

College 'De Stichting'

mr. S. van de Griek

Universiteit van de Nederlandse Antillen

Dinsdag 30 maart 2010 van 19.00 - 20.30 uur

De Stichting

1. We zullen vandaag de gewone stichting, de SPF en de 'mini-enquete' bespreken. Deze regeling vindt u in de artikelen 50 en verder.
2. "De stichting en de stichting particulier fonds zijn als zodanig bij notariële akte opgerichte rechtspersonen die geen leden of aandeelhouders kennen en beogen met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.", zo bepaalt art. 50 lid 1.
3. Om discussie te voorkomen bepaalt de wet wie niet als leden worden aangemerkt:
 - a. personen aan wie bij of krachtens de statuten de bevoegdheid is gegeven om in de vervulling van ledige plaatsen in organen van de stichting te voorzien of om bestuurders of leden van andere organen van de stichting te schorsen en te ontslaan (art. 50 lid 2 sub a);
 - b. deelnemers aan een pensioenfonds dat door de stichting wordt beheerd (art. 50 lid 2 sub b).
4. Een stichting mag dus geen leden hebben (zoals de vereniging wel heeft). Indien dat toch het geval is dan kan de stichting door de rechter worden ontbonden (art. 24 lid 1 onder a of c).
5. De regeling van de gewone stichting is grotendeels afkomstig uit de Nederlandse regeling voor de stichting. De stichting particulier fonds (SPF) is een aparte regeling. Het is een stichting vorm die Nederland niet kent. Wijziging van rechtsvorm tussen stichting en SPF is niet mogelijk door statutenwijziging. Voor wijziging is omzetting vereist (art. 300 e.v.).
6. Gezien de plaats van de regeling van de stichting en de SPF in boek 2 BW is de algemene regeling van boek 2 ook op de stichting en SPF van toepassing.
7. Een gewone stichting kan gebruikt worden voor ideële doelen of kan optreden als administratiekantoor die het beheer voert bij certificering van aandelen. (Daarbij is het Administratiekantoor de juridische eigenaar van de aandelen en hebben de certificaathouders de economische eigendom van de aandelen.).

8. Een stichting mag commerciële activiteiten hebben, een bedrijf uitoefenen. Immers, de wet kent geen verbod daartoe voor de gewone stichting. De SPF mag uitdrukkelijk geen bedrijf uitoefenen. Immers, art. 50 lid 5 bepaalt: “Het doel van een stichting particulier fonds mag niet inhouden het uitoefenen van een bedrijf.” Datzelfde wordt niet bepaald voor de gewone stichting.
9. Lid 6 van art. 50 bepaalt wat niet als een bedrijf voeren wordt aangemerkt, namelijk:
 - a. het zich bezig houden met de belegging van haar kapitaal, ongeacht de aard van die beleggingen;
 - b. het houden van een belang in een andere rechtspersoon;
 - c. het deelnemen in een commanditaire vennootschap als commanditaire vennoot.
10. Beleggings- en kapitaal activiteiten mogen derhalve wel worden uitgeoefend in de SPF. In de praktijk ziet men ook vaak dat de SPF wordt gebruikt als beheerder of verhandelaar van onroerend goed, maar ook als exploitierder van onroerend goed, bijvoorbeeld verhuur van onroerende zaken. Aangenomen wordt wel dat dit ook niet als het voeren van een bedrijf moet worden gezien. Handel in onroerend goed in een SPF heeft ook weer fiscale voordelen, zoals vrijstelling van overdrachtsbelasting.
11. Een gewone stichting mag geen uitkeringen doen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen of aan anderen, tenzij de uitkeringen aan die anderen een ideële of sociale strekking hebben (art. 50 lid 3). In dit lid is dus het uitkeringsverbod neergelegd. De wet bepaalt dat het doel niet deze uitkeringen mag zijn. Omdat de stichting niets mag doen wat niet uit het statutaire doel blijkt, zijn deze uitkeringen dus verboden. Het vierde lid van art. 50 bepaalt dat uitkeringen die voortvloeien uit een recht op pensioen wel zijn toegestaan. Een stichting mag derhalve wel bestaan met als doel pensioensuitkeringen.
12. Het uitkeringsverbod is uitdrukkelijk niet opgenomen voor de SPF. De SPF mag derhalve wel uitkeringen aan oprichters en andere betrokkenen doen, ook (en juist) zonder ideële strekking. Om een praktijk voorbeeld te geven van het gebruik van de SPF maak ik een uitstapje naar de e-commerce en de trustwereld. De SPF wordt bijvoorbeeld in de E-commerce met trustconstructies regelmatig gebruikt om te fungeren als aandeelhouder. Bijvoorbeeld een vennootschap die in een e-zone is gevestigd (vanwege het 2% winst belasting tarief in geval van bepaalde diensten of handel in goederen aan het buitenland) heeft als aandeelhouder een SPF. Daarvoor wordt vaak gekozen omdat de SPF weer andere fiscale voordelen heeft, waarbij dividend onbelast kan worden uitgekeerd aan de SPF. De SPF mag vervolgens uitkeringen doen aan oprichters en/of andere belanghebbenden, zodat daarmee een hoop belasting kan worden bespaard. Overigens, wordt aangenomen dat de uitkeringen niet structureel (en niet vaak) mogen zijn, zodat een dergelijke constructie niet mogelijk is indien de oprichter of belanghebbende afhankelijk is van de inkomsten van de e-zone vennootschap. De SPF zal overigens vermoedelijk minder vaak gebruikt worden

