnen de stichting wordt gecreëerd. De vraag of de positie van de leden van de raad van toezicht vergelijkbaar is met die van leden binnen een vereniging blijkt enerzijds, in ieder geval historisch gezien, nauwelijks relevant en anderzijds niet of nauwelijks in zijn algemeenheid te beantwoorden.

Opvallend is dat in de parlementaire geschiedenis, voor zover wij hebben waargenomen, geen aandacht wordt besteed aan de spanning met het ledenverbod bij stichtingen. Dit leerstuk lijkt te worden 'vergeten' om ook bij de stichting een goede governance mogelijk te maken, waarbij intern toezicht met sanctioneringsmogelijkheden noodzakelijk wordt geacht. En zoals eerder opgemerkt is dit niet alleen aan de orde in de sfeer van de volkshuisvesting, maar ook bij andere maatschappelijke ondernemingen in de vorm van een stichting. Men denke hierbij aan de zorgsector, waar in de Zorgbrede Governance Code 2012 is bepaald dat de raad van toezicht de bevoegdheid heeft om de bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan en allerhande belang-

<sup>46</sup> Kamerstuknummer 32769.

<sup>47</sup> De term woningcorporatie wordt niet in de wet gehanteerd. De wettelijke term is 'toegelaten instellingen'. Desalniettemin wordt doorgaans de term woningcorporatie gebezigd en zal deze term hieronder dan ook zo veel mogelijk worden aangehouden.

<sup>48</sup> *Kamerstukken II* 2010/11, 32769, nr. 3 (MvT), p. 2.

<sup>49</sup> Denk in dit verband bijv. aan WSG, Servatius en Vestia.

<sup>50</sup> In de parlementaire geschiedenis worden de termen 'commissarissen', hetgeen verwijst naar de raad van commissarissen en 'raad van toezicht' door elkaar gebruikt. Dit kan zorgen voor enige verwarring. De minister heeft de suggestie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht om te spreken van 'leden van het toezichthoudend orgaan' in plaats van 'commissarissen' echter niet overgenomen. M. van Olffen & N.M. van Dijk, Een ingrijpende verbouwing voor woningcorporaties!, *Ondernemingsrecht* 2013/42. Of voldaan wordt aan de typologie van lidmaatschap kan mede afhangen van de betrokkenheid van de leden van de raad van toezicht bij het doel van de stichting, bijv. blijkend uit de binding die een lid van de raad van toezicht blijkt te hebben met kringen van bij de stichting en het stichtingsdoel betrokken belanghebbenden, zoals bewoners of de overheid.

rijke bestuursbesluiten zijn onderworpen aan voorafgaande goedkeuring door het toezichthoudend orgaan.<sup>51</sup>

De conclusie lijkt te zijn dat de stichtingsvorm een stille revolutie heeft doorgemaakt, waarbij de ooit gedachte wettelijke kenmerken van het ontbreken van leden, alsook het autocratisch karakter van de stichting, feitelijk verdwijnt bij de maatschappelijke ondernemingen in deze rechtsvorm.<sup>52</sup>

Het zich voltrekken van stille revoluties heeft voordelen, maar in dit kader lijken de nadelen toch te zwaar te wegen. Immers, het op deze wijze structureren van de stichting draagt een, in ieder geval potentieel, dubbel risico in zich. Op de eerste plaats zou in voorkomend geval de rechterlijke conclusie getrokken kunnen worden dat de stichting in strijd met het ledenverbod is gestructureerd, hetgeen de aanleiding zou kunnen vormen voor rechterlijke ontbinding van de stichting. Een ander risico dat wij zien volgt uit een iets andere benadering van de consequentie van schending van het ledenverbod, namelijk dat de raad van toezicht uitgerust met deze bevoegdheden moet worden beschouwd als een bestuursorgaan van de stichting (algemeen bestuur) waaraan, overeenkomstig de mogelijkheden die artikel 2:9 BW biedt, bestuurlijke taken en bevoegdheden zijn toegekend. De stichting mag immers geen duale structuur kennen. In deze benadering is de rechtszekerheid eveneens in het geding nu het aansprakelijkheidsprofiel van de leden van de raad van toezicht anders is dan aanvankelijk was gpercipieerd.

Een aantal mogelijkheden voor oplossing van deze problematiek is denkbaar. Overwogen zou kunnen worden het ledenverbod bij stichtingen te schrappen. Argument voor deze aanpak zou kunnen zijn dat het oorspronkelijke doel van het ledenverbod als middel ter bestrijding van misbruik van de stichting is komen te vervallen nu de koninklijke bewilliging bij oprichting van verenigingen al lange tijd geleden is geschrapt. Ten aanzien van het doel van het ledenverbod als beschermer van het autocratisch karakter van de stichting zou kunnen worden opgemerkt dat de maatschappelijke perceptie op dit punt blijkbaar veranderd is en er behoefte bestaat aan een volstrekt te democratiseren en dual te structureren stichting. Bijkomend argument in dit kader zou kunnen zijn dat de regeling van het ledenverbod ook in dit opzicht altijd een papieren tijgertje is geweest, wijzend op het vrijwel ontbreken van juridische procedures waarbij getracht werd een stichting te doen ontbinden

op grond van schending van het ledenverbod. Ten slotte zou de vraag opgeworpen kunnen worden wie nu eigenlijk wordt beschermd door het ledenverbod in termen van het waarborgen van het autocratisch karakter van de stichting. Oprichters (en later in beginsel bestuurders) bepalen bij de statutaire vormgeving van de stichting de structuur van die stichting en dus ook de machtspositie van het bestuur, waarbij men zelfs gebruik kan maken van de mogelijkheid om de statuten van de stichting niet voor wijziging vatbaar te doen zijn.

