

## 7 De stichting in concernverhoudingen

*Prof. dr. A.F.M. Dorresteyn*<sup>361</sup>

### 7.1 Inleiding

In sectoren waar ondernemingen traditioneel op non-profitbasis opereren, treft men vaak de stichting aan als rechtsvorm. Wanneer echter sprake is van toenemende marktwerking en een daarmee samenhangende noodzaak op commerciële basis te opereren, zal doorgaans een andere rechtsvorm zijn geïndiceerd. Door het ledenverbod en de beperkte mogelijkheden tot uitkering is de stichting immers niet geschikt om risicodragend kapitaal aan te trekken. Voor de overgang naar een andere rechtsvorm dienen zich verschillende methoden aan: de omzetting zoals geregeld in artikel 2:18 BW maar ook het laten doorzakken van de onderneming naar een nv of bv, al dan niet via juridische splitsing (artikel 2:334b lid 4 BW), eventueel gevolgd door verkoop van de aandelen. Dergelijke operaties geven aanleiding tot vragen op het vlak van besluitvorming en bescherming van het oorspronkelijke doelvermogen van de stichting en van de belanghebbenden bij de stichting.

In hoofdstuk 3 van dit boek wordt door Boschma en Snijder-Kuipers de bescherming van het (doel)vermogen van de stichting in verband met herstructurering belicht vanuit de wettelijke regeling voor de omzetting.<sup>362</sup> In mijn bijdrage zal het accent liggen op herstructurering door middel van andere operaties: doorzakken van de onderneming van de stichting en overdracht van vermogen aan een of meer satelietstichtingen. De omzetting komt ook aan de orde maar dan vooral ter vergelijking met genoemde andere operaties. Het gaat mij met name om de vraag onder welke voorwaarden een doorzakoperatie en een overdracht van vermogen aan satelietstichtingen zijn toegestaan. De aanleiding tot deze vraagstelling vormt de Optas-herstructurering welke in de periode 1990-1998 haar beslag kreeg maar pas in 2010 en 2011 werd 'afgerond' met een schikking en een arrest van de Hoge Raad. Ter verdere inleiding van de problematiek zal ik eerst de Optas-herstructurering schetsen (par. 2) en de vraag die daarbij is gerezen aan wie de opbrengst toekomt van de verkoop van de Optas-vennootschappen (par. 3). Daarna komen aan de orde het doorzakken van de onderneming van de stichting in een vennootschap (par. 4), de overdracht van vermogen aan satelietstichtingen (par. 5) en de omzetting van de (oorspronkelijke) stichting (par. 6). De bijdrage wordt besloten met enkele conclusies en aanbevelingen aan de wetgever (par. 7).

### 7.2. De Optas-herstructurering

De Optas-herstructurering<sup>363</sup> kan als volgt worden geschetst:

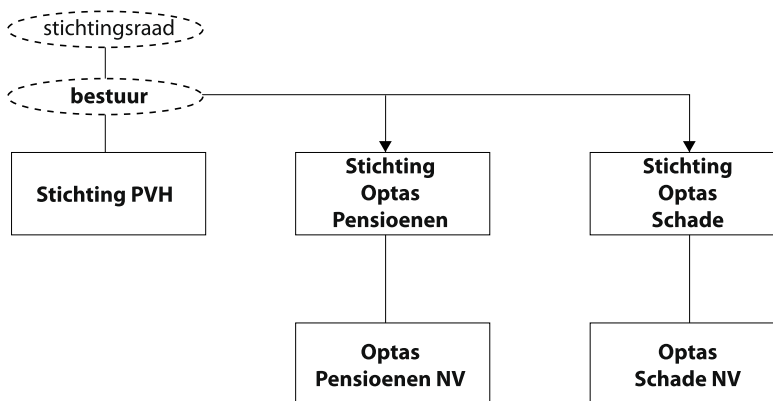
361 Prof. dr. A.F.M. Dorresteyn is hoogleraar Transnationale aspecten van het ondernemingsrecht, Universiteit Utrecht. Voorts is hij verbonden aan AKD Advocaten en notarissen.

362 Hoofdstuk 3, De bescherming van het (doel)vermogen van de stichting en herstructurering.

363 Zie voor de feiten OK 5 augustus 2009, JOR 2009/255 en de noot van Beckman. Zie voorts Brief van de minister SoZaWe van 10 december 2007, Kamerstukken 28294, nr. 32, Eva Nass in *Ondernemingsrecht* 2011/34, H. Koster in *Bedrijfsjuridische berichten*, 2011/31.

