

6 De ondernemende stichting en de commerciële stichting

*Prof. mr. D.F.M.M. Zaman*³¹⁹

6.1 Inleiding

Mijn bijdrage aan dit boek over de stichting in al haar verschijningsvormen gaat over de ondernemende stichting en de commerciële stichting. De ondernemende stichting is de stichting die een onderneming in stand houdt. De commerciële stichting is de ondernemende stichting die, zoals ik hierna ook zal uiteenzetten, niet alleen een onderneming in stand houdt, maar bovendien een winst oogmerk heeft, een materieel voordeel beoogt.³²⁰

Ik zal mij derhalve ook richten op de ondernemende stichting, die in mijn ogen zeer wel zonder winst oogmerk haar onderneming kan exploiteren. De zogenoemde 'Maatschappelijke Ondernemingen' vallen veelal onder deze definitie, al is denkbaar dat zij ook een materieel voordeel beogen.³²¹

De ondernemende of commerciële stichting moet ook worden onderscheiden van de stichting, zoals die in allerlei vormen toegepast wordt in het ondernemingsrecht. Bij beursgenoteerde ondernemingen stuit men dan al snel op beschermingsstichtingen die als aandeelhouder optreden.³²² Stichtingen die in het leven worden geroepen om een beursgenoteerde vennootschap te beschermen tegen een vijandige overname of tegen andere ongewenste invloeden en situaties, zoals activistische aandeelhouders, instabiele besluitvorming in de algemene vergadering en aantasting van de kwaliteit van bestuur en toezicht en die als Stichting Continuïteit, Stichting Preferente Aandelen of Stichting Prioriteitsaandelen door het leven gaan. Continuïteitsoverwegingen spelen ook een belangrijke rol bij het in het leven roepen door familieondernemingen (en beursgenoteerde ondernemingen) van stichtingen administratiekantoor, die aandelen houden in een bv of nv en waartegenover certificaten van aandelen (zonder stemrecht) worden uitgegeven. Binnen het ondernemingsrecht komen, naast de stichting administratiekantoor, vele andere fiduciaire stichtingen voor zoals stichtingen die aandelen beheren voor werknemers, stichtingen die derdengelden beheren (voor advocaten), stichtingen die optreden als beheerder of

319 Prof. mr. D.F.M.M. Zaman is notaris bij Loyens Loeff en bijzonder hoogleraar Notarieel ondernemingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

320 Zie over de 'commerciële' stichting onder meer F.J.P. van den Ingh, E. Bos en P.C.J. Oerlemans, *De stichting als ondernemingsvorm*, Deventer: Kluwer 1993 en V.A.M. van der Burg, *De onderneming in het stichtingsgewaad, Van Vennootschappelijk Belang*, Opstellen aangeboden aan J.M.M. Maeijer, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 21-28 en Dijk/Van der Ploeg, *Van Vereniging en Stichting, Coöperatie en Onderlinge Waarborgmaatschappij*, 5e druk Deventer: Kluwer 2007. Zie ook over de ondernemende stichting D.F.M.M. Zaman, *Een nieuwe rechtsvormgeving (oratie)*, Den Haag: Sdu 2007, p. 32. en J.A.Th.J.M. Duynstee, *Beschouwing over de stichting naar Nederlands privaatrecht*, diss. Nijmegen 1970.

321 Het in 2008 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel *Maatschappelijke Ondernemingen* (Kamerstukken II, 2008-2009, 32 003) is in oktober 2010 ingetrokken (Kamerstukken II, 2010-2011, 32 417, nr. 47).

