

Vereeniging 'Handelsrecht'
Preadviezen 2016

Vereeniging 'Handelsrecht' Preadviezen 2016

Bestuur en toezicht bij rechtspersonen, mede in de semipublieke en non-profit- sector

Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel
bestuur en toezicht rechtspersonen

Mr. J.M. Blanco Fernández

Prof. mr. J.B. Huizink

Prof. mr. H.J. de Kluiver

Mr. C.H.C. Overes

Mr. dr. E. Plomp

Prof. mr. B.C.M. Waaijer

Zutphen 2016



UITGEVERIJ *Paris*

ISBN 978-94-6251-121-7
NUR 827

© 2016 Uitgeverij Paris bv, Zutphen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Inhoudsopgave

1	Introductie en ten geleide – Prof. mr. H.J. de Kluiver / 9
2	De voorgestelde wijzigingen van Titel 1 Boek 2 BW – Prof. mr. J.B. Huizink / 21
2.1	Inleiding / 21
2.2	Artikel 2:9 BW / 21
2.2.1	Algemeen / 21
2.2.2	Raadgevende stem / 22
2.2.3	Tegenstrijdig belang / 23
2.2.4	Ontstentenis of belet / 23
2.2.5	Art. 2:9 BW volgens de Wet bestuur en toezicht / 24
2.3	Artikel 2:9a BW / 24
2.4	Artikel 2:9b BW / 25
2.5	Artikel 2:9c BW / 25
2.6	Artikel 2:11 BW / 26
2.6.1	Algemeen / 26
2.6.2	Verdere uitwerking / 27
2.7	Artikel 2:11a BW / 28
2.8	Artikel 2:11b en 2:11c BW / 28
2.9	Uitleiding / 29
3	Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht – Mr. J.M. Blanco Fernández / 31
3.1	Opmerkingen vooraf / 31
3.2	Achtergronden van het wetsvoorstel / 32
3.2.1	Wat is toezicht? / 32
3.2.2	Noodzaak en wenselijkheid van een uniforme regeling van het toezicht / 34
3.2.3	Toeziachtvormen / 38
3.2.3.1	Toeziacht door RvC en door OTB / 38
3.2.3.2	Onbenoemde toeziachtvormen, in het bijzonder in niet-commercieel groepsverband / 40
3.3	Enkele uitwerkingen / 42
3.3.1	De gerichtheid van de toezichthouder op het belang van de door de rechtspersoon in stand gehouden organisatie en het instrumentele karakter van de rechtspersoon / 42
3.3.2	Aansprakelijkheid van toezichthouders bij niet-commerciële rechtspersonen / 46
3.3.3	Goedkeuring van bestuursbesluiten door de OTB / 48
3.3.4	Stemrechtverhoudingen binnen RvC en OTB / 51

3.3.5	De raadgevende stem van bestuurders en commissarissen / 52
3.3.6	Het ontslag door de rechter van bestuurders en commissarissen van een stichting / 53
3.4	Slot / 55
3.5	Literatuur / 55
4	Wat betekent het wetsvoorstel voor de statutaire inrichting van verenigingen en stichtingen? – Prof. mr. B.C.M. Waaijer / 59
4.1	Bestaande statuten en het wetsvoorstel; algemene beschouwingen / 59
4.1.1	Inleiding / 59
4.1.2	Bestaande statuten geven normen in strijd met de wet / 61
4.1.3	Bestaande statuten geven een niet (zonder) meer bij de wet aansluitende en daarom verwarrende terminologie / 62
4.1.4	Taak van de notaris / 63
4.1.5	Bestaande statuten geven lacunes / 63
4.1.6	Het verdient overweging bestaande statuten aan te passen / 65
4.2	De statutaire inrichting met betrekking tot tegenstrijdig belang / 65
4.2.1	Algemeen / 65
4.2.2	Bestaande statuten geven normen in strijd met de wet / 66
4.2.3	Statuten onder vigeur van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen / 67
4.3	De statutaire inrichting met betrekking tot bestuur en toezicht / 69
4.3.1	Algemeen / 69
4.3.2	Statuten onder vigeur van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen / 69
4.4	Afronding / 70
5	Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot de onderwijssector – Mr. C.H.C. Overes / 71
5.1	Inleiding / 71
5.2	De onderwijssector op hoofdlijnen / 73
5.3	Bestuursmodellen; taken en bevoegdheden bestuur en commissarissen / 75
5.3.1	Verhouding Boek 2 BW en sectorale wetgeving / 76
5.3.2	Bestuursmodellen in het basis- en voortgezet onderwijs / 77
5.3.2.1	De verhouding wetsvoorstel vs. onderwijswetgeving / 80
5.3.2.2	Is aanvulling van het wetsvoorstel wenselijk? / 80
5.3.3	Bestuursmodellen in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs / 81
5.3.3.1	Raad van toezichtmodel is uitgangspunt / 82
5.3.3.2	Mogelijkheid van functionele scheiding / 83
5.3.3.3	Verhouding wetsvoorstel en onderwijswetgeving / 85
5.4	Uniformering van de norm waarnaar de bestuurders en commissarissen zich bij de vervulling van hun taak hebben te richten / 85
5.4.1	Verhouding van het belang van de rechtspersoon en het publiek belang / 87
5.4.2	Is aanvulling van de taakomschrijving wenselijk? / 90
5.4.3	Tegenstrijdig belang / 90
5.4.3.1	Tegenstrijdig belang in de onderwijswet- en regelgeving / 92