I. De in 1948 opgerichte Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (Stichting PVH) heeft als doel, kort gezegd, het treffen van voorzieningen ter zake van ouderdom, arbeidsongeschiktheid en overlijden van havenwerknemers.<sup>364</sup> Het bestuur van de stichting en de toezichhoudende stichtingsraad zijn paritair samengesteld uit vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers.

a. Stichting PVH gaat ook verzekeringen aanbieden aan werknemers die niet in het verplichte bedrijfstakpensioenfonds deelnemen. In de eerste helft van de 90er jaren brengt zij deze en andere commerciële activiteiten onder in twee door haar opgerichte nv's. Vervolgens worden de aandelen overgedragen aan twee eveneens door haar opgerichte stichtingen. De verplichte pensioenverzekering blijft beheerd door Stichting PVH. De besturen van de drie stichtingen bestaan uit dezelfde personen. Het resultaat kan als volgt worden weergegeven:



II. Vervolgens vindt enkele jaren later een verdergaande herstructurering plaats. Het motief is gelegen in wijzigingen in de doelgroep van de Stichting PVH en de daarmee samenhangende wens deze stichting om te vormen tot een commercieel opererende verzekeraar die bredere marktactiviteiten kan ondernemen. Achtereenvolgens vinden de volgende operaties plaats:

b. juridische fusie waarbij de Stichting Optas Schade ophoudt te bestaan en de Stichting Optas Pensioenen de verkrijgende partij is, waarbij haar naam wordt gewijzigd in Stichting Optas; deze stichting krijgt een onafhankelijk bestuur omdat de Stichting PVH op afstand wil komen te staan, o.a. om de verleiding te weerstaan pensioenreserves aan te wenden voor opvang van reorganisatiekosten in de havens;<sup>365</sup>

c. oprichting van Optas NV door Stichting Optas aan welke vennootschap zij de aandelen Optas Pensioenen NV en Optas Schade NV overdraagt;

d. omzetting, als bedoeld in art. 2:18 BW, van de Stichting PVH in Optas Pensioenen II NV waarbij alle aandelen worden uitgegeven aan Optas NV; of en in welke mate stich-

364 Letterlijk: 'het treffen van voorzieningen terzake van ouderdom, arbeidsongeschiktheid en overlijden ten behoeve van werknemers in en gewezen werknemers uit de vervoer-, haven- en aanverwante bedrijven en instellingen, alsmede ten behoeve van de nagelaten betrekkingen van deze (gewezen) werknemers'.

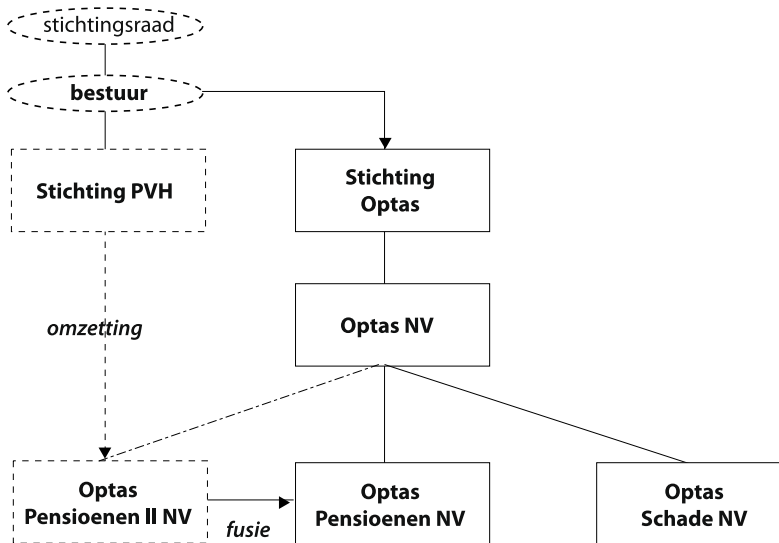
365 Brief van de minister SoZaWe van 10 december 2007, Kamerstukken 28294, nr. 32, p. 2-3. Remko Nods, Gevecht om 1,5 miljard, *Elsevier*, 31 januari 2009.

tingsvermogen is aangewend ter volstorting van deze aandelen of ter vorming van een statutaire reserve wordt in de arresten van OK en Hoge Raad inzake Optas niet vermeld; in ieder geval zijn de belanghebbenden bij de stichting geen aandeelhouder geworden en voor zover een beklemd statutaire reserve is gevormd, is die door de hierna te vermelden fusie overgegaan op Optas Pensioenen NV.<sup>366</sup>

III. De herstructurering wordt voltooid met de volgende stappen:

e. juridische fusie waarbij Optas Pensioenen II NV verdwijnt en Optas Pensioenen NV verkrijgt; de pensioenaanspraken worden met instemming van partijen opgenomen in nieuwe pensioenreglementen met winstdelingsregelingen op basis waarvan (beperkte) indexatie zal plaatsvinden;<sup>367</sup>

Het resultaat kan als volgt worden weergegeven:



f. wijziging van de statuten van Stichting Optas (door het bestuur, inmiddels bestaande uit onafhankelijke leden), onder andere inhoudende dat zij bevoegd is de aandelen in de Optas vennootschappen te verkopen en zodanige verruiming van haar doel dat de stichting de opbrengst van die verkopen kan aanwenden op een wijze die haar goedgevindt, onder andere door *financiering en/of realiseren van projecten van algemeen maatschappelijk belang met een culturele, ideële of sociale strekking*;

g. verkoop in 2007 van de aandelen Optas NV door de Stichting Optas aan Aegon voor een bedrag van € 1,3 miljard.<sup>368</sup>

366 Zie Rb Zwolle 28 februari 2003, JOR 2004/2 (Icare Thuiszorgwinkels) en Rb Zwolle 21 november 2003, JOR 2004/68 (Stichting het Gastouderburo).