322 D.F.M.M. Zaman, *Beschermingsstichtingen als aandeelhouder*, Handboek Onderneming en Aandeelhouder, Serie Onderneming en Recht, Deventer: Kluwer 2011.

bewaarder van een beleggingsfonds of stichtingen die als beherend vennoot optreden van een commanditaire vennootschap dan wel anderszins optreden voor rekening en risico van een aantal beleggers (participanten). Zonder uitputtend te zijn noem ik hier ten slotte ook nog de stichting die tijdelijk aandelen beheert en de stichting die in feite als holding van een groep van ondernemingen optreedt.³²³

Per 4 juli 2011 zijn er in het handelsregister ruim 164.500 stichtingen ingeschreven met een zeer grote variëteit aan doelstellingen en activiteiten. Hiervan zijn er ruim 14.000 tevens ingeschreven als onderneming in het handelsregister.³²⁴ Of al deze inschrijvingen als onderneming conform de hierna te bespreken wettelijke regeling zijn verricht, zal onder andere afhangen van de interpretatie door de betreffende stichtingen zelf en (de handhaving) door het handelsregister op basis van het ondernemingsbegrip in de Handelsregisterwet 2007.

6.2 Wettelijke regeling

De wet (Titel 6 Boek 2 BW) kent geen specifieke regeling voor een ondernemende of commerciële stichting:

‘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.’³²⁵

Op grond van de tekst van de wet is een stichting wel omschreven als een rechtspersoonlijkheid bezittend doelvermogen. De stichting heeft zich echter in de loop der tijd geëvolueerd zodat aan het toekennen van vermogen aan een stichting eigenlijk geen betekenis meer kan worden toegekend. Een doeltreffender omschrijving van de stichting is dan ook simpelweg: ‘een juridische organisatievorm voor maatschappelijke activiteiten’.³²⁶ Een stichting mag dus in Nederland – anders dan in de ons omringende landen waar dit verboden of betwist is voor stichtingen – ook een onderneming in stand houden. De wettelijke basis hiervoor is overigens formeel pas gegeven in 1956³²⁷ op grond waarvan een stichting die een onderneming dreef deze behoorde in te schrijven in het handelsregister. Ook volgens de huidige Handelsregisterwet 2007 (artikel 5 onderdeel a) wordt een onderneming die in Nederland is gevestigd en die toebehoort aan een stichting in het handelsregister ingeschreven. Waar tot 2008 op grond van jurisprudentie, literatuur en de handelsregisterpraktijk nog moest worden vastgesteld of er sprake was van een onderneming die inschrijvingsplichtig was, voorziet thans artikel 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 in een wettelijke definitie:

323 Een voorbeeld hiervan is de Stichting TBI, die na de surséance van betaling van OGEM in 1981 als verkrijger optrad van de “gezonde” bedrijven, welke thans onder de naam TBI Groep aan het handels- en rechtsverkeer deelnemen.

324 Volgens inschrijvinggegevens van de Kamer van Koophandel.

325 Zie artikel 2:285 lid 1 BW.

326 Zie C.J. Zeben en J.W. Dupont, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 2 BW*, p. 1412 en D.F.M.M. Zaman, *Een nieuwe rechtsvormgeving (oratie)*, p. 28-33.

327 Zie artikel 1 Wet op stichtingen (wet van 31 mei 1956, Stb. 327), in werking getreden per 1 januari 1957.

- '1. Van een onderneming is sprake indien een voldoende zelfstandig optredende organisatorische eenheid van een of meer personen bestaat waarin door voldoende inbreng van arbeid of middelen, ten behoeve van derden diensten of goederen worden geleverd of werken tot stand worden gebracht met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen.
2. Van een onderneming is geen sprake indien er naar het oordeel van de Kamer onvoldoende omvang van activiteit en omzet is.'

