Persoonsgegevens

Amsterdam, 13 februari 2025

CONCEPT – VERTROUWELIJK

Uitsluitend voor discussiedoeleinden, ter nadere bepaling van de (juridische) positie van de Nederlandse Staat

Memorandum

Aan	Ministerie van Financiën
Ter attentie van	DGH en DJZ
Betreffende	Governance SGH

SAMENVATTING

A. Het Ministerie van Financiën heeft verzocht om een juridische analyse van de governance van Stichting Gelijkwaardig Herstel (**SGH**) aan de hand van de vereisten die gelden op grond van het Nederlandse ondernemingsrecht en de dienstverleningsovereenkomst (**DVO**) tussen SGH en de Staat.

B. SGH beschikt over een bestuur en raad van toezicht, maar daarnaast over een gremium genaamd de Oprichters. De Oprichters hebben op grond van de statuten *"in de visie, koersen besluitvorming een zwaarwegende stem"*, stellen het bestuursreglement vast, doen een bindende voordracht ten aanzien van de voorzitter van de raad van toezicht en hebben zeggenschapsrechten inzake de selectie van de leden van de raad van toezicht. Hun zeggenschap wordt vergroot door hun verleden bij SGH, verdere betrokkenheid binnen SGH, hun banden met de leden van het bestuur en de raad van toezicht en het gegeven dat een van de Oprichters lid is van het Koninklijk Huis.

C. De zeggenschap van de Oprichters raakt aan de autonome positie van het bestuur en de raad van toezicht. De leden van deze organen dienen zonder last of ruggespraak te handelen. Dat is niet goed verenigbaar met de zeggenschap van de Oprichters binnen beide organen. Daarnaast doet de invloed van de Oprichters binnen beide organen af aan de vereiste onafhankelijkheid van deze organen op grond van wet- en regelgeving.

D. De zeggenschap van de Oprichters achten wij daarnaast onverenigbaar met de fundamentele governancestructuur die de Claimcode voorschrijft, aan de eisen waarvan SGH op grond van de DVO dient te voldoen.

E. Verder observeren wij een ernstig gebrek aan *checks and balances* t.a.v. de Oprichters, doordat zij volledig buiten de kaders van wet- en regelgeving vallen. Dat gebrek wordt ook niet opgevangen binnen de governance SGH.

F. Wij concluderen dat de governance van SGH niet voldoet aan de juridische vereisten. Dat kan worden hersteld door de Oprichters te schrappen als gremium. Verder adviseren wij dat SGH opnieuw kritisch kijkt naar de samenstelling van haar bestuur en raad van toezicht in het licht van de eisen van de Claimcode.

Deze communicatie is vertrouwelijk, kan zijn onderworpen aan een beroepsgeheim en mag niet worden gebruikt, geopenbaard, verveelvoudigd, gedistribueerd of behouden door een ander dan de beoogde ontvanger. Alle juridische relaties zijn onderworpen aan de algemene voorwaarden van NautaDutilh N.V. (zie www.nautadutilh.com/terms). Deze voorwaarden bevatten een aansprakelijkheidsbeperking, zijn gedeponeerd bij de rechtbank in Rotterdam en worden op verzoek kosteloos toegezonden. Nederlands recht is van toepassing en geschillen worden onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank in Amsterdam. NautaDutilh N.V.; statutair gevestigd te Rotterdam; handelsregister nr. 24338323. Voor informatie inzake de verwerking van uw persoonsgegevens zie onze privacy policy: www.nautadutilh.com/privacy.

1 INLEIDING

1.1 Stichting Gelijkwaardig Herstel (**SGH**) is betrokken bij de schadeafwikkeling van de kindertoeslagenaffaire. Gedupeerden die menen recht te hebben op aanvullende schadevergoeding – boven het aan alle gedupeerden uitgekeerde bedrag van EUR 30.000 en eventuele vergoeding op basis van de integrale beoordeling – en voldoen aan de verdere voorwaarden kunnen zich bij SGH melden om hun verhaal te doen, aanvullende schade te laten begroten en om een vaststellingsovereenkomst op te laten stellen tussen henzelf en de Staat. SGH verricht haar werkzaamheden in opdracht van de Staat, op grond van een dienstverleningsovereenkomst die op 16 juli 2024 is gesloten tussen het Ministerie van Financiën en SGH (de **DVO**).

1.2 Als stichting is SGH gebonden aan bepaalde governancevereisten op grond van het Nederlandse ondernemingsrecht en de DVO. In het kader van haar rol in het hersteltraject, waarmee aanzienlijke belangen zijn gemoeid en waarvoor de Staat uiteindelijk verantwoordelijk is, is het van belang dat SGH dergelijke governancevereisten naleeft. Dat geldt des te meer nu verdere uitbreiding van de rol van SGH wordt overwogen. In het rapport van de Commissie van Dam is dan ook als een van de vereisten daarvoor opgenomen dat de governance van SGH op orde moet zijn.

1.3 Het Ministerie van Financiën heeft ons daarom verzocht om een juridische analyse van de governance van SGH. Dit memorandum bevat die analyse. In paragraaf 2 wordt het juridische kader uiteengezet waaraan de governance van SGH op grond van het algemene ondernemingsrecht en de DVO dient te voldoen, in paragraaf 3 wordt de governance van SGH uiteengezet en in paragraaf 4 wordt de governance van SGH getoetst aan de hand van het juridische kader.