omdat de Nederlandse wetgever de schenkings- en erfwetgeving onlangs heeft aangepast, waarbij waarschijnlijk het vermogen dat in de SPF/Trust constructie is ingebracht zal worden toegerekend aan de inbrenger, zodat alsnog daarover belasting moet worden betaald.

13. Een gewone stichting kan dus een commercieel karakter hebben. De wetgever heeft daarin echter niet de noodzaak gezien om bijzondere eisen aan de jaarrekening van een stichting te stellen. De regeling van art. 15 lid 2 heeft gelding: "(...) een jaarrekening, ten minste bestaande uit een balans en een staat van baten en lasten, op te maken en op papier te stellen".
14. De oprichting van een stichting en SPF moet altijd notarieel geschieden. Indien de oprichter nog leeft gebeurt dat bij notariële akte (art. 50 lid 1). Indien de oprichter niet meer leeft, geschiedt de oprichting met de uiterste wilsbeschikking (art. 52).
15. Art. 52 lid 1 bepaalt als volgt: "Wanneer een erflater iets heeft vermaakt aan een stichting die hij in een bij notariële akte gemaakte uiterste wilsbeschikking heeft opgericht, is de stichting erfgenaam of legataris, naar gelang het haar vermaakte aan een erfstelling of aan een legaat beantwoordt".
16. Indien de uiterste wil een andere vorm heeft en daarin is verklaard dat de erflater de wens heeft dat een stichting in het leven wordt geroepen, dan wordt die wilsbeschikking beschouwd als een last opgelegd aan de gezamenlijke erfgenamen om die stichting op te richten (art. 52 lid 2).
17. "Degene op wie een last om een stichting op te richten rust, kan daartoe op vordering van het openbaar ministerie worden veroordeeld door de rechter in eerste aanleg van het eilandgebied waar de erflater ten tijde van zijn overlijden woonde of, indien de erflater zijn laatste woonplaats niet binnen de Nederlandse Antillen had, door de rechter in eerste aanleg te Curacao. De rechter kan bepalen, dat het vonnis dezelfde rechtskracht heeft als een in wettige vorm opgemaakte akte van hem die tot de rechtshandeling gehouden is of dat een door de rechter aan te wijzen vertegenwoordiger de handeling zal verrichten" (art. 52 lid 3). De kosten die de vertegenwoordiger maakt komen voor rekening van de erfgenamen.
18. In de statuten moet de naam van de stichting of SPF worden vermeld met daarbij opgenomen het woord 'stichting' respectievelijk 'stichting particulier fonds' of een vertaling daarvan (art. 51 lid 1 sub a). Verder moeten de statuten inhouden: het doel van de stichting, de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurders, het eilandgebied waar de stichting zetelt en de bestemming van het overschot na vereffening in geval van ontbinding van de stichting of de wijze waarop de bestemming zal worden vastgesteld (lid 1).
19. Statutenwijziging kan enkel plaatsvinden indien de statuten daartoe een opening bieden (art. 51 lid 2). En er is een notariële akte vereist voor statutenwijziging. Indien de mogelijkheid van statutenwijziging niet in de statuten is opgenomen, kan de rechter verzocht worden tot statutenwijziging op te dragen. Art. 53 lid 1 bepaalt het volgende: "Indien ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen, die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild,

en de statuten de mogelijkheid van wijziging uitsluiten of daarin niet voorzien, of zij die tot wijziging de bevoegdheid hebben zulks nalaten, kan de rechter op verzoek van een oprichter, van het bestuur of van het openbaar ministerie de statuten wijzigen.” Wijziging door de rechter vereist dus dat ongewijzigde handhaving van de statuten onaanvaardbaar zou zijn in het betreffende geval. Dat kan bijvoorbeeld zijn omdat ongewijzigde handhaving van de statuten zou leiden tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijs niet kunnen zijn gewild.