367 Ingevolge de toen geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet is door DNB getoetst of de overgang zodanig is geregeld dat aan de wettelijke zekerheidseisen is voldaan, zie Brief minister, t.a.p., p. 3.

368 DNB geeft voor de verkoop een verklaring van geen bezwaar af, Brief minister, t.a.p., p. 3.

De herstructurering is niet onomstreden getuige de procedures die door de oorspronkelijke belanghebbenden bij de Stichting PVH zijn geïnitieerd:

- Stichting Deelnemersraad<sup>369</sup> Optas heeft met succes aanpassing gevorderd van formulering van de 'beklemmingsbepaling' in de statuten van Optas Pensioenen NV (Rb Rotterdam 18 februari 2004, JOR 2004/100);
- Stichting BPVH heeft vergeefs het ontslag verzocht van het bestuur van de Stichting Optas (Rb Rotterdam 10 januari 2008 LJN BC1641);
- Stichting BPVH heeft deels met succes bezwaar gemaakt tegen verschoning door de notaris van Optas in het voorlopig getuigenverhoor (Rb Rotterdam 25 juli 2008 LJN BG3468);
- Stichting BPVH heeft de OK vergeefs verzocht om Aegon NV te bevelen haar jaarrekening 2007 en volgende anders in te richten met het oog op de verantwoording van het bekleemde vermogen (OK 5 augustus 2009, JOR 2009/255). Deze zaak is afgerond met het arrest van 21 januari 2011 waarin de Hoge Raad de OK volgt.<sup>370</sup>

### 7.3 Wie heeft recht op de verkoopopbrengst?

De ultieme vraag is wie recht heeft op de opbrengst van de verkoop van de aandelen Optas aan Aegon. Volgens het bestuur van Stichting Optas staat de opbrengst van 1,3 miljard geheel ter beschikking van deze stichting die het conform haar verruimde doelstelling mag besteden (zie hierboven par. 2, III f). De Stichting BPVH, opgericht ter behartiging van de belangen van de verzekerden bij de opbrengst van het vermogen voor zover dat afkomstig is van de drie oorspronkelijke stichtingen, claimt echter eveneens de gehele opbrengst. Volgens haar heeft de oorspronkelijke Stichting PVH de vennootschappen opgericht en gefinancierd waardoor de beklemming het gehele vermogen van die vennootschappen omvat bestaande uit het oorspronkelijke, door Stichting PVH ingebrachte vermogen plus de vruchten daarvan.<sup>371</sup> Onderhandelingen leiden uiteindelijk tot een schikking waarbij Stichting Optas € 500 miljoen afdraagt aan Stichting BPVH.<sup>372</sup>

De claim van de Stichting BPVH komt niet uit de lucht vallen. Zo schreef de notaris ter toelichting op de fusie waarbij de Stichting Optas als verkrijgende rechtspersoon overbleef en de aandelen van de beide Optas-vennootschappen ging houden (zie par. 2, II b):

'Eén van de sterke punten van de Optas-groep is dat er geen externe aandeelhouders zijn die hun deelneming zien als belegging die rendement dient op te brengen. Dit betekent dat uiteindelijk alle positieve resultaten die de Optas-groep maakt, bestemd kunnen worden ten behoeve van de deelnemers in de vorm van een winstdelingsregeling respectievelijk ten behoeve van de werkgevers in de vorm van de premiestelling.'<sup>373</sup>

369 Instelling en bevoegdheden van de deelnemersraad werden geregeld door de Pensioen- en Spaarfondsenwet (ingetrokken op 1 januari 2007).

370 HR 21 januari 2011, JOR 2011/75.

371 OK 5 augustus 2009, JOR 2009/255, r.o. 3.3.

372 <http://www.havenpensioen.nl>.

373 OK 5 augustus 2009, JOR 2009/255, r.o. 2.4.

Het toenmalige, paritair samengestelde bestuur van de betrokken stichtingen heeft daaruit kennelijk afgeleid dat de fusie niets zou afdoen aan de opbrengsten van de Optas-vennootschappen ten gunste van de verzekerden. Maar door het laten aantreden van een onafhankelijk bestuur bij de Stichting Optas hebben zij vervolgens de zeggenschap prijsgegeven over dat deel van de Optas-groep waarin de commerciële activiteiten waren ondergebracht.

De kwestie heeft geleid tot Kamervragen. De minister constateerde met gevoel voor understatement dat de afspraken over winstdeling en indexering (zie par. 2, III e) bij de omzetting van het pensioenfonds in een verzekeraar 'achteraf gezien niet door alle betrokken partijen als goede afspraken worden gezien'. Maar, zo voegt hij er aan toe, dit '(...) laat onverlet dat deze afspraken zijn gemaakt binnen de wettelijke randvoorwaarden.'<sup>374</sup> En het bestuur van de Stichting Optas heeft volgens de rechtbank Den Haag evenmin gehandeld in strijd met de wet en/of statuten of zich schuldig gemaakt aan wanbeheer.<sup>375</sup>