1.4 Uit deze analyse volgt dat de governance van SGH op verschillende punten niet voldoet aan de juridische vereisten. Dat hangt met name samen met de zeggenschap van de Oprichters die niet goed past binnen het wettelijk en regelgevend kader, alsmede met het gebrek aan *checks and balances* ten aanzien van de Oprichters. Wij achten de governancestructuur van SGH in haar huidige vorm dan ook juridisch gebrekkig en niet van het professionele karakter dat noodzakelijk is voor de zorgvuldige uitoefening van een uitgebreide rol binnen het hersteltraject. Het is in onze optiek vereist dat de bevoegdheid van de Oprichters volledig wordt geschrapt en dat de organen van SGH onafhankelijk opereren, of dat die bevoegdheid significant wordt ingeperkt waarbij dan een groot aantal aanvullende waarborgen zouden moeten worden getroffen.

2 HET JURIDISCH KADER INZAKE GOVERNANCE

Algemeen ondernemingsrecht

2.1 Een stichting is een rechtsvorm die wordt gekenmerkt door een hoge mate van autonomie. Stichtingen hebben geen eigenaar en in beginsel maar één verplicht wettelijk orgaan, zijnde het bestuur. Het bestuur is belast met het besturen van de stichting en draagt op grond van de wet de fiduciaire verantwoordelijkheid om daarbij te handelen in het belang van de stichting en haar stakeholders, waarbij belangrijke betekenis toekomt aan het doel van de stichting zoals dat is vastgelegd in de statuten. Bestuurders worden benoemd en ontslagen op de wijze die is vastgelegd in de statuten.

2.2 De statuten van een stichting kunnen bepalen dat er een raad van toezicht is. Deze houdt toezicht op het bestuur en op de algemene gang van zaken binnen de stichting. Ook de raad van toezicht draagt daarbij de fiduciaire verantwoordelijkheid om te handelen in het belang van de stichting en haar stakeholders. Verder worden ook de leden van de raad van toezicht benoemd en ontslagen op de wijze die is vastgelegd in de statuten.

2.3 Het bestuur en de raad van toezicht zijn organen waaraan op grond van de wet bijzondere bevoegdheden zijn toegekend, maar waartegenover tevens bepaalde verantwoordelijkheden staan. Zo kan de besluitvorming van deze organen door de rechter worden getoetst in het licht van de fiduciaire verantwoordelijkheid en eventueel ook worden aangetast, kan de rechter in bijzondere gevallen de leden van het bestuur en de raad van toezicht ontslaan (op grond van artikel 2:298 BW) en kunnen de stichting en/of eventuele derden de leden van het bestuur en de raad van toezicht aansprakelijk stellen indien zij menen dat sprake is geweest van onbehoorlijke taakvervulling. In zeer ernstige gevallen kan hen zelfs een civiel- of strafrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd.

2.4 Nauw verbonden aan de bijzondere bevoegd- en verantwoordelijkheden van bestuur en raad van toezicht is dan ook de autonome positie van deze organen. Leden van het bestuur en de raad van toezicht dienen zelfstandig te handelen, zonder last of ruggespraak, en in het belang van de stichting en haar stakeholders zonder zich daarbij door bepaalde deelbelangen te laten leiden. Die autonome positie dient binnen de rechtspersoon te zijn gewaarborgd.

2.5 Zo is een centraal uitgangspunt van het ondernemingsrecht de bestuursautonomie, inhoudende dat het besturen van de stichting een autonome taak is van het bestuur. Die autonomie kan worden ingeperkt,

bijvoorbeeld doordat bepaalde bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een ander orgaan (zoals de raad van toezicht) zijn onderworpen, maar dat mag niet zover gaan dat de bestuurstaak wordt uitgehold. Zo wordt het bijvoorbeeld niet toelaatbaar geacht dat alle bestuursbesluiten aan de goedkeuring van een bepaald orgaan zijn onderworpen. In dat kader is de toelaatbaarheid van een statutaire instructiebevoegdheid, op grond waarvan het bestuur de aanwijzingen van een ander orgaan of derde dient op te volgen, een controversieel onderwerp in de juridische literatuur. Volgens sommigen is de statutaire instructiebevoegdheid in het geheel ontoelaatbaar, volgens anderen is deze slechts toelaatbaar wanneer deze specifieke aangelegenheden betreft en dus niet geldt voor alle bestuurlijke aangelegenheden, en volgens nog weer anderen moet de toelaatbaarheid worden beoordeeld op basis van de feitelijke invulling die wordt gegeven aan het instructierecht en of het bestuur uiteindelijk in de gelegenheid is om zelfstandig de afweging te maken of de aanwijzingen of instructies moeten worden opgevolgd.

2.6 De autonome positie van een raad van toezicht is in het licht van diens toezichthoudende rol zelfs nog belangrijker. De leden van dit orgaan dienen onafhankelijk en zonder instructie of mandaat te opereren. Daarbij is een algemeen uitgangspunt binnen het ondernemingsrecht dat de meerderheid van de raad van toezicht, waaronder de voorzitter, als onafhankelijk dient te kwalificeren en bijvoorbeeld niet betrokken is (geweest) bij de rechtspersoon als werknemer, bestuurder of in een andere rol van betekenis. Tevens is voldoende onafhankelijkheid van de raad van toezicht ten opzichte van het bestuur van belang. Zo wordt het bijvoorbeeld niet toelaatbaar geacht als het bestuur een rol speelt in de benoeming van de leden van de raad van toezicht.