5.4.3.2	Is aanvulling op het wettelijk kader wenselijk? / 93
5.5	Aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen / 94
5.5.1	Uniformering van de interne aansprakelijkheid / 94
5.5.2	Maatstaf voor bestuurders en toezichthouders van semipublieke instellingen / 95
5.5.3	Uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid / 95
5.5.4	Aanvullende regeling op de voorstellen noodzakelijk in onderwijswetgeving? / 97
5.6	Modernisering van de ontslagregeling van bestuurders en commissarissen van stichting / 98
5.6.1	Algemeen / 98
5.6.2	De Staat als 'belanghebbende' / 100
5.6.3	Voorstellen tot aanvulling van de ontslagmogelijkheden van bestuurders en toezichthouders in het onderwijs / 101
5.7	Het opmaken van de balans / 102
6	De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector? – Mr. dr. E. Plomp / 105
6.1	Inleiding / 105
6.2	Tekortkomingen in het bestuur en toezicht van zorginstellingen / 106
6.2.1	Aard van de tekortkomingen in het bestuur en toezicht / 107
6.2.1.1	Feilbaarheid van de leden van het bestuur en de raad van toezicht / 107
6.2.1.2	Te beperkte taakopvatting / 107
6.2.1.3	Onvoldoende tegenwicht van de raad van toezicht / 108
6.2.1.4	Afhankelijkheid van de samenwerking met professionals / 108
6.2.1.5	Complexiteit van de bestuurlijke belangenafweging / 110
6.2.2	Oplossingen voor tekortkomingen in het bestuur en toezicht / 111
6.2.3	Oplossingen om de governance meer toekomstbestendig te maken / 112
6.3	Huidig sectorspecifiek normenkader / 114
6.3.1	Relevante publiekrechtelijke wet- en regelgeving / 114
6.3.1.1	Wet toelating zorginstellingen / 114
6.3.1.2	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg / 115
6.3.1.3	Beleidskader goed bestuur / 116
6.3.1.4	Wet marktordening gezondheidszorg / 117
6.3.1.5	Toezichtkader IGZ/NZa / 118
6.3.2	Zelfregulering / 119
6.3.2.1	Zorgbrede Governancecode / 119
6.3.2.2	Gedragscode voor de goede bestuurder / 120
6.3.3	Tussenconclusie / 121
6.4	De WBTR in het licht van de huidige sectorspecifieke regelgeving / 123
6.4.1	Inleiding / 123
6.4.2	Samenloop en consistentie tussen de WBTR en sectorspecifieke regelgeving / 123
6.4.2.1	Wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen / 123
6.4.2.2	Wettelijke grondslag voor monistisch bestuur / 125
6.4.2.3	Uniformering van de norm voor taakvervulling van bestuurders en commissarissen / 126
6.4.2.4	Uniformering van de tegenstrijdigbelangregeling / 127

6.4.2.5	Uniformering van de regels voor aansprakelijkstelling in geval van faillissement / 127
6.4.2.6	Modernisering van de criteria voor het ontslag van bestuurders en commissarissen / 128
6.4.3	Doorwerking van sectorspecifieke regelgeving in de WBTR / 129
6.4.3.1	Behoorlijke taakvervulling en aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling / 129
6.4.3.2	Invulling van de norm van behoorlijke taakvervulling door sectorspecifieke regelgeving / 131
6.4.3.3	Ruimte voor het meewegen van andere belangen dan het belang van de rechtspersoon / 134
6.4.3.4	Gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij faillissement / 138
6.4.4	Omgekeerde kruisbestuiving / 141
6.5	Beschouwing en conclusie / 143