Waar is het dan mis gegaan, voor zover men daarvan kan spreken? Alvorens daarop nader in te gaan, bespreek ik hierna de soort operaties die bij de Optas-herstructurering plaatsvonden en de vraag in hoeverre de wet en de statuten daaraan grenzen stellen. Aspecten van medezeggenschap en van toezicht op het verzekeringsbedrijf worden daarbij buiten beschouwing gelaten.<sup>376</sup>

#### **7.4 Doorzakken van de onderneming van de stichting**

De eerste stap in het Optas-herstructureringsproces was het laten doorzakken van (een deel van) de onderneming van de Stichting PVH naar twee nv's. Een dergelijke operatie kan op twee manieren plaatsvinden: door overdracht tegen uitgifte van aandelen aan de stichting bij oprichting van de nv's of naderhand (art. 2:94a respectievelijk 94b BW) of door afsplitsing naar de nv's die bij de splitsing worden opgericht (art. 2:334a lid 3 BW). Hoewel de te volgen procedures sterk verschillen, kan in beide gevallen worden bereikt dat de stichting enig aandeelhouder wordt van de nv's waarin de ondernemingen zijn ondergebracht.<sup>377</sup>

Bij de eerste methode, de *klassieke doorzakoperatie*, besluit het bestuur van de stichting tot oprichting van een vennootschap waarbij de onderneming wordt ingebracht tegen uitgifte van aandelen aan de stichting. Voorwaarde is dat het in de statuten vermelde doel van de stichting daartoe de ruimte laat, eventueel na aanpassing van de statuten. Hetzelfde geldt voor eventuele statutaire bepalingen omtrent de middelen waarmee het doel moet

374 Brief minister, t.a.p., p. 8.

375 Rb Den Haag 26 augustus 2009 LJN BJ5841.

376 Instelling en bevoegdheden van de deelnemersraad werden geregeld door de Pensioen- en Spaarfondsenwet (ingetrokken op 1 januari 2007). Het toezicht op verzekeraars is thans geregeld in de Wet op het financieel toezicht. Is op de onderneming van de stichting de WOR van toepassing en is een OR ingesteld dan dient het bestuur tijdig advies te vragen over doorzak- en afsplitsingsoperaties alsmede over de verkoop van de aandelen van de vennootschap. Er is immers telkens sprake van overdracht van de zeggenschap over de onderneming en/of een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming, art. 25 lid 1 sub a en e WOR.

377 Een voorbeeld van gebruik van de splitsingsmethode is de afsplitsing van de onderneming van Stichting Pensioenfonds De Eendragt naar Eendragt Pensioen NV, Brief minister, t.a.p., p. 7.

worden nagestreefd.<sup>378</sup> Ook andere organen moeten mogelijk worden ingeschakeld. Zo kan bijvoorbeeld een bij de statuten ingestelde raad van toezicht dergelijke besluiten van het bestuur moeten goedkeuren.

Inbreng van de gehele onderneming betekent staking ervan door de stichting en voortzetting door de vennootschap als ondernemer. Is het de bedoeling dat de stichting geen nieuwe ondernemingsactiviteiten begint maar zich beperkt tot het beheer van de aandelen, dan kan ook om die reden statutenwijziging zijn geboden.<sup>379</sup>

Bij het doorzakken via *afsplitsing* moeten de voorschriften van art. 2:334a e.v. BW in acht worden genomen. Het bestuur moet een voorstel tot splitsing opstellen dat moet worden gedeponereerd bij het handelsregister en waaraan zo nodig goedkeuring moet worden verleend door andere organen van de stichting. Het besluit tot afsplitsing moet op dezelfde wijze worden genomen als een besluit tot statutenwijziging. Goedkeuring van de rechtbank is vereist ingeval de statuten de wijziging van een of meer statutaire bepalingen verbieden. De rechtbank onthoudt haar goedkeuring als er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de splitsing strijdig is met het belang van de stichting (art. 2:334m lid 5 BW).<sup>380</sup> Crediteuren kunnen tegen het voorstel tot splitsing verzet aantekenen als hun rechten door de splitsing, kort gezegd, worden bedreigd zonder dat voldoende waarborg voor voldoening wordt verstrekt (art. 2:334l BW). In vergelijking met de gewone doorzakoperatie vergt de afsplitsingsprocedure dus meer formele stappen, kent een zekere openbaarheid en, zij het alleen als de statuten niet wijzigbaar zijn en/of crediteuren in verzet komen, rechterlijke toetsing. Daartegenover vindt overgang van vermogen onder algemene titel plaats hetgeen eenvoudiger is dan het overdragen van de afzonderlijke vermogensbestanddelen. Het resultaat is qua structuur echter hetzelfde als bij de klassieke doorzakoperatie.

Ondanks tussenschakeling van een vennootschap behoudt de stichting het economisch belang bij de onderneming vanwege de aan de aandelen verbonden winst- en liquidatieaanspraken. De waarde van de onderneming wordt weerspiegeld in de waarde van de aandelen. Er vindt *substitutie* plaats: de omvang van het doelvermogen wordt door de operatie niet beïnvloed maar wel de samenstelling ervan.<sup>381</sup>

Ook de zeggenschap over de onderneming ondergaat wijziging. Weliswaar kan het stichtingsbestuur de bestuurder van de vennootschap benoemen en ontslaan maar het is aan hem of haar om de leiding over de onderneming uit te oefenen. De substitutie in haar vermogen plaatst de stichting op grotere afstand van de onderneming, zij het dat de praktische gevolgen daarvan kunnen worden beperkt, bijvoorbeeld door de voormalige bestuurder van de onderneming te benoemen tot bestuurder van de vennootschap. Anders

378 Anders dreigt doeloverschrijding en/of onbevoegde vertegenwoordiging. Hierover R.W.F. Hendriks, *De stichting in concernverband*, Zwolle 1994 (diss.), p. 128-129.