2.7 Stichtingen kunnen tevens zeggenschapsrechten toekennen aan andere organen, zoals een raad van advies, en/of aan derden. Dat kunnen bijvoorbeeld adviesrechten zijn of goedkeuringsrechten ten aanzien van een aantal specifieke besluiten van het bestuur en/of een ander orgaan. Hierbij geldt wederom het uitgangspunt dat de stichting een grote mate van vrijheid heeft om deze organen en diens bevoegdheden krachtens de statuten vorm te geven. Daarbij moet wel binnen de hiervoor genoemde kaders gebleven worden. Zo mogen de zeggenschapsrechten van andere organen bijvoorbeeld geen inbreuk maken op de hiervoor besproken autonome positie van het bestuur en/of de raad van toezicht.

Claimcode 2019

2.8 Op grond van de DVO dient SGH te handelen conform de Claimcode 2019

(de **Claimcode**). Voor stichtingen die onder de reikwijdte van de Claimcode vallen gelden een aantal aanvullende uitgangspunten met betrekking tot de governance. Een aantal daarvan die relevant zijn in het kader van dit memorandum zijn de volgende:

- Op grond van Principe I zijn in eerste instantie de oprichters van de stichting verantwoordelijk voor de governancestructuur en de naleving van de Claimcode en het afleggen van verantwoording daarover aan de personen wiens belangen de stichting behartigt. Er dient een raad van toezicht te zijn en de governancestructuur van de stichting dient inzichtelijk te zijn op haar website. Na de oprichting zijn het bestuur en de raad van toezicht verantwoordelijk voor de governancestructuur en de naleving van de Claimcode en het afleggen van verantwoording daarover aan de personen wiens belangen de stichting behartigt.

- Op grond van Principe IV dient het bestuur zodanig te zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de raad van toezicht en de belanghebbenden bij de belangenorganisatie onafhankelijk en kritisch kunnen opereren. Daarbij dienen hoofd- of nevenfuncties van leden van het bestuur en de raad van toezicht die afbreuk kunnen doen aan de onafhankelijkheid dienen te worden vermeden. Verder dienen er geen overeenkomsten gesloten te worden met een entiteit waarvan de leden van deze organen, al dan niet via nauwe verwanten, betrokken zijn in de hoedanigheid van bestuurder, oprichter, aandeelhouder, toezichthouder, maat, partner, vennoot of werknemer.

- Op grond van Principe V dient het bestuur zodanig samengesteld te zijn dat het beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor een adequate doelverwezenlijking, met minimaal één lid met de noodzakelijke specifieke juridische ervaring en expertise en minimaal één lid met de noodzakelijke specifieke financiële ervaring en expertise.

- Op grond van Principe VII is de raad van toezicht zodanig samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar en het bestuur en de ten aanzien van de door de stichting behartigde belangen onafhankelijk en kritisch kunnen opereren, met minimaal één lid met de noodzakelijke specifieke juridische ervaring en expertise en minimaal één lid met de noodzakelijke specifieke financiële ervaring en expertise. De leden van de raad van toezicht hebben geen, rechtstreeks of middellijk, persoonlijk belang in of bij de stichting en de voor de stichting uitgevoerde activiteiten of bij de

rechtspersoon waartegen de stichting opkomt, en ontvangen geen vergoeding behoudens een redelijke kostenvergoeding en vacatieregeling. Verder mag, ingeval sprake is van financiering van de stichting door een derde partij, ten hoogste een lid van de raad van toezicht welke niet de voorzitter is op voordracht van die partij worden benoemd.

2.9 Er kan worden afgeweken van de principes van de Claimcode indien dat op grond van *"bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd"* is, aldus Principe 1. Dat moet in dat geval worden vermeld en gemotiveerd op de website van de stichting. Dat de afwijkingsbevoegdheid niet onbeperkt is volgt niet alleen uit Principe 1, maar tevens uit het gegeven dat de Claimcode kan worden begrepen als een codificatie van de vereisten die gelden voor rechtspersonen die onder de reikwijdte ervan vallen op grond van het ongeschreven recht, zoals in rechtspraak ook is vastgesteld. Daarnaast is te verregaande afwijking van de Claimcode ook niet verenigbaar met een redelijke uitleg van de contractuele afspraak tot naleving van de Claimcode zoals opgenomen in de DVO.

Integere bedrijfsvoering

2.10 Verder bepalen de DVO en bijlagen daarvan dat SGH een *"integere bedrijfsvoering"* zal waarborgen. De vraag is hoe dat vereiste moet worden uitgelegd.