Of een stichting een inschrijfplichtige onderneming heeft, moet zowel kwalitatief (lid 1) als kwantitatief (lid 2) op basis van dit ondernemingsbegrip beoordeeld worden. Het kwalitatieve en kwantitatieve karakter van het ondernemingsbegrip in het handelsregister is uitgewerkt in een Beleidsregel.³²⁸ Het is binnen dat toetsingskader (zie hierna) aan de Kamers van Koophandel om 'een afweging te maken of de opgegeven entiteit een onderneming is, door de omstandigheden van het geval te toetsen'.³²⁹ De elementen die in de definitie zijn te onderscheiden moeten 'voldoende' aanwezig zijn. Voor stichtingen (en een aantal andere rechtsvormen dan de nv/bv, coöperatie, ovm en personenvennootschappen) geldt een specifiek toetsingskader. Uitgangspunt voor het handelsregister zijn de criteria die door de Belastingdienst worden gehanteerd voor de beoordeling of er sprake is van een ondernemer in de zin van de Wet op de omzetbelasting (btw), te weten:

- Worden er goederen en/of diensten geleverd?
- Wordt er een meer dan symbolische vergoeding voor gevraagd?
- Wordt deelgenomen aan het (normale) economische verkeer?
- Is er een organisatie van arbeid en kapitaal?
- Is er sprake van meer dan één opdrachtgever/afnemer (zelfstandigheid)?
- Bestaat de vrijheid om de werkzaamheden naar eigen inzicht te verrichten?

In de Beleidsregel is echter bepaald dat naast deze criteria ook nog steeds moet worden voldaan aan de criteria van artikel 2 lid 1 Handelsregisterbesluit 2008, dat wil zeggen dat bijvoorbeeld een stichting die aan de btw is onderworpen, maar 'geen oogmerk heeft tot het behalen van materieel voordeel', niet als onderneming zal worden aangemerkt. Daar staat tegenover dat ook een stichting die geen 'btw-ondernemer' is, wel als onderneming voor het handelsregister kan worden beschouwd. Een indicatie daarbij is het doorgaans aantal gewerkte uren per week (15 uur of meer), maar ook indien daaraan niet wordt toegekomen, kan er sprake zijn van een onderneming. Zelfs incidentele of voorbereidende bedrijfshandelingen kunnen daartoe leiden. Daarnaast geldt ook nog een kwantitatief criterium: is er voldoende omvang van activiteit en omzet? Hierbij worden vragen gesteld als: wat is de omzet, is er vooraf trek voor btw, is er een aantoonbaar vestigingsadres en last but not least, is er een onderlinge samenhang tussen alle toetsingscriteria? De conclusie is dat de casuïstiek rondom het ondernemingsbegrip voor het handelsregister groot is en een eenduidig antwoord niet altijd te geven zal zijn.

328 Beleidsregel van de staatssecretaris van Economische Zaken van 23 juni 2008, nr. WJZ 8074645, inzake het ondernemingsbegrip in het handelsregister, Stcrt. 30 juni 2008, nr. 123, p. 15. In deze Beleidsregel wordt ook verwezen naar de jurisprudentie inzake het ondernemingsbegrip.

329 Zie Beleidsregel, Inleiding sub 5.

Naast het ondernemingsbegrip uit de handelsregisterregelgeving zijn er ook nog vele andere definities van een onderneming. Ik noem hier als voorbeeld het ondernemingsbegrip in de wet op de ondernemingsraden ('WOR'):

'elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht'³³⁰

en de fiscale ondernemingsrechtelijke begripsvorming, die (deels) weer onderscheidend is voor de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting en de omzetbelasting. Een ondernemende stichting, dat wil zeggen een stichting die volgens het vorenstaande als onderneming moet worden ingeschreven in het handelsregister, valt onder bepaalde voorwaarden wel onder toetsing van Titel 9 Boek 2 BW. Een ondernemende stichting die aan bepaalde omzeteisen voldoet valt daarmee (in beginsel) onder de reikwijdte van zekere voorschriften met betrekking tot de jaarrekening.³³¹ Dit geldt dan voor het opmaken en vaststellen van de jaarrekening van de ondernemende stichting, maar ook voor het openbaar maken daarvan.³³²