20. “De rechter wijkt daarbij zo min mogelijk van de bestaande statuten af. Indien wijziging van het doel noodzakelijk is, wijst hij een doel aan dat aan het bestaande verwant is. Met inachtneming van het vorenstaande is de rechter bevoegd, zo nodig, de statuten op andere wijze te wijzigen dan is verzocht.” (art. 53 lid 2). De statuten kunnen ook worden gewijzigd door de rechter om ontbinding van de stichting te voorkomen (art. 53 lid 3). (Pagina 174 noemt hierbij art. 53 lid 4; dit moet zijn lid 3.)
21. De bevoegdheden die de rechter zijn toebedeeld in artikel 53 kan hij ook ambtshalve (dus zonder verzoek daartoe; op eigen initiatief) uitoefenen in een geding waarin ontbinding van een stichting is verzocht ex art. 53 lid 3.
22. Art. 57 bepaalt dat de rechter de stichting kan ontbinden op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, indien:
 - a. “het vermogen van de stichting ten enenmale onvoldoende is voor de verwezenlijking van haar doel en in hoge mate onwaarschijnlijk is dat een voldoende vermogen door bijdragen of op andere wijze binnen afzienbare tijd zal worden verkregen”;
 - b. of “het doel der stichting is bereikt of niet meer kan worden bereikt en wijziging van het doel niet aanmerking komt”, zo bepaalt het eerste lid van art. 57.
23. “De rechter kan des verzocht of ambtshalve de stichting ontbinden tegelijk met de afwijzing van een verzoek als bedoeld in artikel 53 of 56”, dus tegelijk met de afwijzing van een verzoek tot statutenwijziging of een verzoek tot benoeming van bestuurders (art. 57 lid 2).
24. Art. 57 lid 3 verklaart art. 24 lid 4 tot en met 8 van toepassing. Deze leden geven de procedure aan die de rechter volgt bij ontbinding van de stichting.
25. Als het door de statuten voorgeschreven bestuur ontbreekt of niet alle zetels zijn gevuld, en een regeling daarvoor ontbreekt in de statuten, kan een belanghebbende of het openbaar ministerie de rechter verzoeken om nieuwe bestuurders aan te wijzen. De rechter volgt daarbij zoveel als mogelijk hetgeen wel in de statuten is geregeld (art. 56 lid 1). Op verzoek of ambtshalve kan de rechter tegelijkertijd een verzoek ex art. 55 toewijzen (dus een bestuurder ontslaan) (art. 56 lid 2).