2.11 Het begrip van *"integere bedrijfsvoering"* lijkt sterk op het vereiste van een *"integere bedrijfsuitoefening"* dat geldt voor vergunninghoudende entiteiten binnen het financieel toezichtrecht. Op grond daarvan dient, kort gezegd, te worden tegengegaan dat sprake kan zijn van belangenverstrengeling, de entiteit of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan, wegens haar cliënten het vertrouwen in de entiteit of de markt waarin zij opereert kan worden geschaad (bijv. wegens fraude of witwassen), of andere handelingen door de entiteit of haar werknemers worden verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen het ongeschreven recht dat hierdoor het vertrouwen in de entiteit of de markt waarin zij opereert ernstig kan worden geschaad.

2.12 Uiteindelijk is de kern van de verplichting tot een integere bedrijfsuitoefening dat er een adequaat beleid wordt gevoerd zodat een integere uitoefening van het bedrijf is gewaarborgd en dat dit moet zijn neergelegd in procedures en maatregelen, waarbij het integriteitsbeleid zodanig dient te zijn dat het vertrouwen in het bedrijf of in de markt waarin deze opereert niet kan worden geschaad. Met name ten aanzien van

personen in bestuurs-, toezichthoudende of integriteitsgevoelige functies geldt dat er voldoende *checks and balances* dienen te zijn. De betrouwbaarheid van deze personen dient doorlopend en onderbouwd te worden beoordeeld, er dient voldoende beleid te zijn t.a.v. de zorgvuldige taakuitoefening door deze personen dat zijn neerslag vindt in procedures en maatregelen, en er dient voldoende onafhankelijk en daadkrachtig toezicht te zijn op de naleving hiervan.

2.13 Wij vinden het redelijk dat bij de uitleg van het vereiste van integere bedrijfsvoering tot op een zekere hoogte aansluiting wordt gezocht bij het vereiste van integere bedrijfsuitoefening zoals opgenomen in de Wft. Niet alleen vanwege de tekstuele gelijkenis maar tevens op basis van de bredere context. Uiteindelijk hangt het vereiste van een integere bedrijfsuitoefening samen met het belang van het vertrouwen dat het publiek moet kunnen hebben in entiteiten in de financiële sector waaraan een vergunning is verleend. Dat geldt in vergelijkbare zin voor SGH, dat een belangrijke rol vervult in een dossier waarin het vertrouwen van het publiek centraal staat, haar handelingen verricht op grond van een bevoegdheid die haar is toegekend vanuit de Staat, en dat werkzaamheden verricht waarbij een zeer hoog bedrag aan overheidsgeld komt kijken. Het is van belang dat die taak op een integere wijze wordt verricht en wordt voorkomen dat het vertrouwen in SGH, en in bredere zin de hersteloperatie, schade oploopt.

2.14 Relevant daarbij is ook dat het vereiste van een integere bedrijfsuitoefening binnen de financiële sector niet slechts een wettelijk vereiste is, maar tevens wordt begrepen als een codificatie van de verplichtingen waaraan een entiteit binnen die sector moet voldoen op grond van haar ongeschreven zorgplicht. De zorgplicht van SGH achten wij in het licht van het voorgaande zeker niet van mindere omvang.

3 DE GOVERNANCE VAN SGH

3.1 In overeenstemming met de Claimcode hanteert SGH een governancestructuur met een bestuur en een raad van toezicht. Het bestuur is belast met het besturen van de stichting, en de raad van toezicht houdt toezicht op het bestuur en de gang van zaken en staat het bestuur met raad terzijde. Daarbij beschikt de raad van toezicht over enkele belangrijke zeggenschapsrechten, zoals het benoemen en ontslaan van de leden van het bestuur en de raad van toezicht, het wijzigen van de statuten en het goedkeuren van belangrijke bestuursbesluiten waaronder de vaststelling van beleidsplannen en de begroting. Op grond van de wet, maar tevens de statuten van SGH, hebben de leden van het bestuur en de raad van toezicht

de fiduciaire verplichting om bij hun taakvervulling te handelen in het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie.

3.2 SGH heeft middels haar statuten tevens andere gremia ingesteld. Zo is er een facultatieve raad van advies, bestaande uit onder andere gedupeerden, welke advies mag geven aan het bestuur en de raad van toezicht. Daarnaast kan worden gewezen op de Oprichters. Dit zijn Petra Laurentien Brinkhorst (**Brinkhorst**) en Gerd van Atten (**Van Atten**). Ingevolge de statuten van SGH hebben de Oprichters *"in de visie, koers en besluitvorming een zwaarwegende stem"*. Het is onduidelijk hoe dit precies moet worden opgevat. Het lijkt naar ons oordeel echter het meest op een algemeen statutair instructierecht dat door het bestuur en de raad van toezicht slechts met zwaarwegende argumenten terzijde kan worden gesteld. Daarnaast stellen de Oprichters het bestuursreglement vast, doen zij een bindende voordracht ten aanzien van de voorzitter van de raad van toezicht, hebben zij een goedkeuringsrecht ten aanzien van de profielschetsen voor de leden van de raad van toezicht en maken zij deel uit van de wervings- en selectiecommissie voor de leden van de raad van toezicht. De Oprichters worden niet benoemd en kunnen niet worden ontslagen. Verder dragen de Oprichters ook geen fiduciaire verantwoordelijkheid op grond van de wet en/of de statuten en hoeven zij ook geen verantwoording af te leggen.