Een ondernemende stichting kan ook beperkt belastingplichtig zijn voor de vennootschapsbelasting, namelijk 'indien en voor zover zij een onderneming drijft'³³³. Daarvoor is een vereiste dat zij in concurrentie treedt met derden. Indien een ondernemende stichting aan de vennootschapsbelasting is onderworpen betekent dit ook dat een aantal aansprakelijkheidsregels uit Boek 2 BW in geval van faillissement van een stichting van toepassing is.³³⁴ Ook het enquêterecht is op een ondernemende stichting van toepassing. Daar geldt echter weer een ander ondernemingsbegrip, namelijk dat een stichting een onderneming in stand houdt waarvoor ingevolge de wet (dat wil zeggen de WOR) een ondernemingsraad moet worden ingesteld.³³⁵ Uit de parlementaire geschiedenis op de wetgeving inzake het enquêterecht blijkt dat niet relevant is of de stichting een winsttoegmerk heeft.³³⁶

Boek 2 BW kent geen andere specifieke bepalingen die van toepassing zijn op de ondernemende stichting. Wel zijn er governance codes die van toepassing zijn op specifieke branches waarin maatschappelijke ondernemingen, veelal stichtingen, werkzaam zijn (onderwijs, woningcorporaties, zorg).³³⁷

330 Zie artikel 1 sub c van de WOR en SER-Besluit Fusiegedragsregels 2000.

331 Zie artikel 2:360 lid 3 BW en de bijdrage in deze bundel van A.N. Krol getiteld: 'De stichting en de jaarrekening'.

332 Zie artikel 2:300 BW.

333 Zie artikel 2 lid 1 sub d van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

334 Zie artikel 2:300 a BW en de bijdrage van M.L. Lennarts: Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij stichtingen.

335 Zie artikel 2:344 BW.

336 Kamerstukken II 1991/1992, 22 400, nr. 3, p. 11.

337 Zie daarvoor de bijdrage van Overes in deze bundel.

6.3 Relevantie van winstoogmerk

De vraag is in welke gevallen het voor een ondernemende stichting relevant is dat zij een winstoogmerk heeft, waardoor zij in mijn definitie een commerciële stichting wordt. Voor het ondernemingsbegrip in de wet op de ondernemingsraden (en derhalve ook het enquêterecht) en de wet op de vennootschapsbelasting in ieder geval niet. Anders ligt het met het criterium in het Handelsregisterbesluit 2008. Daar wordt bij het begrip onderneming gevorderd: 'het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen'. Wat is 'winstoogmerk' eigenlijk? Indien een stichting feitelijk winst behaalt betekent dit nog niet dat er ook sprake is van een winstoogmerk. Volgens Van Hout zou er sprake moeten zijn van 'een causaliteitsvereiste' tussen de winst en het daarop gerichte oogmerk.³³⁸ Naar zijn mening zou het begrip 'winstoogmerk' geobjectiveerd moeten worden aan de hand van twee stappen:

- A. het totaal van alle handelingen moet worden gesplitst in bedrijfs- en andere handelingen; en
- B. vervolgens zou moeten worden beoordeeld of tussen de bedrijfshandelingen en de behaalde resultaten een voldoende en causaal verband bestaat. Is dat causale verband er, dan is er een winstoogmerk. Ontbreekt dit causale verband, dan is er volgens hem geen winstoogmerk.³³⁹