De Stichting Particulier Fonds

26. De stichting particulier fonds, afgekort als SPF en ook wel 'private foundation' genoemd, wordt veelal gebruikt voor vermogensopbouw of -bescherming. Zoals eerder al aangegeven is de Nederlandse wetgever druk bezig geweest om de voordelen voor Nederlandse ingezetenen om zich van een SPF te bedienen te beperken. Inmiddels is de schenkings- en erfwetgeving zodanig aangepast dat de SPF/Trust constructie bij een Nederlandse inbrenger als 'fiscaal transparant' wordt gezien. Dat houdt in dat het vermogen dat in de SPF / Trust constructie wordt gebracht nog steeds wordt beschouwd als vermogen van de Nederlandse inbrenger en deze als zodanig wordt belast. Nederland heeft lange tijd onderzoek gedaan naar in Curacao ingeschreven SPF's, met name die SPF's met een nogal Nederlands klinkende naam om te onderzoeken of vermogen uit Nederland toch in de belastingheffing kon worden betrokken.
27. Als gezegd kan de SPF ook ingezet worden als aandeelhouder, waarbij dividend uit de vennootschap kan doorstromen in de SPF zonder belastingheffing.
28. De SPF is in het leven geroepen om tegemoet te komen aan de wens in de financiële markt particulier of familievermogen af te zonderen, zonder dat er een uitkeringsverbod geldt, zoals dat bij de gewone stichting wel het geval is.
29. De vormgeving en uitwerking van de SPF heeft kenmerken van de Anglosaksische trust die voor vermogensopbouw en – beheer wordt gebruikt. De trust bezit echter geen rechtspersoonlijkheid zoals de SPF, waarmee de SPF het vermogen in beginsel sterker kan afschermen. Bij de trust figuur is namelijk de trustee de beheerder, die rechthebbende wordt gemaakt op een bepaald vermogen, terwijl hij daarbij geen of nauwelijks een economisch belang heeft. De begunstigde (beneficiary) heeft daarbij aanspraken jegens de trustee en ook een bepaalde goederenrechtelijke bescherming. Ook al is de trust niet een figuur met rechtspersoonlijkheid, toch vormt het trust vermogen wel een soort afgescheiden vermogen, immers crediteuren van de trustee kunnen zich niet verhalen op het trust vermogen. Er bestaat echter wel het risico dat het trustvermogen wordt vermengd met het privé vermogen van de trustee, waardoor verhaal door crediteuren van de trustee op het trustvermogen toch feitelijk mogelijk wordt.
30. In beginsel biedt de SPF daarmee derhalve meer zekerheid dan de trust. Maar in de praktijk hoeft dat niet het geval te zijn. Immers, in de situatie dat de SPF één bestuurder heeft en naast het bestuur niet nog een ander orgaan, en de bestuurder onrechtmatig gelden van de SPF doorsluis naar zijn eigen bankrekening, dan zijn de gelden toch weg, ondanks het afgescheiden vermogen van de SPF. Bij een SPF met alleen een bestuur is het toezicht en de mogelijke controle in vergelijking met andere rechtspersonen tenslotte veel kleiner.
31. De SPF moet (overigens net als de gewone stichting) een lokale bestuurder of vertegenwoordiger hebben. Dat mag een natuurlijke persoon of een rechtspersoon zijn. In de praktijk zult u zien (in het stichtingenregister) dat de bestuurder in veel gevallen een trustkantoor is. In de statuten hoeft niet

opgenomen te worden aan wie de uitkeringen worden gedaan (de begunstigden; beneficiairies). Het mag wel opgenomen worden, maar scheidt geen afdwingbaar recht voor de begunstigden.

32. Veelal wordt er een Letter of Wishes (LOW) opgesteld door de insteller, waarin begunstigden worden aangewezen en de verdere wensen van de insteller ten aanzien van uitkeringen. De begunstigde kan ook de insteller zelf zijn. Nu de insteller vaak niet de oprichter is en de begunstigden niet in de openbare stukken worden genoemd, is het voor buitenstaanders niet duidelijk wie begunstigd is ten aanzien van die SPF. Omdat het vermogen van de SPF juridisch niet het vermogen is van de begunstigde of van de insteller, maar zij daartoe wel min of meer gerechtigd zijn, wordt dit vermogen ook wel eens 'zweefvermogen' genoemd.
33. Voor degene die vermogen wil afzonderen of veiligstellen kan de SPF een zeer gunstige rechtsvorm zijn. Echter, voor crediteuren van de insteller of begunstigde is deze situatie vaak heel ongunstig. Immers, de crediteur heeft geen vordering op de SPF dus kan daar gaan verhaal halen. En het vermogen is niet meer bij de debiteur, dus kan ook bij de debiteur geen verhaal halen. Bovendien is de LOW niet een bindend document, zodat, ook al krijgt de crediteur die LOW in zijn bezit, hij ook daaruit niet een aanspraak van de begunstigde, zijn debiteur, op dat vermogen kan afleiden. In zeldzame gevallen waarin bewezen kan worden door de ontstaansgeschiedenis van de betreffende vennootschappelijke constructie in documentatie en correspondentie, kan met in rechtszaken door de juridische structuur heen prikken.
34. Ik heb zelf een aantal procedures gevoerd waarbij de insteller/begunstigde opdracht had gegeven tot oprichting van de SPF aan een trustkantoor, waarbij dat trustkantoor enig bestuurder zou worden van de SPF. De insteller/begunstigde die een deel van zijn vermogen in de SPF had ondergebracht wilde uiteindelijk weer de controle terug over zijn vermogen en eiste dat het trustkantoor zou aftreden als bestuurder, zodat de insteller/begunstigde een ander als bestuurder kon aanstellen en op die manier via die nieuwe bestuurder, die hij wel vertrouwde, weer controle kon uitoefenen over zijn vermogen. Het trustkantoor weigerde af te treden als bestuurder. De insteller/begunstigde had dus geen enkele controle meer of 'zijn' vermogen. Door te bewijzen dat de insteller/begunstigde de opdracht tot oprichting van de SPF had gegeven aan het trustkantoor, insteller/begunstigde de inbreng van het vermogen had gedaan en er ook per email diverse afspraken en intenties over en weer waren uitgesproken, hebben we ervoor kunnen zorgen dat de rechter het trustkantoor heeft opgedragen af te treden als bestuurder en mee te werken aan overdracht van de dossiers en inschrijving van de nieuwe bestuurder in het Handelsregister.
35. Zoals u ziet kan het vele voordelen hebben om via de SPF vermogen af te scheiden of veilig te stellen, maar moet u er wel zeker van zijn dat het vermogen ook daadwerkelijk veilig gesteld is. Zo niet, dan kan deze keuze juist tot grote problemen leiden.
36. In het boek van mr Frielink worden vier in de praktijk veel voorkomende SPF vormen genoemd. Ik zal deze met u doornemen.