3.3 De Oprichters hebben niet alleen formeel een belangrijke positie binnen SGH, maar tevens feitelijk. Vanaf de oprichting waren de Oprichters, en met name Brinkhorst als lid van het Koninklijk Huis, het gezicht van SGH in de media en het politieke debat en richting de gedupeerden. De methode van SGH is ook wel bekend komen te staan als de 'methode Laurentien', vernoemd naar Brinkhorst. De Oprichters waren in eerste instantie ook bestuurders van SGH, waarbij Brinkhorst de positie van bestuursvoorzitter bekleedde. Zij zijn in januari 2024 (Van Atten) en augustus 2024 (Brinkhorst) weliswaar afgetreden als bestuurders maar zijn sindsdien nog steeds (intensief) betrokken bij SGH.

3.4 Zo beschikken Brinkhorst en Van Atten als Oprichters nog steeds over de hiervoor besproken formele bevoegdheden, waaronder het statutaire instructierecht en de bevoegdheden inzake de samenstelling van de raad van toezicht. Naar wij begrijpen gebruiken zij deze bevoegdheden ook. Wij begrijpen dat de Oprichters worden betrokken in de besluitvorming van het bestuur en de raad van toezicht. Van Atten is verder verbonden aan SGH als juridisch medewerker en woont wekelijks de *bestuursvergadering* tussen SGH en het Ministerie van Financiën bij en is in de praktijk de voornaamste counterpart voor de betrokken ambtenaren bij het Ministerie

van Financiën. SGH werkt verder nauw samen met Stichting Number 5 Foundation – de persoonlijke ideële stichting die is opgericht door Brinkhorst en haar man en waarvan Brinkhorst de bestuursvoorzitter is (en waarvan de statutaire doelomschrijving zelfs 'het uitdragen van het gedachtegoed van Brinkhorst' omvat). SGH gebruikt het kantoorpand van Stichting Number 5 Foundation en deze stichting verstrekt de inwerksessies van de medewerkers van SGH. Ook treden Brinkhorst en Van Atten nog steeds op in de media met betrekking tot SGH, zoals met hun gezamenlijke interview in De Telegraaf van 24 december 2024. Verder observeren wij dat er verbanden kunnen worden getrokken tussen de Oprichters en verschillende leden van het bestuur en de raad van toezicht, door huidige en/of eerdere gelijktijdige betrokkenheid bij dezelfde organisaties en/of de werkzaamheden daarvan (waaronder Stichting Number 5 Foundation, Stichting 2050, Missing Chapter Foundation). Bij dit alles achten wij het bovendien van belang dat Brinkhorst lid is van het Koninklijk Huis, waardoor haar een bepaald gezag toekomt waarover anderen niet beschikken. Deze feitelijke omstandigheden werken in onze optiek verzwarend ten aanzien van de formele zeggenschap waarover de Oprichters beschikken.

4 JURIDISCHE TOETSING VAN DE GOVERNANCE VAN SGH

4.1 Wanneer wij de in paragraaf 3 uiteengezette governance van SGH beoordelen aan de hand van het in paragraaf 2 uiteengezette juridische kader observeren wij het volgende.

Observatie 1: zeggenschap Oprichters raakt aan autonome positie bestuur en raad van toezicht

4.2 Bij een beoordeling van de governance springt de rol van de Oprichters er direct uit. Zij beschikken over aanzienlijke formele bevoegdheden, waaronder het algemene statutaire instructierecht als hiervoor omschreven, het vaststellen van het bestuursreglement, het bindend voordragen van de voorzitter van de raad van toezicht en hun betrokkenheid bij de selectie van de verder leden van de raad van toezicht, waaraan extra kracht toekomt vanwege de oorspronkelijke rol van de Oprichters als grondleggers, oud-bestuurders en publiek gezicht van SGH, hun nog steeds aanzienlijke betrokkenheid binnen SGH, hun banden met de leden van het bestuur en de raad van toezicht en het gezag dat aan de Oprichters toekomt vanwege de omstandigheid dat Brinkhorst lid is van het Koninklijk Huis. Dit stelt de Oprichters in de gelegenheid om belangrijke, zo niet doorslaggevende invloed uit te oefenen binnen SGH. Naar wij begrijpen wordt daar ook gebruik van gemaakt en zijn de Oprichters intensief betrokken in de

besluitvorming van het bestuur en de raad van toezicht.

4.3 Op grond van het algemene ondernemingsrecht staat het een stichting in de regel vrij om bijzondere gremia in te stellen waaraan bepaalde bevoegdheden worden toegekend, maar dat mag geen afbreuk doen aan de autonome positie van het bestuur en de raad van toezicht. De leden van deze organen dienen zonder last of ruggespraak te opereren. Er kan in onze optiek worden afgevraagd of dat bij SGH het geval is.

4.4 Dat hangt met name samen met de statutaire instructiebevoegdheid van de Oprichters, op grond waarvan zij *"in de visie, koers en besluitvorming een zwaarwegende stem"* hebben. De toelaatbaarheid van een statutaire instructiebevoegdheid is niet zonder controverse, zeker wanneer deze een algemeen karakter heeft zoals hier het geval is (d.w.z. dat de bevoegdheid ziet op alle besluiten van het bestuur, en ogenschijnlijk zelfs de raad van toezicht). Hoewel volgens een gedeelte van de juridische literatuur de toelaatbaarheid moet worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke vraag of het bestuur uiteindelijk in de gelegenheid is om zelfstandig de afweging te maken of de aanwijzingen of instructies worden opgevolgd, biedt de eerdergenoemde feitelijke invloed van de Oprichters in onze optiek eerder grond voor een meer kritische dan soepele beoordeling. In onze optiek schuren de bevoegdheden van de Oprichters dan ook met de bestuursautonomie.