Ik kom eerlijk gezegd met deze redenering niet veel verder. De fiscale begripsvorming is nog weerbarstiger. Er moet sprake zijn van een winstoogmerk om als onderneming te worden aangemerkt, maar dit winstoogmerk wordt van een objectieve toets voorzien ('redelijkerwijs voordeel kunnen verwachten'). Dit betekent onder andere dat indien een belastingplichtige met een bepaalde activiteit jaar in jaar uit voordeel behaalt, in weerwil van de stelling van de belastingplichtige dat hij geen winstoogmerk heeft, toch aangenomen wordt dat aan het vereiste van winstoogmerk wordt voldaan.³⁴⁰ Ik verwijs in dit kader ook naar de boeiende beschouwingen van Idsinga in deze bundel over de reikwijdte van de commerciële activiteiten in relatie tot de ideële (algemeen belang) doelstelling van algemeen nut beogende instellingen (ANBI's).³⁴¹ Indien een stichting er op gericht is een positief saldo te behalen doet zij dit mogelijk alleen om te overleven. Structureel verlies leidt immers tot faillissement. Het kan echter ook zijn dat zij daadwerkelijk beoogt een materieel voordeel te behalen en daartoe ook bepaalde ondernemingsgerichte activiteiten opzet, voor zover dit wettelijk toelaatbaar is. Is er dan een winstoogmerk of alleen voor dat onderdeel van de activiteiten en wat zijn de gevolgen daarvan?

De vraag is bovendien of materieel voordeel hetzelfde is als winst. Immers, ook in het wetsvoorstel Titel 7.13 BW³⁴² spreekt artikel 800 lid 1 over een samenwerking die gericht is op 'het behalen van vermogensrechtelijk voordeel'. Onder dit vermogensrechtelijk voordeel wordt dan niet alleen winst verstaan, maar ook het besparen van kosten en het

338 Zie C.P.M. van Hout, De stichting en het Nederlandse belastingrecht, p. 56.

339 Zie C.P.M. van Hout, De objectivatie van het winstoogmerk, Weekblad Fiscaal Recht, 1991/1814.

340 Zie Hoofdzaken belastingrecht, Boom fiscale studieboeken, 12e druk 2010, p. 74.

341 Zie N. Idsinga, Hoofdstuk 6.2.

342 Zie Kamerstukken 31 065 en 32 426. Op 5 september 2011 heeft de minister aangekondigd dit wetsvoorstel in te trekken.

vermijden van verlies.³⁴³ En dient de kostenbesparing, het behalen van een materieel voordeel of het oogmerk van winst de hoofdactiviteit te zijn of is het voldoende als er sprake is van een nevenactiviteit om als ondernemende stichting te worden beschouwd? Een zuiver charitatieve stichting (bijvoorbeeld een algemene nut beogende instelling) zal niet onder deze omschrijving vallen, maar voor een 'not for profit foundation', zoals een stichting die (tevens) ondernemingsactiviteiten uitoefent om winst uit te kunnen keren voor goede doelen, ligt dit mogelijk weer anders.

In haar algemeenheid lijkt een ideële doelstelling tegengesteld aan het gericht zijn op een vermogensrechtelijk voordeel, maar er komen, zeker in het huidige tijdsbestek van bezuinigingen en marktwerking, in de praktijk allerlei mengvormen voor. In ieder geval staat het voor mij vast dat de begrippen winst, vermogensrechtelijk voordeel en materieel voordeel dicht bij elkaar liggen evenals dat het geval is met 'winstoogmerk' en het 'oogmerk materieel voordeel te behalen'. Zij zullen dan ook tot veel casuïstiek aanleiding kunnen geven. Wat immers te zeggen van de 'maatschappelijke ondernemingen' die in de semipublieke sector (onderwijs, wonen en zorg) veelal eveneens in het kleed van een stichting zijn gehuld? Is een ziekenhuis niet ook een zelfstandig optredende organisatorische eenheid waarin door voldoende arbeid of middelen ten behoeve van derden diensten worden geleverd met het oogmerk daarmee materieel voordeel te behalen? Aan het eerste deel van de definitie wordt zonder meer voldaan, maar het is de vraag of er (bij een publiek ziekenhuis) ook sprake is van het oogmerk van materieel voordeel. Uitgaande van de objectieve toets die de fiscus toepast ('redelijkerwijs voordeel kunnen verwachten') mogelijk wel. Bovendien zullen, mede gezien de huidige bezuinigingsoperaties en de marktwerking die gewenst worden bij maatschappelijke ondernemingen (zie ook de behoefte aan tweede, derde en vierde geldstromen bij het onderwijs) maatschappelijke ondernemingen ook, of ten minste mede, subjectief gericht zijn op het behalen van materieel voordeel. Het gevolg van deze vaststelling is dat er een inschrijvingsplicht is bij het handelsregister.