37. De eerste noemt Frielink de 'recht toe recht aan stichting'. Bij deze vorm wordt alleen rekening gehouden met de twee wettelijke vereisten die aan statuten van de SPF worden gesteld. De statuten moeten er blijk van geven dat het om een SPF gaat én het doel moet zodanig zijn dat het niet gaat om het uitoefenen van een bedrijf. Deze vorm komt weinig voor.
38. Bij de tweede vorm van SPF worden in de statuten bijzondere rechten toegekend aan de oprichter (founders' rights). Er kan bepaald worden dat de goedkeuring van de oprichter nodig is voor het doen van uitkeringen, dus goedkeuring van de persoon aan wie wordt uitgekeerd en het bedrag van de uitkering. Ook kan de goedkeuring van de oprichter nodig zijn voor benoeming van bestuurders. Ook kan goedkeuring van de oprichter nodig zijn voor wijziging van de statuten.
39. Omdat de oprichter/insteller meestal niet bekend wil zijn om privacy redenen maar meestal om fiscale redenen, wordt de naam meestal niet genoemd in de statuten. De SPF wordt meestal opgericht door een trustkantoor, die tevens bestuurder wordt, en in de statuten wordt opgenomen dat de oprichtersrechten (de founders' rights) overdraagbaar zijn. De oprichtersrechten worden vervolgens door het trustkantoor overgedragen aan de insteller. Dit gebeurt met een onderhandse akte die in het trustdossier wordt opgenomen. Het document is niet openbaar. Tenslotte draagt de insteller pas het betreffende vermogen over aan de SPF.
40. Het derde model wordt in het boek het Raad van Advies model genoemd. De SPF wordt opgericht door een lokaal trustkantoor, dat ook hier bestuurder is van de SPF. De statuten bepalen bij deze vorm dat voor belangrijke beslissingen de goedkeuring van de Raad van Advies benodigd is. Bij belangrijke beslissingen kunt u denken aan het benoemen van bestuurders, het vaststellen van de begunstigen, de hoogte van de uitkeringen, omzetting, statutenwijzigingen, ontbinding, etc.
41. Ook weer om privacy of fiscale redenen worden de leden van de Raad van Advies in beginsel niet in de akte van oprichting benoemd, maar door de bestuurder, het trustkantoor, in een bestuursbesluit. De insteller zal in beginsel zelf geen zitting nemen in de Raad van Advies om geen fiscale risico's te lopen. Hij zal het trustkantoor in beginsel wel opdragen personen te benoemen die vertrouwenspersonen van de insteller zijn. De Raad van Advies stelt een huishoudelijk reglement op voor zichzelf, die idealiter zoveel mogelijk aansluit bij de statuten.
42. Vanuit fiscaal oogpunt is het belangrijk om substance te creëren, namelijk zoveel mogelijk aansluiting te creëren bij de werkelijkheid of fictie dat het feitelijke bestuur zich in de Nederlandse Antillen bevindt. Dit terwijl in veel gevallen de insteller, de achterligger, niet in de Nederlandse Antillen verblijft, maar vaak in Nederland of in omliggende landen woonachtig is. De Raad van Advies zal in beginsel vervolgens een LOW opstellen, gericht aan het bestuur van de SPF. In de LOW zal opgenomen worden in welke gevallen en met betrekking tot welke personen goedkeuring gegeven zal worden voor het doen van uitkeringen. De LOW is echter, zoals eerder gezegd, geen bindend documenten. Het bestuur noch de insteller kan aan de LOW juridisch enige rechten ontlennen.