Hoofdstuk 1

Introductie en ten geleide

Prof. mr. H.J. de Kluiver

De Vereniging Handelsrecht buigt zich dit jaar over de voorstellen die van regeringswege zijn gedaan met betrekking tot een nieuwe regeling van het bestuur en toezicht binnen de privaatrechtelijke rechtspersonen zoals die worden onderscheiden in Boek 2 BW. Deze voorstellen zien enerzijds op een concentratie en uniformering van de regels die gelden voor de onderscheiden rechtspersonen in de algemene titel van Boek 2 BW en anderzijds, als gevolg van die uniformering en concentratie, op een aanzienlijke aanscherping van de regels die gelden voor het bestuur en toezicht bij niet-commerciële rechtspersonen, meer specifiek de vereniging en de stichting.

Dit wetsvoorstel inzake bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) roept veel vragen op. Heeft die uniformering voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen werkelijk zin? Leidt dat tot betere regelgeving? Wordt aldus recht gedaan aan de grote variëteit van de maatschappelijke belangen die door rechtspersonen worden gediend? Houdt de regelgeving rekening met de enorme variëteit in aard, omvang, doelstelling en werkzaamheid van rechtspersonen? Hoe verhoudt de voorgestelde regeling zich met de uitgebreide sectorale wetgeving bijvoorbeeld in het onderwijs of de gezondheidszorg? Wordt in deze voorgestelde privaatrechtelijke wetgeving wel voldoende rekening gehouden met rechtspersonen die in de semipublieke en non-profitsfeer nu juist ook mede publieke belangen behartigen?

Overzie ik de mooie preadviezen die in deze bundel bijeen zijn gebracht, dan constateer ik dat al deze vragen, en nog veel meer, aan bod komen. Tegelijkertijd constateer ik dat veel van de gestelde vragen door de preadviseurs niet zonder meer van een positief antwoord worden voorzien. Wat overheerst na lezing van de preadviezen is dat er veel aarzeling is of met deze wetgeving wel de goede kant wordt opgegaan. Is hier niet te veel sprake van wetgeving die met name is ingegeven door enkele incidenten en de toegenomen neiging van politici en publiek om schande te spreken van alle bestuurders en commissarissen als er in de non-profit- en semipublieke sfeer zaken misgaan?

De voorgaande vragen stellen betekent op deze plaats nog niet het beantwoorden daarvan, maar in de preadviezen die hierna volgen vindt men veel van die antwoorden wel terug.

Op zichzelf en in abstracto klinkt een uitgangspunt dat regels worden geüniformeerd als iets dat nut kan hebben. De cruciale vraag is echter, zoals Huizink terecht vooropstelt, of de geüniformeerde voorschriften zich wel voor rechtstreekse toepassing lenen op alle verschillende soorten rechtspersonen. Een tweede vraag is bovendien of het niet zozeer moet gaan om het uniformeren van regels, maar om het verbeteren daarvan. Huizink wijst er tevens terecht op dat ervoor moet worden gewaakt dat wetteksten niet onleesbaar worden. Het kan reeds om die reden de voorkeur verdienen om niet alle regels samen te voegen, maar juist bij de regeling van de verschillende typen rechtspersonen uit te schrijven, ook waar regelingen

grotendeels gelijk zijn, maar waar de aard van de rechtspersoon nuancering meebrengt. Dat is ook nu reeds het geval. Men denke bijvoorbeeld aan de nuanceverschillen bij de regeling van de vertegenwoordiging van kapitaalvennootschappen enerzijds en verenigingen en stichtingen anderzijds. Bij de ene categorie geldt dat individuele bestuurders vertegenwoordigingsbevoegd worden geacht tenzij dit is uitgesloten, bij de andere categorie dat zij slechts individueel bevoegd zijn indien dit uitdrukkelijk is bepaald. Huizink wijst er ook op dat het er bij de pogingen om tot uniformering te komen in het wetsvoorstel lang niet altijd consistent aan lijkt toe te gaan. Onder andere de wijze waarop het huidige art. 2:9 BW – dat ziet op (on)behoorlijke taakvervulling – wordt verdeeld over andere bepalingen, in het bijzonder het nieuwe art. 2:9b BW, beziet hij kritisch.