6.4 Wettelijke beperkingen voor de ondernemende stichting

Waar de nv, de bv, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de personenvennootschappen specifieke ondernemingsvormen zijn, is de stichting dat niet. De belangrijkste twee wettelijke beperkingen op de stichting zijn immers het ledenverbod (artikel 2:285 lid 1 BW) en het uitkeringenverbod (artikel 2:285 lid 3 BW). Een onderneming is niet alleen op winst, op het behalen van economische (materiële) voordelen gericht, maar zal deze willen uitkeren aan degenen die in het bedrijf deelnemen. Uitkeringen aan oprichters of aan anderen die deel uitmaken van een van de organen (bestuur, raad van toezicht) zijn bij een stichting niet toegestaan, terwijl ook andere uitkeringen alleen rechtsgeldig zijn indien deze een ideële of sociale strekking hebben. Uitkeringen zijn dus wel mogelijk, maar zullen van charitatieve aard moeten zijn.

Terwijl uitkeringen bij kapitaalvennootschappen onderworpen zijn aan regels van kapitaalbescherming, gelden dergelijke regels ter bescherming van schuldeisers bij een onderne-

343 Volgens HR 17 april 1939, NJ. 1939, 690 (ANP-arrest) kan het doel om kosten te besparen als winstoogmerk worden gezien.

mende stichting niet. Bij grotere ondernemende stichtingen kan een schuldeiser alleen bij het handelsregister de jaarrekening inzien.³⁴⁴ Ook al komt het uitkeringenverbod nader aan de orde in de bijdrage van Schwarz, graag maak ik enkele opmerkingen hierover. De vraag is immers wat onder uitkeringen moet worden verstaan. Over het algemeen worden hieronder verstaan prestaties zonder een gelijkwaardige tegenprestatie of een prestatie die onverplicht is. Kan dan een 'ondernemer' die zich in de jas van een stichting hult, een (management)overeenkomst sluiten met de stichting die tevens leidt tot een winstuitkering omdat er een winstdelende (management)vergoeding is afgesproken? Kan winst op andere wijze worden afgeroomd uit de stichting? Kan een ondernemer een bedrag schenken aan een stichting onder een last? Anders gezegd, kan hij de last opleggen aan een stichting om met het bedrag dat hij ter beschikking stelt van de stichting (als kapitaal) te bewerkstelligen dat de stichting winsten aan hem en/of anderen dient uit te keren?³⁴⁵ Vormt de vergoeding voor het kapitaal een ongeoorloofde uitkering? Ook in het laatste geval is immers geen sprake van een onverplichte handeling, want er is een last opgelegd aan de stichting die zij heeft aanvaard in het kader van de schenking.