43. Het is belangrijk om er in dit model voor te zorgen dat de Raad van Advies niet zodanig is gevormd dat ze is aan te merken als een Raad van Commissarissen. Daarvan zou sprake zijn als de Raad van Advies toezicht houdt op het bestuur (art. 19 lid 2). In dat geval mag er enkel sprake zijn van leden die natuurlijke personen zijn, zal de aansprakelijkheidsregeling voor commissarissen van toepassing zijn, en moeten de commissarissen worden ingeschreven in het Stichtingenregister, hetgeen vaak als niet gewenst wordt beschouwd.
44. Dan gaan we naar de vierde vorm, die in het boek wordt aangegeven als de meest gebruikte vorm. In het boek wordt deze de mengvorm genoemd. Bij deze vorm worden de taken en bevoegdheden verdeeld tussen de oprichtersrechten en een facultatieve Raad van Advies. De oprichter beslist of en wanneer er een Raad van Advies wordt ingesteld en tot instelling behoudt de oprichter alle rechten. Derhalve, indien de oprichter nooit een Raad van Advies laat instellen, behoudt hij altijd alle rechten.
45. Indien de insteller aandelen in een vennootschap wenst over te dragen aan de SPF, dan kan hij dit bij schenking doen of verkopen tegen een reële koopprijs. Indien de SPF niet de middelen heeft deze te voldoen, dan ontstaat een lening ten gunste van de insteller. Afhankelijk van de fiscale gevolgen zal de insteller de voorkeur hebben voor de ene of de andere wijze.

De mini-enquête

46. In de Nederlandse Antillen kennen we het enquêterecht, zoals in Nederland, niet. Wij hebben hier ook geen Ondernemingskamer zoals deze in Amsterdam is ingesteld.
47. In de Nederlandse Antillen bestaat een kleine enquêteregeling voor stichtingen, dus ook voor SPF'en. Deze is geregeld in artikel 54. Met deze regeling wordt getracht uitkomst te bieden in gevallen waarin er reden tot twijfel is aan het door de stichtingsorganen gevoerde beleid. Juist omdat de stichting geen leden of aandeelhouders heeft en er weinig tot geen feitelijk toezicht is, kan aan deze regeling behoefte bestaan. De rechter kan verzocht worden een onderzoek te gelasten naar de gang van zaken binnen de stichting. De rechter is daartoe niet verplicht.
48. De MvT bepaalt over de noodzaak van de enquête bij stichtingen het volgende: "Opgemerkt mag worden dat juist hier en niet in het bijzonder bij de commerciële rechtspersonen een – vereenvoudigde – enquêteregeling wordt voorgesteld. De reden is dat in de wettelijke structuur van de stichting, anders dan bij alle andere in boek 2 geregelde rechtspersonen, geen elementen zijn ingebouwd die een zekere democratische controle door de direct belanghebbenden kunnen waarborgen. In de praktijk is dan ook gebleken dat juist bij de stichting behoefte kan bestaan aan een door de rechter bevolen onderzoek naar het beleid en de gang van zaken en dit los van de vraag of de stichting commerciële of niet-commerciële doeleinden heeft."
49. "Bij ernstige twijfel of de wet of de statuten te goeder trouw worden nageleefd, dan wel het bestuur naar behoren wordt gevoerd, zijn het openbare ministerie en iedere belanghebbende bevoegd aan

het bestuur inlichtingen te verzoeken. De inlichtingen worden desgevraagd op schrift gesteld.” (art. 54 lid 1).