379 Aldus ook M.J.G.C. Raaijmakers, *Vennootschaps- en ondernemingsrecht*, vierde, geheel herziene, druk, Deventer 2000, nr. 9.15.

380 Zie voorts o.a. art. 2:334f, 334g en 334h BW.

381 Denkbaar is dat deze opmerking nuance verdient vanwege fiscale aspecten. Zie voorts Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, vijfde druk, Deventer 2007, par. 13.9.2, waar wordt opgemerkt dat gezien het doel van een stichting financiële activa (de aandelen) niet altijd op één lijn kunnen worden gesteld met materiële activa.

dan vóór de doorzakoperatie worden rechtspositie en bevoegdheden van deze persoon echter mede door Boek 2 BW geregeerd. Dat zal doorgaans versterking van de positie van deze bestuurder betekenen en hij of zij zal soms een eigen koers willen of moeten varen vanwege (vermeend) risico op bestuurdersaansprakelijkheid.

Bij de klassieke doorzakoperatie noch bij de afsplitsing is de belemmering van art. 2:18 lid 6 BW van toepassing omdat er geen sprake is van omzetting.<sup>382</sup> Zolang de structuur daarna niet wordt gewijzigd, dat wil zeggen, zolang alle aandelen berusten bij de stichting, is er geen dreiging dat anderen dan de oorspronkelijk belanghebbenden zich laten uitkeren ten koste van het 'doelvermogen' zoals dat bij omzetting wel het geval kan zijn. Niettemin is zorgvuldigheid geboden op straffe van doeloverschrijding en/of aansprakelijkheid wegens onbehoorlijk bestuur.<sup>383</sup> Zo nodig dient het statutaire doel van de stichting te worden aangepast om de wijziging in de samenstelling van het doelvermogen en van de zeggenschap over de onderneming te dekken. Voorts zal het statutaire doel van de vennootschap niet strijdig mogen zijn met het doel van de stichting. En ook als de statuten geen belemmering vormen, zal het stichtingsbestuur moeten nagaan of de operatie in het belang is van de stichting en de bij haar betrokken belangen (en belanghebbenden).

Volgt op het doorzakken van de onderneming verkoop van de aandelen, dan is er opnieuw sprake van substitutie van stichtingsvermogen. In plaats van de aandelen met de daaraan verbonden kansen op waardeinstijging en winstuitkeringen, maar ook op waardedaling, wordt de omvang van het doelvermogen gefixeerd op het bedrag van de verkoopprijs. Dat is een belangrijke wijziging en ook de verkoop dient daarom te worden getoetst aan het statutaire doel van de stichting, aan de eventuele aanduiding in de statuten van de middelen waarmee het doel moet worden bereikt en aan het belang van de stichting.

Ervan uitgaande dat de statuten van de Stichting PVH geen belemmering vormden voor het laten doorzakken van de commerciële activiteiten naar de Optas-vennootschappen is de vraag welk belang ermee was gemoeid. Men wilde de concurrentie aangaan met commerciële verzekeraars en de stichting beoogde daarmee haar basis te verbreden in verband met de toenemende vergrijzing en de afname van het aantal havenarbeiders.<sup>384</sup> Er voorts vanuit gaande dat die verbreding noodzakelijk was om aan toekomstige verplichtingen te kunnen voldoen, kan de keuze voor de doorzakoperatie te billijken zijn geweest als de stichting zelf, als beheerder van het verplichte bedrijfstakpensioenfonds, gebonden was aan regels die deze expansie in de weg stonden.

## 7.5 Overdracht van vermogen aan satellietstichting

Onderdeel van de Optas-herstructurering was de oprichting van twee nieuwe stichtingen waaraan de aandelen van de Optas-vennootschappen werden overgedragen (zie par. 2,

382 In art. 2:18 lid 6 BW wordt weliswaar gewag gemaakt van vermogen dat is verkregen door fusie of splitsing maar daarbij had de wetgever het oog op fusie of splitsing van de rechtspersoon waarin de stichting is omgezet, W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis Invoering Boeken 3, 5 en 6, Aanpassing BW*, p. 190. Kennelijk doelt de Hoge Raad daarop in de niet geheel duidelijke r.o. 3.4.3 van zijn arrest van 21 januari 2011, JOR 2011/75.