Een stichting kan, als gevolg van het ledenverbod, weliswaar geen leden hebben, maar wel deelnemers of participanten. Deelnemers hebben naast een statutaire grondslag een contractuele rechtsverhouding tot de stichting. De statutaire grondslag mag er niet toe leiden dat de bevoegdheden van de (vergadering van) deelnemers gelijk zijn aan die van de algemene ledenvergadering bij de vereniging. De wet staat uitdrukkelijk toe dat er ook zeggenschap mag toekomen aan dergelijke deelnemers, zoals het recht tot benoeming van bestuurders³⁴⁶, maar overigens zijn de grenzen tussen toegestane bevoegdheden van deelnemers en leden niet eenvoudig te trekken. Dit blijkt ook uit de bijdrage van Dorresteyn over de stichting in concernverhoudingen in deze bundel. Een ander voorbeeld van een grensgeval zijn certificaathouders bij een Stichting Administratiekantoor. Zij hebben krachtens overeenkomst (administratievoorwaarden) recht op volledige uitkering door de Stichting Administratiekantoor (doorstootverplichting) van alle winst die de stichting geniet. Bovendien komt gebruikelijk aan de (vergadering van) certificaathouders zeggenschap toe inzake de (bestuurlijke) inrichting van de stichting. Relevant in dit kader is ook welke (fiscale) voorwaarden er worden gesteld om als 'transparante' stichting te worden beschouwd, welke transparantie tot gevolg heeft dat het vermogen en de baten een stichting worden toegerekend aan een of meer (natuurlijke of rechts)personen.³⁴⁷ Het verrichten van commerciële activiteiten hoeft niet in de weg te staan aan de fiscale status van 'Algemeen nut beogende instelling', zolang deze commerciële activiteiten maar niet het hoofddoel vormen.³⁴⁸

Mogelijk zijn er ook andere alternatieven om toch tot uitkering te kunnen komen voor ondernemers die hun onderneming in de vorm van een stichting willen exploiteren. Kan de stichting worden omgezet in een nv of bv of coöperatie (zie daarover de bijdrage van Boschma en Snijder-Kuipers in deze bundel) of kan de stichting worden geliquideerd en

344 Zie de bijdrage van Krol in deze bundel.

345 Zie echter ook artikel 7:175 lid 1 BW en Asser/Perrick, Erfrecht en schenking, nr. 204 over de vraag of er dan nog sprake is van een schenking of gift.

346 Artikel 2:285 lid 2 BW.

347 Zie onder andere Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, Gouda: Quint B.V., 1.03.l.f.f.1.

348 Zie Idsinga in deze bundel.

geldt dan bij de liquidatie-uitkering dezelfde verbodsregel van artikel 2:285 3 BW?³⁴⁹ Kortom, een aantal vragen die voor een ondernemende en commerciële stichting die 'oneigenlijk gebruik' voor ogen heeft, perspectieven bieden.

6.5 Aanbevelingen voor de wetgever

Zoals eerder door Van der Burg en Polak gesuggereerd³⁵⁰, lijken op het eerste gezicht een aantal specifieke regels voor de ondernemende en commerciële stichting geboden.³⁵¹ Enerzijds zal een wettelijke regeling niet te uitgebreid hoeven zijn, de stichting is immers een prettige, flexibele rechtsvorm waar een waaier aan maatschappelijke activiteiten haar plaats vindt. Anderzijds wordt er in een ondernemende of commerciële stichting geen wettelijke verantwoording afgelegd, is er geen statutair noch (beperkt) wettelijk toezicht en is er derhalve ruimte voor misbruik. Misbruik of oneigenlijk gebruik van de stichting ligt op de loer, in het bijzonder wanneer er sprake is van een commerciële stichting, een ondernemende stichting of een nijvere stichting. In het verleden is door Van der Burg wel gepleit voor het vereiste van een verklaring van geen bezwaar voor oprichting van een stichting.³⁵² De minister van Justitie achtte destijds een beperking van preventief toezicht tot 'nijvere' stichtingen echter slecht voorstelbaar. Hij meende dat een dergelijk preventief toezicht zich zou moeten uitstrekken tot alle stichtingen. Die toename van de werklust was echter voor hem prohibitief. De minister concludeerde dan ook destijds dat een preventief toezicht op stichtingen eerst dan aandacht verdient als blijkt dat het leidt tot een daadwerkelijke bijdrage aan de criminaliteitsbestrijding. Nu het preventief toezicht ook voor nv's en bv's recent is afgeschaft lijkt het ook om die reden niet erg wenselijk alsnog een preventief toezicht voor stichtingen uit te voeren.³⁵³