4.5 Ook de autonomie van de raad van toezicht achten wij onvoldoende gewaarborgd, doordat het statutaire instructierecht van de Oprichters tevens van toepassing lijkt te zijn op de besluitvorming van de raad van toezicht. Het vereiste dat de leden van de raad van toezicht zonder last of ruggespraak dienen te handelen staat daarmee in vergelijkbare zin onder spanning. Dat is des te meer bezwaarlijk nu de Oprichters inspraak lijken te hebben in zowel het bestuur als de raad van toezicht, hetgeen afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van de raad van toezicht ten opzichte van de rechtspersoon en het bestuur. Wij lichtte in paragraaf 2 toe dat dit een belangrijk vereiste is binnen het algemene ondernemingsrecht vanwege de toezichthoudende functie van een raad van toezicht. Dat de Oprichters een zwaarwegende stem bezitten binnen zowel bestuur als raad van toezicht achten wij daar niet mee verenigbaar.

4.6 Voor deze observatie vinden wij aanvullende steun in de vereisten van de Claimcode, op basis waarvan verzwaarde onafhankelijkheidseisen gelden voor het bestuur en de raad van toezicht. Zo schrijven de Principes IV en VII voor dat het bestuur en de raad van toezicht zodanig dienen te zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de leden van het andere

orgaan en de gedupeerden onafhankelijk en kritisch kunnen opereren, dat hoofd- of nevenfuncties van bestuursleden die daaraan afbreuk doen dienen te worden vermeden, dat leden van de raad van toezicht geen enkel rechtstreeks of middellijk persoonlijk belang hebben in of bij de stichting en dat geen overeenkomsten worden gesloten tussen de stichting en (rechts)personen met een nauwe betrokkenheid van een lid van het bestuur of de raad van toezicht.

4.7 De zwaarwegende zeggenschap van de Oprichters binnen beide organen achten wij daar niet mee verenigbaar, aangezien dat raakt aan de op grond van de Claimcode vereiste onafhankelijkheid tussen de leden van beide organen. Daarnaast raakt de betrokkenheid van de Oprichters aan de vereiste onafhankelijkheid van beide organen zelf. Zoals gezegd wordt de onafhankelijkheid van het bestuur mede gewaarborgd doordat bestuurders geen hoofd- of nevenfuncties mogen verrichten die hun onafhankelijkheid aantasten en doordat er geen overeenkomsten mogen worden gesloten met (rechts)personen met een nauwe betrokkenheid van de bestuurders. De Oprichters voldoen niet aan deze vereisten, aangezien Van Atten als juridisch adviseur werkzaam is voor SGH en de Stichting Number 5 Foundation, waarvan Brinkhorst de bestuursvoorzitter is, tegen vergoeding verschillende werkzaamheden verricht voor SGH. Doordat zij vervolgens wel een zwaarwegende stem hebben binnen het bestuur, heeft het bestuur niet de onafhankelijkheid die de Claimcode vereist. Hetzelfde geldt voor de raad van toezicht, waarvan de leden überhaupt geen rechtstreeks of middellijk persoonlijk belang mogen hebben in of bij de stichting. De zwaarwegende stem van de Oprichters binnen de raad van toezicht, die nog wordt aangevuld met hun bindende voordrachtrecht ten aanzien van de voorzitter van de raad van toezicht, zorgt er in het licht van hun verdere betrokkenheid van SGH voor dat de raad van toezicht niet de onafhankelijkheid heeft die de Claimcode vereist.

4.8 Wij achten de zeggenschap van de Oprichters binnen het bestuur en de raad van toezicht verder niet verenigbaar met het vereiste van een integere bedrijfsvoering, zoals besproken in paragraaf 2. De toezichthoudende rol die de raad van toezicht vervult ten aanzien van het bestuur ziet ook op eventuele integriteitsrisico's binnen het bestuur die het vertrouwen in de stichting, de hersteloperatie in bredere zin en uiteindelijk de Staat kunnen schaden. Een onvoldoende onafhankelijke raad van toezicht ten opzichte van het bestuur doet afbreuk aan het vermogen om die rol te kunnen vervullen. Bovendien geldt dat de Oprichters wel zeggenschap hebben binnen beide organen, maar niet binnen de wettelijke en vennootschappelijke kaders vallen die beschermen tegen mogelijke integriteitsrisico's binnen die organen doordat zij daar formeel geen deel

van uitmaken (zoals uit het vorige randnummer bijvoorbeeld blijkt). Dat achten wij onvoldoende waarborging van de integriteit van beide organen, en daarmee niet in lijn met het vereiste van een integere bedrijfsvoering.