Wanneer men niet tot wijziging van het stichtingsprofiel in deze zin zou willen overgaan is een alternatief de maatschappelijke onderneming uitsluitend te structureren in de rechtsvorm van een vereniging, coöperatie<sup>53</sup> of eventueel kapitaalvennootschap zonder winstoogmerk<sup>54</sup>. Op die manier zou de organisatie een, vanuit governance perspectief, aantrekkelijk pluralistisch karakter vertonen, nu het speelveld steeds zou worden gevormd door ten minste drie organen. Dit heeft als voordeel dat het disfunctioneren van een raad van toezicht effectief kan worden aangepakt, hetgeen lastig is wanneer de raad van toezicht feitelijk de hoogste macht binnen de rechtspersoon vormt. De leden van de vereniging, vertegenwoordigende de bij de maatschappelijke onderneming betrokken 'constituencies', hebben in die structuur een krachtige incentive, namelijk hun een eigen belang, om op het functioneren van zowel het bestuur als de raad van toezicht toe te zien.<sup>55</sup>

## 10. Conclusie

De conclusie is dat het modern gebruik van de stichting spanning vertoont met de wettelijke regeling van deze rechtsvorm. Illustratief hiervoor is het Wetsvoorstel 'Herziening toegelaten instellingen volkshuisvesting', waar de raad van toezicht als hoogste macht binnen de stichting wordt gepositioneerd, hetgeen volgens ons in strijd is met het ledenverbod. Hoewel het moderne gebruik vanuit 'governance perspectief' voordelen heeft, zijn er ook nadelen aan verbonden. Zo kan een rechter oordelen dat de stichting in strijd met het ledenverbod is gestructureerd, hetgeen rechterlijke ontbinding tot gevolg kan hebben. Een andere

51 Zie art. 4 van de Zorgbrede Governance Code. Hoewel geen wet is het dwingend karakter van deze bepalingen van 'soft law' in dit type codes, waarbij veelal de pas toe of leg uit-regel geldt, praktisch groot.

52 Het kabinet definieerde maatschappelijke ondernemingen als zelfstandige non-profitorganisaties met een maatschappelijke doelstelling. Zie de adviesvraag aan de SER in verband met 'Ondernemerschap in publieke dienstverlening' ([www.ser.nl/-/media/db\\_deeladviezen/2000\\_2009/2005/b23491\\_b1%20pdf.ashx](http://www.ser.nl/-/media/db_deeladviezen/2000_2009/2005/b23491_b1%20pdf.ashx)). Overes wijst erop dat titel 6 van Boek 2 niet is geschreven met het oog op stichtingen die een instelling of onderneming in stand houden (C.H.C. Overes, De stichting en governance: bestuur en toezicht, in: Lennarts, Van Veen & Zaman 2011, p. 62). Het spanningsveld tussen het ledenverbod en goede governance bij deze stichtingen zou daarvoor verklaard kunnen worden.

53 Voor woningcorporaties kan de coöperatie (vooralsnog) geen alternatief zijn, omdat de Woningwet vereist dat de woningcorporatie een stichting of vereniging is (art. 70 Woningwet).

54 Een vergelijkbaar opvatting ventileerde de Sociaal Economische Raad (SER) in zijn advies betreffende 'Ondernemerschap voor de publieke zaak' uit 2005. De andere door de SER aangedragen mogelijkheid, namelijk het instellen van een 'raad van maatschappelijke rekening en verantwoording', lijkt eveneens op gespannen voet te staan met het ledenverbod bij stichtingen.

55 Deze opvatting komt ook terug in art. 31 van het Wetsvoorstel Voorstel Herzieningswet toegelaten instelling volkshuisvesting. In dit artikel is bepaald: "Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de toegelaten instelling en de door haar in stand gehouden onderneming, naar het te behartigen maatschappelijke belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden." Zie voor kritiek op deze norm voor de raad van toezicht: Olfen & Van Dijk, Een ingrijpende verbouwing voor woningcorporaties!, *Ondernemingsrecht* 2013/42. Zij hadden liever gezien dat de bepaling meer had aangesloten bij het vennootschappelijk belang zoals (onder meer) omschreven in art. 2:140/250 lid 2 BW, welke ook was opgenomen in principe III.1 van de Governance Code Woningcorporaties.

verdedigbare invalshoek is dat de raad van toezicht moet worden beschouwd als het algemeen bestuur, naast het statutair bestuur dat als dagelijks bestuur wordt aangemerkt. In deze benadering verandert het aansprakelijkheidsprofiel van de leden van de raad van toezicht.

Deze, voor de praktijk weerbarstige, problematiek kan op een aantal manieren worden opgelost. Het ledenverbod bij de stichting zou kunnen worden geschrapt. Het schrappen van dit materieel kenmerk van de stichting is goed verdedigbaar nu de ratio aan (handhaving van) het ledenverbod, bestrijding van misbruik van de stichtingsvorm, is komen te ontvallen. Een andere oplossing is maatschappelijke ondernemingen niet meer te structureren in de vorm van een stichting, maar alleen nog in de vorm van de rechtspersoon met een pluralistisch karakter. Wij menen dat het, vooral met het oog op de rechtszekerheid, van belang is om de spanning tussen de wettelijke regeling en het moderne gebruik van de stichting te elimineren. Dit artikel bevat een eerste inventarisatie van de mogelijkheden daartoe en kan aanleiding geven voor een nadere studie van, bijvoorbeeld, het Wetsvoorstel 'Herziening toegelaten instellingen volkshuisvesting', dat thans aanhangig is bij de Eerste Kamer.