383 Zie ook de bijdrage van Lennarts in dit boek.

384 OK 5 augustus 2009, JOR 2009/255, r.o. 2. 2.

I a). Deze stichtingen hadden als doel het behartigen van de belangen van de verzekerden van 'haar' respectieve Optas-vennootschap, het houden van de aandelen in die vennootschap en het waarborgen van de continuïteit en het bevorderen van de belangen van die vennootschap.<sup>385</sup> Door de personele unie op bestuursniveau was er sprake van centrale leiding en, naar ik aanneem, van economische en organisatorische verbondenheid waardoor er sprake was van een groep in de zin van art. 2:24b BW zoals ook doorklinkt in het eerder vermelde geschrift van de notaris ( par. 3).<sup>386</sup> Door het aantreden van een onafhankelijk bestuur bij de Stichting Optas werd het groepsverband tussen de Stichting PVH en haar groepsmaatschappijen echter doorbroken.

Volledigheidshalve wijs ik er op dat de oprichting van een satellietstichting en de afzondering van vermogen daarin ook kan worden gerealiseerd door afsplitsing volgens de methode van art. 2:334a lid 3 BW.<sup>387</sup> Volgens Dijk/Van der Ploeg zou de rechter in dat geval, indien vanwege de niet-wijzigbaarheid van de statuten zijn goedkeuring is vereist, deze moeten weigeren indien wordt afgesplitst naar een stichting met een doelomschrijving die niet overeenstemt met die van de splitsende stichting.<sup>388</sup>

Evenals de oprichting van een vennootschap dient de oprichting van een satellietstichting getoetst te worden aan het doel en het belang van de oprichtende stichting. Voorts dienen de statuten van de nieuwe stichting te worden toegesneden op de taak die zij heeft ten opzichte van de oprichtende stichting. De overdracht van vermogen aan de nieuwe stichting zal extra kritisch moeten worden bezien. Anders dan bij een dochtervennootschap ontstaan door inbreng van vermogen in een andere stichting immers geen zeggenschaps- of vermogensrechten voor de oprichtende stichting. Daartoe zullen in de statuten van de andere stichting daartoe strekkende bepalingen moeten worden opgenomen. Volgens Hendriks moet de oprichtende rechtspersoon er voor zorgen dat de zeggenschap over de belangen die de deelnemers/aangeslotenen hebben in, respectievelijk bij de oprichtende rechtspersoon niet verloren gaat. De oprichtende rechtspersoon moet door middel van statutaire en/of contractuele voorzieningen de zeggenschap behouden evenals de financiële aanspraken ter zake van het afgezonderde vermogen.<sup>389</sup> En Dijk/Van der Ploeg stellen dat wanneer het gaat om overdracht van vermogen door een stichting het doel van de nieuwe stichting van gelijke strekking dient te zijn als het doel van de overdragende stichting, 'dit in verband met de besteding van het vermogen voor het doel waarvoor het is bijeen gebracht'.<sup>390</sup>

In lijn met hetgeen genoemde schrijvers stellen, is 'beklemming' geboden wanneer een stichting vermogen overdraagt aan een andere stichting. De wet schrijft dat echter niet uitdrukkelijk voor. Volgens het Optas-arrest is een dergelijke overdracht een vorm van

385 OK 5 augustus 2009, JOR 2009/255, r.o. 2.2.

386 Een stichting kan volgens de omschrijving van art. 2:24a BW geen dochtermaatschappij zijn maar wel een groepsmaatschappij als bedoeld in art. 2:24b BW, zie hierover Hendriks, t.a.p., p. 193 e.v.

387 Dijk/Van der Ploeg, t.a.p., nr. 13.9.1.

388 Art. 2:334m lid 5 BW. Dijk/Van der Ploeg t.a.p. nr. 13.9.2.

389 Hendriks, t.a.p., p. 44-45. Uitkeringen van winst of liquidatie-overschot aan de oprichtende rechtspersoon kunnen problematisch zijn vanwege het uitkeringsverbod van art. 2:285 lid 3 BW, zie verder Hendriks, t.a.p., p. 111-124.

390 Dijk/Van der Ploeg, t.a.p., nr. 13.6.



besteding die geacht moet worden conform de statutaire doelstelling van de overdragende stichting te zijn geschied. Bescherming door middel van beklemming en de beperking van de besteding ervan is pas aan de orde 'zodra de stichting als gevolg van de omzetting heeft opgehouden te bestaan', aldus de Hoge Raad.<sup>391</sup> Het tussen aanhalingstekens geplaatste deel van de redenering is onjuist: bij omzetting houdt de stichting niet op te bestaan maar zet zich als rechtspersoon voort, zij het in een andere rechtsvorm. De bescherming van art. 2:18 lid 6 BW is geboden omdat een met de stichting vergelijkbare beperking in de besteding van het doelvermogen niet inherent is aan enige andere rechtsvorm. Daardoor kunnen bij omzetting anderen aanspraak maken op het doelvermogen, ten koste van de oorspronkelijke belanghebbenden, tenzij de statuten van de nieuwe rechtsvorm dit belemmeren.

Maar ook buiten omzetting, bij overdracht van vermogen door de stichting aan een andere rechtspersoon kunnen anderen dan de oorspronkelijk belanghebbenden aanspraken verkrijgen op het overgedragen deel van het doelvermogen. Hetzelfde geldt voor overgang van het stichtingsvermogen ten gevolge van juridische fusie of splitsing. Het risico waarvoor de wetgever bij de omzetting een regeling heeft getroffen, is evenzeer verbonden aan de overdracht en overgang van stichtingsvermogen als de overdragende stichting geen zeggenschap verkrijgt over de ontvangende rechtspersoon of, door middel van statutaire en contractuele bepalingen, over de besteding van het overgedragen vermogen en de vruchten daarvan.