Observatie 2: zeggenschap Oprichters niet verenigbaar met de vereiste governancestructuur van de Claimcode

4.9 De zeggenschapspositie van de Oprichters achten wij ook niet verenigbaar met de Claimcode. In Principe I daarvan staat dat de oprichters verantwoordelijk zijn voor de governancestructuur van de stichting en de naleving van de Claimcode, maar dat na de oprichting het bestuur en de raad van toezicht hiervoor verantwoordelijk zijn. In vergelijkbare zin leggen de oprichters, maar na de oprichting het bestuur en de raad van toezicht, hierover verantwoording af aan de gedupeerden, aldus dit principe. De Claimcode schrijft daarmee expliciet een verantwoordelijkheidsoverdracht voor van oprichters naar bestuur en raad van toezicht die plaatsvindt op het moment van oprichting. Dat volgt ook uit het gegeven dat geen enkele van de principes of *best practice* bepalingen van de Claimcode vervolgens nog betrekking heeft op de oprichters, terwijl het bestuur en de raad van toezicht en de leden van deze organen aan uitgebreide regels worden onderworpen. De Claimcode is daarmee gebaseerd op deze verantwoordelijkheidsoverdracht en op een bestuur dat onder toezicht van een raad van toezicht zelfstandig en onafhankelijk verantwoordelijkheid neemt.

4.10 In onze optiek is het behoud van een belangrijke en algemene zeggenschapspositie voor de Oprichters in strijd met deze voorgeschreven verantwoordelijkheidsoverdracht en daaruit voortvloeiende governancestructuur waarop de Claimcode vervolgens is gebaseerd. Zoals in paragraaf 2 aan de orde kwam is de ruimte voor afwijking van de Claimcode beperkt, en wij beschouwen dit niet als een element van de Claimcode waarvan gemotiveerd kan worden afgeweken, aangezien de Claimcode op deze structuur is gebaseerd en dus in belangrijke mate haar effectiviteit verliest bij een dergelijk structurele afwijking, zoals al blijkt uit het gegeven dat de Oprichters verder volledig buiten de reikwijdte ervan vallen. Een afwijking van die structuur zien wij dan ook als een afwijking van de Claimcode als zodanig.

Observatie 3: gebrek aan checks and balances t.a.v. de Oprichters

4.11 Het ondernemingsrecht bevat een stelsel van *checks and balances* ten aanzien van het bestuur en de raad van toezicht, dat niet van toepassing is op de Oprichters. Zo dragen zij niet de fiduciaire verantwoordelijkheid van

de leden van het bestuur en de raad van toezicht om te handelen in het belang van de stichting, maar mogen zij hun formele bevoegdheden, binnen de grenzen van de redelijkheid en billijkheid, uitoefenen op basis van hun eigen belangen. Daarnaast dragen zij in tegenstelling tot het bestuur en de raad van toezicht geen verantwoordingsplicht. De Oprichters kunnen ook niet ontslagen worden, in tegenstelling tot de leden van het bestuur en de raad van toezicht die door de raad van toezicht of de rechter kunnen worden ontslagen. Verder vallen zij niet onder het bestuurdersaansprakelijkheidsregime dat geldt voor leden van het bestuur en de raad van toezicht. Het is ook niet het geval dat de Oprichters binnen de stichting aan *checks and balances* zijn onderworpen. Er is bijvoorbeeld geen reglement dat ziet op het besluitvormingsproces van de Oprichters, er zijn geen formele vergaderingen waarin de discussie en uiteindelijke motivering van de besluiten wordt vastgelegd, er is geen regeling om risico's van belangenverstrengeling bij de Oprichters te vermijden en er is geen persoon die hierop toeziet.

4.12 Dat achten wij niet verenigbaar met de Claimcode. Hoewel de Claimcode verschillende aanvullende *checks and balances* voorschrijft ten aanzien van het bestuur en de raad van toezicht, vallen de Oprichters daar volledig buiten. Zo mag een stichting bijvoorbeeld geen overeenkomsten sluiten met een entiteit waarbij een bestuurder of lid van de raad van toezicht (al dan niet via familieleden) betrokken is in verschillende hoedanigheden zoals bestuurder, toezichthouder of aandeelhouder, dient er een inzichtelijk beloningsbeleid te zijn t.a.v. de bestuurders en mogen de leden van de raad van toezicht geen beloning ontvangen (m.u.v. een inzichtelijke kostenvergoeding en vacatiegeldregeling). Dergelijke regels vinden hun oorsprong in het belang van waarborging van de integriteit van de stichting. Hoewel de Oprichters op grond van de Claimcode niet aan dergelijke waarborgen worden onderworpen, omdat zij daarin in het geheel niet voorkomen, vereist dat onderliggende belang net zo goed een stelsel aan *checks and balances* ten aanzien van de Oprichters vanwege de mate van zeggenschap waarover zij beschikken binnen SGH. Het gebrek hieraan achten wij dan ook strijdig met de onderliggende gedachte van de Claimcode.

4.13 In vergelijkbare zin achten wij het gebrek aan *checks and balances* niet verenigbaar met het in de DVO genoemde vereiste van een integere bedrijfsvoering. De Oprichters beschikken over significante zeggenschap binnen SGH en vervullen reeds daarom al een integriteitsgevoelige functie, maar dat geldt des te meer nu de Oprichters bij het publiek nog veelal worden beschouwd als het gezicht van SGH en hun handelen daarnaast ook extra in de aandacht staat doordat Brinkhorst lid is van het Koninklijk Huis.