50. Als het om een SPF gaat, dan kan alleen het openbaar ministerie het verzoek ex lid 1 of lid 2 doen (art. 54 lid 9).
51. Over het begrip belanghebbende zegt de MvT het volgende: “Als belanghebbenden kunnen in elk geval worden aangemerkt degenen die in de statuten van de stichting als begunstigden worden genoemd. Bij gebreke van een voldoende specifieke bepaling kunnen als zodanig gelden degenen die in feite van de activiteiten van de stichting profiteren of de redelijke verwachting hebben daarvan te zullen profiteren. Als belanghebbenden kunnen ook worden aangemerkt de financiers van de stichting, eventuele subsidiegevers en leden van de organen van de stichting. Deze opsomming is uiteraard niet limitatief. In voorkomende gevallen ligt de beslissing uiteindelijk bij de rechter. Het niet of niet behoorlijk voldoen aan de inlichtingenplicht door het bestuur van de stichting levert een zelfstandige grond op voor een verzoek als bedoeld in het tweede lid [SG: verzoek aan de rechter om een onderzoek in te stellen]. Degene die overweegt zo’n verzoek te doen zal er over het algemeen verstandig aan doen met een verzoek om inlichtingen te beginnen. Het tweede lid stelt dit echter niet als voorwaarde. Het verzoek kan ook los van het al of niet vragen of verkrijgen van inlichtingen worden gedaan wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen.”
52. Het boek noemt als belanghebbenden ook: crediteuren, contractanten, subsidiegevers, de personen die aanspraak op een uitkering kunnen maken, werknemers en leden van de organen van de stichting.
53. Als het bestuur niet of niet behoorlijk de inlichtingen ex lid 1 verschaft, “alsmede wanneer er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, kan de rechter, op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie, een onderzoeker benoemen met de opdracht een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken bij de stichting gedurende een bepaald tijdvak en daarover voor een bepaald of nader vast te stellen tijdstip schriftelijk aan hem te rapporteren. De rechter kan aan de onderzoeker richtlijnen verstrekken met betrekking tot de wijze waarop hij zijn onderzoek inricht” (lid 2).
54. Die richtlijnen kunnen betrekking hebben op de wijze waarop verklaringen worden vastgelegd, of advocaten daarbij aanwezig mogen zijn of niet, de wijze van verslaggeving, etc.
55. “Het bestuur is gehouden aan het onderzoek alle vereiste medewerking te verlenen. De rechter is bevoegd te dier zake de hem geraden voorkomende bevelen te geven. De rechter kan bepalen dat de verzoeker zekerheid stelt voor de kosten van het onderzoek op de door hem vast te stellen wijze en tot een door hem vast te stellen maximum” (lid 3).

56. De rechter kan op verzoek van de onderzoeker getuigen en deskundigen horen. Op verzoek van de onderzoeker of van de verzoeker kan de rechter ook voorlopige voorzieningen ex art. 255 lid 3 treffen (lid 4), waaronder schorsing of tijdelijk aanstelling van bestuurders.
57. Het rapport van de onderzoeker wordt ter griffie neergelegd en in afschrift verstrekt aan de stichting en de verzoeker (lid 6).
58. Als uit het rapport van de onderzoeker blijkt dat een bestuurder kennelijk onbehoorlijk bestuur heeft gepleegd of dat zijn optreden als zodanig aan een behoorlijk functioneren van het bestuur in de weg staat, kan de rechter hem ontslaan (art. 55 lid 1). De rechter kan dit doen op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie (bij de SPF alleen door het openbaar ministerie, art. 55 lid 3).
59. De rechter kan daarbij bepalen dat een ontslagen bestuurder gedurende vijf jaar geen bestuurder van een stichting mag zijn (art. 55 lid 2).
60. In een recent arrest van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba van 23 februari 2010, een Arubaanse zaak (LJN: BL7886), werd door het Hof het verzoek tot ontslag van een bestuurder afgewezen omdat de gedragingen van de bestuurder naar oordeel van het Hof niet onbehoorlijk waren. Aruba kent een andere regeling (Landsverordening op stichtingen, Lvos), maar vanwege de beoordeling van de ernst van de gedragingen van de bestuurder, is dit arrest toch interessant in dit kader. Het Hof oordeelde als volgt:

“2.3 Bij de vraag of de rechter van de bevoegdheid tot ontslag van een stichtingsbestuurder in een concreet geval gebruik dient te maken, moet niet alleen worden beoordeeld of zich een of meer van de in art. 12 onder a en b Lvos genoemde omstandigheden voordoen maar dienen ook alle overige omstandigheden van het geval bij de beoordeling te worden betrokken. Zo kunnen onder meer de aard en de ernst van het aan de bestuurder verweten handelen of nalaten een rol spelen alsmede de binnen een stichting heersende bestuurscultuur.