Maar, zo zou men kunnen opwerpen, als de stichting een redelijke vergoeding ontvangt voor het overgedragen vermogen is dergelijk behoud van de zeggenschap toch niet nodig? Of dat zo is, hangt echter af van het antwoord op de vraag of de daardoor teweeggebrachte substitutie van stichtingsvermogen de toets aan de statuten maar vooral aan het belang van de stichting en haar belanghebbenden kan doorstaan. En een zorgvuldige toets is geboden want overdracht van de onderneming en/of investeren in een andere rechtspersoon is doorgaans geen wijze van besteding van vermogen waarvoor de stichting is opgericht. Met de beklemming van art. 2:18 lid 6 BW heeft de wetgever dus slechts de risico's ondervangen van één van de gevallen (omzetting) waarin de stichting de zeggenschap over haar (oorspronkelijke) vermogen verliest.

Ten tijde van de oprichting van de beide Optas-stichtingen en de overdracht van de aandelen van de Optas-vennootschappen berustte de zeggenschap over deze stichting bij het bestuur van de Stichting PVH. Mag op dit punt zijn voldaan aan de eis van 'behoud van zeggenschap' bij een dergelijke overdracht, de doelstellingen van de nieuwe stichtingen lijken niet dezelfde strekking te hebben als die van de Stichting PVH. Of dit in voldoende mate werd gecompenseerd door overeenkomsten is uit de door mij geraadpleegde bronnen niet af te leiden. Veelzeggend is echter dat de Stichting BVPH haar claim op de verkoopopbrengst niet onderbouwde met een beroep op overeenkomsten tussen de stichtingen.<sup>392</sup>

391 HR 21 januari 2011, JOR 2011/75, r.o. 3.4.3.

392 Na de omzetting van de Stichting PVH en de fusie met Optas Pensioenen NV zouden rechten uit dergelijke overeenkomsten overigens aan laatstgenoemde vennootschap toekomen.

## 7.6 Omzetting van de stichting

Een belangrijke stap in de Optas-herstructurering was de omzetting van de Stichting PVH in een vennootschap, Optas Pensioenen NV (II). De aandelen werden uitgegeven aan Optas Pensioenen NV, de vennootschap die de omgezette stichting door fusie absorbeerde (zie hierboven, par. 2, III e). Voor een dergelijke omzetting dient de in artikel 2:18 BW voorgeschreven procedure te worden gevolgd. Vereist zijn een besluit tot omzetting, genomen met inachtneming van de vereisten voor een besluit tot statutenwijziging, een besluit tot statutenwijziging en een notariële akte van omzetting die de nieuwe statuten bevat (lid 2 sub a-c). Daarenboven is rechterlijke machtiging vereist waartoe slechts door de stichting zelf een verzoek kan worden gedaan onder overlegging van het notarieel ontwerp van de akte van omzetting (lid 4 en 5). De beklomming moet uit de statuten van de vennootschap blijken en houdt in dat het vermogen dat de stichting bij omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven (lid 6). Ten slotte dient inschrijving van de omzetting plaats te vinden in het handelsregister (lid 7).<sup>393</sup>

Bij omzetting van een stichting in een nv of bv rijst de vraag of men vermogen van de stichting als storting op de aandelen kan laten gelden. Indien niet is gewaarborgd dat de belanghebbenden bij de stichting de enige aandeelhouders zijn en blijven, is de omzetting slechts goedgekeurd mits voorzien wordt in een statutaire reserve bestemd voor het doel waarvoor de stichting in het leven is geroepen of wanneer de aandelen worden genomen door een stichting met dezelfde doelstelling als de omgezette stichting.<sup>394</sup>

De omzetting van de Stichting PVH in het kader van de Optas-herstructurering heeft, zoals aan het slot van par. 2 is aangegeven, tot enkele procedures aanleiding gegeven. Na de op de omzetting volgende fusie met Optas Pensioenen NV was in de statuten van deze nv een statutaire beklommingsclausule opgenomen. Daaraan was echter een passage toegevoegd die een verruiming inhield ten opzichte van de formulering die door het bestuur van de Stichting PVH was goedgekeurd. Optas Pensioenen NV moest haar statuten van de rechter aanpassen.<sup>395</sup> Aan de Ondernemingskamer en de Hoge Raad werden vragen voorgelegd over omvang en verantwoording van het beklomde deel van het vermogen van Optas Pensioenen NV. Beslist werd dat de wettelijke beklomming niet op alle activa en passiva van de omgezette stichting rust maar (slechts) op het saldo ervan, het eigen vermogen van de stichting. In de jaarrekening kan een en ander als 'statutaire omzettingsreserve' worden verantwoord.<sup>396</sup>

393 Zie ook artikel 5 en 6 Handelsregisterwet 2007. Zie verder C.J. Groffen, *Omzetting van een stichting in een BV of NV*, V&O 2004/05, p. 92-93, B. Snijder-Kuipers, *Omzetting als rechtsvormwijziging*, Kluwer 2010 (diss.).