Daardoor bestaat er een verhoogd risico dat eventueel niet-integer handelen van de Oprichters schade doet aan SGH, de bredere hersteloperatie en uiteindelijk de Staat. Dat blijkt ook uit het feit dat de nevenbelangen van de Oprichters bij SGH reeds het onderwerp zijn geweest van een rapportage van NRC in november 2024. Wij achten het niet meer dan redelijk dat een integere bedrijfsvoering vereist dat er een adequaat beleid is, dat zijn neerslag vindt in procedures en maatregelen, om belangenverstrengeling of andersoortig onrechtmatig handelen van de Oprichters te voorkomen in het licht van de zeggenschap waarover zij beschikken, zoals ook zou worden vereist binnen het financieel toezichtrecht om te kunnen spreken over een integere bedrijfsoefening. Daaraan voldoet SGH echter niet.

5 CONCLUSIE

5.1 Uit het voorgaande concluderen wij dat de governance van SGH in haar huidige staat niet voldoet aan de juridische eisen die daarvoor gelden op grond van de wet en DVO. SGH is verplicht om dat te herstellen. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt in het bijzonder bij de leden van haar bestuur en raad van toezicht, in het licht van hun fiduciaire verantwoordelijkheid en hun verantwoordelijkheid voor de governancestructuur van de stichting op grond van de Claimcode.

5.2 Het is ook in het belang van SGH dat haar governance wordt hersteld. De juridische vereisten aan de governance waarborgen een zorgvuldig besluitvormingsproces binnen de stichting dat resulteert in de beste uitkomst in het belang van de stichting en haar stakeholders. Een gebrekkige governance ondergraaft dat proces en raakt aan de besluitvorming. Dat kan uiteindelijk schadelijk zijn voor de belangen die de stichting beoogt te behartigen. Bovendien vergroten de geconstateerde gebreken de juridische exposure van SGH en de leden van haar bestuur en raad van toezicht, met name ingeval haar werkzaamheden zouden worden uitgebreid en de besluitvorming binnen SGH daardoor op meer en grotere belangen zou komen te zien. Gebrekkige besluitvormingsprocessen kunnen tenslotte leiden tot discussies over vernietigbaarheid van besluitvorming en in uitzonderlijke omstandigheden zelfs tot persoonlijke aansprakelijkheidsrisico’s voor leden van het bestuur en de raad van toezicht. Omwille van dit soort redenen is het van belang voor organisaties waarvan de besluitvorming aan grote belangen raakt dat de governance waterdicht is. In de huidige staat achten wij de governance van SGH dan ook niet van het professionele karakter dat noodzakelijk is voor de zorgvuldige uitoefening van een grote rol binnen het hersteltraject en de daaraan verbonden invloed op het publiek vertrouwen en de besteding van

een grote hoeveelheid overheidsgeld.

5.3 Het herstel van de governance vereist in onze optiek het volledig schrappen van de Oprichters als gremium van SGH. Daar zou dan ook geen informele zeggenschap voor in de plaats moeten komen. Het bestuur en de raad van toezicht dienen hun rol autonoom te vervullen, zowel formeel als feitelijk. Als alternatief zou kunnen worden overwogen dat de formele zeggenschap van de Oprichters aanzienlijk wordt teruggeschroefd, waarbij in ieder geval het statutaire instructierecht wordt geschrapt, en dat er een duidelijk reglementair kader wordt opgesteld dat ziet op o.a. de rol en verantwoordelijkheid van de Oprichters, de besluitvormingsprocedures die zij dienen te doorlopen, de wijze waarop met belangenverstrengeling wordt omgegaan en de wijze waarop toezicht wordt gehouden op de Oprichters. Daarbij zou de wijze waarop bestuur en raad van toezicht zich verhouden tot de Oprichters dan ook uitgebreid uitgewerkt dienen te worden in diens eigen reglementen. Wij vragen ons echter af in hoeverre een succesvolle realisatie van dit alternatief redelijkerwijs haalbaar is, vanwege de hoeveelheid waarborgen die zouden moeten worden getroffen en de onzekerheid van de effectiviteit ervan, tevens in het licht van de in deze analyse genoemde feitelijke omstandigheden die de zeggenschap van de Oprichters aanzienlijk verzwaren. Wij betwijfelen dan ook in hoeverre het nastreven van dit alternatief in het belang van de stichting en haar stakeholders zou zijn. Mocht het van belang zijn voor SGH om de Oprichters betrokken te houden, dan zou naar ons oordeel beter gedacht kunnen worden aan een ambassadeursrol zonder daaraan verbonden formele of feitelijke zeggenschap binnen SGH.

5.4 Verder zouden wij adviseren dat het bestuur en de raad van toezicht van SGH nogmaals kritisch kijken naar de samenstelling van deze organen in het licht van de deskundigheid en onafhankelijkheid die wordt vereist op grond van de Claimcode, zoals beschreven in paragraaf 2. Daarbij dient in acht gehouden te worden dat de leden van deze organen voldoende onafhankelijk dienen te zijn ten opzichte van elkaar, maar ook ten opzichte van de belangen die door de stichting worden behartigd. De Claimcode stelt de eisen aan de deskundigheid en onafhankelijkheid uiteindelijk om te waarborgen dat de belangen waarvoor de stichting opkomt optimaal worden behartigd.

*****