2.4 De verwijten die aan [geintimeerde] worden gemaakt zijn, naar het Hof begrijpt:

a. [geintimeerde] heeft goedgevonden dat [J.L.] onbevoegd namens de stichting huurcontracten heeft ondertekend;

b. [geintimeerde] en [J.L.] hebben nimmer verantwoording afgelegd over de inkomsten van en het beheer over het stadion;

c. [geintimeerde] en [J.L.] hebben het stadion slecht (laten) onderhouden;

d. [geintimeerde] heeft onvoldoende notulen opgemaakt en/of niet alle notulen in afschrift aan de overige bestuursleden verstrekt.

2.5 Ten aanzien van de verwijten onder a en b heeft [appellant], ook tegenover de betwisting door [geintimeerde], onvoldoende gemotiveerd en (feitelijk) onderbouwd in welke opzicht [geintimeerde]

in strijd met de wet of statuten heeft gehandeld of zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer. Dat geldt ook voor het verwijt onder c. De exploitatie van het stadion is een verantwoordelijkheid van het gehele bestuur en in welk opzicht [geintimeerde] ten aanzien van de staat van het onderhoud van het stadion een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt, is onvoldoende gebleken. Aan deze verwijten gaat het Hof daarom voorbij.

2.6 Dat het notuleren en het verstrekken van afschriften van notulen niet geheel volgens de statuten is verlopen, staat vast. Met het GEA is het Hof evenwel van oordeel dat dit enkele gegeven niet het ontslag van [geintimeerde] rechtvaardigt. Het Hof verenigt zich met hetgeen het GEA daarover heeft overwogen. Dat door andere bestuursleden, waaronder de voorzitter, tegen het handelen of nalaten van [geintimeerde] ten aanzien van de notulen van bestuursvergaderingen in het verleden nimmer is geprotesteerd, heeft het GEA daarbij terecht als een factor van belang laten meewegen. De stelling in hoger beroep dat [geintimeerde] opzettelijk de rechten van [appellant] op inzage in de notulen zou hebben gefrustreerd, heeft [appellant] onvoldoende onderbouwd. Ook voor het overige is in hoger beroep niets (nieuws) aangevoerd dat tot een andere conclusie zou moeten leiden. Daarbij merkt het Hof op dat [appellant] het blijkens de pleitaantekeningen in hoger beroep nieuw aangevoerde verwijt dat [geintimeerde] zou hebben nagelaten ten spoedigste een bestuursvergadering bijeen te roepen om in de vacature als gevolg van het vertrek van [J.L.] te voorzien, ter zitting heeft laten vallen nu ook hij van mening was dat van [geintimeerde] niet kan worden verlangd een bestuursvergadering bijeen te roepen terwijl een bodemprocedure aanhangig is over de vraag wie nu eigenlijk als bestuursleden moeten worden aangemerkt. Dit verwijt behoeft dus geen bespreking meer.

2.7 Dit alles betekent dat het GEA het verzoek tot ontslag van [geintimeerde] als bestuurder van de stichting terecht heeft afgewezen. De bestreden beschikking zal worden bevestigd. (...).”

61. Zoals u kunt opmerken moeten de gedragingen van een bestuurder voldoende ernstig zijn om tot ontslag te komen. Terecht natuurlijk gezien de ingrijpende aard van de maatregel. Echter, als u goed heeft gelezen kunt u ook zien dat de vordering in dit arrest niet is afgewezen omdat de gedragingen van de betreffende bestuurder niet voldoende ernstig waren. De appellant had in casu niet voldoende onderbouwd om welke reden alleen deze bestuurder verwijtbaar zou hebben gehandeld, terwijl het bestuur uit meer leden bestaat. Zoals we in een eerder college hebben behandeld is het bestuur in zijn geheel verantwoordelijk voor deugdelijke uitoefening van de bestuurstaken, niet een enkele bestuurder. Er moeten dus bijzondere omstandigheden worden aangevoerd om welke reden alleen een enkele bestuurder verwijtbaar zou hebben gehandeld en niet het bestuur als geheel.

** alle genoemde artikelen betreffen artikelen van het Burgerlijk Wetboek van de Nederlandse Antillen (BW).*

** voor zover er geen boeknummer voorafgaat aan het artikel, dan geldt dat het artikel ziet op boek 2 BW betreffende rechtspersonen.*

* * * * *