394 Rb Zwolle 28 februari 2003, JOR 2004/2 (Icare Thuiszorgwinkels) en Rb Zwolle 21 november 2003, JOR 2004/68 (Stichting het Gastouderburo).

395 Rb Rotterdam 18 februari 2004, JOR 2004/100.

396 HR 21 januari 2011, JOR 2011/75. Beckman in zijn noot alsmede H. Koster, t.a.p. plaatsen zeer kritische kanttekeningen bij beide genoemde punten.

## 7.7 Conclusies

De wetgever heeft met art. 2:18 lid 6 BW voorzien in bescherming van het stichtingsvermogen en de vruchten daarvan bij omzetting van de stichting in een andere rechtsvorm. De door deze bepaling geregelde beklemming is eveneens voorgeschreven voor het geval het vermogen overgaat door een daaropvolgende juridische fusie of splitsing. De regeling is echter niet van toepassing op juridische fusie of splitsing van de stichting zelf en evenmin op doorzakoperaties waarbij de stichting haar onderneming overdraagt aan een door haar opgerichte rechtspersoon.

Dergelijke operaties kunnen echter evenzeer het risico herbergen dat anderen dan de oorspronkelijke belanghebbenden aanspraak maken op het doelvermogen en de vruchten daarvan. Dat doet zich voor als de stichting de aandelen van de vennootschap of de onderneming zelf overdraagt aan, of via afsplitsing laat overgaan op, een andere rechtspersoon zonder over die rechtspersoon blijvende zeggenschap te kunnen uitoefenen. Gebrek aan zeggenschap over de ontvangende rechtspersoon behoort in principe te worden gecompenseerd door statutaire en/of contractuele zeggenschap over, dan wel 'beklemming' van, het overgedragen vermogen.

Met het prijsgeven van de zeggenschap over haar onderneming of over de aandelen van de vennootschap waarin de onderneming is doorgezakt, geeft de stichting ook de aanspraken op de vruchten van het (oorspronkelijke) stichtingsvermogen uit handen. Mede daarom zijn de in deze bijdrage besproken operaties niet te beschouwen als 'bestedingen' die geacht moeten worden conform het doel van de stichting te zijn geschied, zoals de Hoge Raad in het Optas-arrest oordeelt.

Tegen deze achtergrond kunnen bij de Optas-herstructurering wel enige kanttekeningen worden geplaatst. Het is namelijk de vraag of bij de overdracht van de aandelen in de Optas-vennootschappen aan de nieuwe stichtingen het overgedragen vermogen in voldoende mate werd beschermd door de statuten van deze stichtingen en/of door daarop toegesneden contractuele regelingen. In ieder geval had het bestuur van Stichting PVH er voor moeten zorgen dat voldoende stringente bepalingen of regelingen in stelling waren gebracht voordat het de zeggenschap over de Stichting Optas prijs gaf. Nadien kon het nieuwe bestuur van die stichting immers eenvoudig de statutaire doelstelling verruimen met het door de voormalige belanghebbenden betreunde resultaat.

Aan besturen van stichtingen die de markt op willen en aan hun adviseurs laat de Optas-herstructurering zien hoe het niet moet. Had de Stichting PVH de aandelen van de Optas-vennootschappen in eigen beheer gehouden dan zou er over de besteding van de verkoopopbrengst geen geschil hebben kunnen ontstaan en zou deze volledig ten goede zijn gekomen aan de oorspronkelijke uitkeringsgerechtigde (ex-werknemers, nabestaanden en aan werkgevers via premieverlaging). Ook had Stichting PVH, in plaats van zich om te zetten en daarna te fuseren, als alternatief haar onderneming rechtstreeks kunnen overdragen aan de Optas-vennootschappen tegen uitgifte van aandelen. Daarmee had zij zich verzekerd van in ieder geval een deel van de verkoopopbrengst.

De conclusie is dat de wetgever weliswaar heeft voorzien in bescherming van het stichtingsvermogen bij omzetting maar niet bij andere operaties waarbij zich ook het risico voordoet dat het vermogen van de stichting anders wordt besteed dan daaraan voorafgaand was voorgeschreven. De Optas-herstructurering laat zien dat van een lacune kan worden gesproken. Het verdient daarom aanbeveling de wet op enkele punten aan te passen:

- toepassing van de beklemming van art. 2:18 lid 6 BW op juridische fusie en splitsing van de stichting zelf en niet alleen op fusie en splitsing na omzetting;
- of: uitbreiding van de door art. 2:334m lid 5 BW vereiste rechterlijke goedkeuring van juridische fusie of splitsing tot alle stichtingen (in plaats van stichtingen waarvan niet alle statutaire bepalingen gewijzigd kunnen worden);
- toepassing van de door art. 2:18 lid 6 BW voorgeschreven beklemming ook bij overdracht van zeggenschap over het stichtingsvermogen of een substantieel deel daarvan, tenzij toestemming van de rechter is verkregen om haar achterwege te laten;
- verlenen van de vereiste goedkeuring of toestemming voor bepaalde sectoren opdragen aan toezichthoudende instanties als de Nederlandse Zorgautoriteit, DNB of AFM (voor zover niet reeds voortvloeiend uit de regelgeving voor de desbetreffende sector).