Naast een uitbreiding van de aansprakelijkheidsregelingen voor bestuurders en toezichthouders³⁵⁴, kan men zich ook voorstellen dat het enquêterecht wordt uitgebreid in die zin dat dit ook van toepassing is voor stichtingen die geen ondernemingsraad dienen in te stellen.³⁵⁵ Verwijzende naar de bijdrage van Overes in deze bundel is denkbaar dat een ondernemende stichting aan specifieke governance regels (bijvoorbeeld een verplichte raad van commissarissen of raad van toezicht) dient te voldoen, indien zij een bepaalde omvang heeft. Hiervoor is uiteengezet dat de toetsingscriteria voor het ondernemingsbegrip in het handelsregister tot veel casuïstiek aanleiding kunnen geven. Voor een aantal stichtingen, bijvoorbeeld 'maatschappelijke ondernemingen', zal niet duidelijk zijn of zij (tevens) een materieel voordeel beogen. Ik zou menen dat er eigenlijk geen beperkingen zouden moeten zijn voor stichtingen die een maatschappelijke onderneming in stand houden om zich verplicht in te schrijven in het handelsregister. Daarmede komen ze, voor zover niet

349 Zie hierover ook Van der Ploeg in deze bundel.

350 Zie V.A.M. van der Burg, tap, p. 21 e.v. en J.M. Polak, De stichting in het nieuwe rechtspersonenrecht, NV (49) 1971, p. 103.

351 Zie ook D.F.M.M. Zaman, Een nieuwe rechtsvormgeving (oratie, p. 32).

352 Zie Kamerstukken II, 1993/94, 22 838, nr. 8.

353 Zie over Overheidstoezicht Van der Ploeg in deze bundel.

354 Zie de bijdrage van Lennarts in deze bundel.

355 Zie artikel 2:344 sub b BW en W.J.M. van Veen, Toezicht op rechtspersonen, in het bijzonder stichtingen, WPNR 6633 (2005), p. 66, e.v. en Dijk/Van der Ploeg, t.a.p., p. 261.

uitgezonderd in specifieke regelgeving³⁵⁶, ten dele onder de reikwijdte van Titel 9 Boek 2 BW te vallen. De publicatieplicht zou zich naar mijn mening in ieder geval niet moeten uitstrekken tot alle stichtingen, zoals is voorgesteld in een consultatiedocument van het Ministerie van Justitie op 15 juli 2010.³⁵⁷ Ook zie ik geen reden waarom de aansprakelijkheidsbepalingen in Boek 2 BW³⁵⁸ niet ook van toepassing zouden worden op maatschappelijke ondernemingen, ook indien zij – zoals gebruikelijk gezien de toepasselijke vrijstellingen – niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen.³⁵⁹ Kortom, ik zou willen pleiten voor een eenduidig ondernemingsbegrip in Boek 2 BW wat betreft de stichting, zodat iedere ‘stichting die een of meer ondernemingen in stand houdt welke ingevolge de wet in het handelsregister moeten worden ingeschreven’ op gelijke wijze binnen de reikwijdte komt van het aansprakelijkheidsrecht, het enquêterecht en het jaarrekeningenrecht (en mogelijk ook wat betreft governance, zoals de one en two tier-board).³⁶⁰

356 Zie bijvoorbeeld de Regeling verslaggeving wet toelating zorginstellingen (waar ook onderscheid wordt gemaakt tussen zorginstellingen met en zonder winstoogmerk) en de Regeling jaarverslaggeving onderwijs.

357 Zie hierover ook Van der Ploeg en Krol in deze bundel.

358 Zie hiervoor Lennarts in deze bundel.

359 Zie artikel 2:300a.

360 Zie ook H. Beckman, Wetsvoorstel jaarrekening van commerciële verenigingen en stichtingen, TVVS 1995/12, p. 317-322, die hiervoor pleit als vervanging van het Vpb-criterium.