Ook de nieuwe, geüniformeerde, regeling van het tegenstrijdig belang roept vanuit deze optiek vragen op. Bij kapitaalvennootschappen en verenigingen gaat die regeling uit van een mogelijke rol voor de algemene vergadering van aandeelhouders of ledenvergadering. Het is echter evident dat dit bij de stichting niet aan de orde kan zijn. Bij de stichting past derhalve een andere regeling. Die geeft het wetsvoorstel ook door te bepalen dat bij de stichting in geval van een tegenstrijdig belang de overwegingen voor een besluit waarbij dat aspect een rol speelt schriftelijk (moeten) worden vastgelegd. Deze bepaling is nu echter niet terug te vinden bij de regels over de stichting, maar in de algemene bepalingen. Het is de vraag of dat voor niet-juristen bestuurders van stichtingen voldoende duidelijk is. In ieder geval illustreert dit dat de regeling niet voor alle rechtspersonen geüniformeerd is en kan zijn. Overigens zijn de gevolgen van het achterwege laten van die vastlegging, of een gebrek aan detail daarvan, niet zonder meer duidelijk. Huizink meent dat bij het achterwege laten van zo'n vastlegging geen sprake is van ongeldigheid van het besluit, maar hoogstens van onbehoorlijke taakvervulling. Waaijer daarentegen stelt dat de nieuwe regeling voor de stichting ook inhoudelijke eisen aan de verantwoording stelt en dat waar deze verantwoording tekortschiet het besluit mogelijk ongeldig kan zijn.

Een kernpunt van het wetsvoorstel is dat de regeling van aansprakelijkheid ingeval van faillissement uniform voor alle rechtspersonen gaat gelden. Met name voor verenigingen en stichtingen is dit een grote verandering. Dat brengt onder meer mee dat als bij een vereniging of stichting de boekhouding niet aan alle regelen der kunst voldoet of de jaarrekening niet op de aangewezen wijze is gepubliceerd alle bestuurders en commissarissen van een failliete vereniging of stichting hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het tekort. In het licht van het feit dat vele tienduizenden, zo niet honderdduizenden, verenigingen en stichtingen worden bestuurd door goedwillende, maar niet-boekhoudkundig onderlegde vrijwilligers, is dat een verstrekkende bepaling. Na de brede kritiek in de consultatiefase is nu in het wetsvoorstel opgenomen dat in dergelijke gevallen niet wordt vermoed dat sprake is van onbehoorlijk bestuur als het gaat om *onbezoldigde* bestuurders van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen. Dat helpt weliswaar, maar betekent onverminderd dat een zeer grote groep personen die bestuurder of commissaris zijn van verenigingen of stichtingen die wel enige bezoldiging ontvangen, rekening moet houden met potentiële risico's. Deze vergaande regeling wordt in de toelichting bij het wetsvoorstel gemotiveerd

met de stelling dat ook bij verenigingen en stichtingen fraude kan plaatsvinden. De curator moet dan, aldus de minister, worden gefaciliteerd om eenvoudig de schade te verhalen. Daarmee wordt, zo noteert Blanco Fernández, het beeld geschetst dat fraudes aan de orde van de dag zijn *en* niet met andere juridische middelen adequaat kunnen worden bestreden. Van beide is geen sprake. Een actie uit onrechtmatige daad is prima geschikt om fraudes in verenigingen en stichtingen aan te pakken. De regeling van de aansprakelijkheid in art. 2:138/248 BW is daarvoor niet nodig en ziet daar op zichzelf ook niet op. Het gaat daar immers om onbehoorlijke taakvervulling die leidt tot nadeel voor crediteuren. Dat gaat veel verder en is iets heel anders dan fraude.

Een ander belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel is dat er een uniforme regeling wordt voorgesteld voor de raad van commissarissen bij alle rechtspersonen. De gevarieerde praktijk van het toezicht wordt door het wetsvoorstel in het keurslijf van een kwalificatie als raad van commissarissen geperst. Blanco Fernández noteert dat de rechtvaardiging voor deze wetgeving eigenlijk ontbreekt. De toelichting bij het wetsvoorstel stelt wel dat de voorgestelde dwingendrechtelijke regeling van ‘wezenlijk belang’ zou zijn, maar waarom dat zo is wordt in het geheel niet uitgewerkt of toegelicht. Een zeer aanzienlijk deel van de verenigingen en stichtingen kent geen toezichthoudend orgaan en voor hen is deze wetgeving dus reeds daarom niet van belang, maar overigens is ook onduidelijk welk wezenlijk belang op het spel staat en hoe de nieuwe wet die dient.

Het wetsvoorstel neemt als uitgangspunt dat sprake is van een raad van commissarissen, ook als er een orgaan is dat weliswaar enig toezicht houdt maar niet raad van commissarissen heet, niet zo bedoeld is en ook niet dezelfde bevoegdheden heeft als een raad van commissarissen bij kapitaalvenootschappen. De afgrenzing wanneer er sprake is van een raad van commissarissen en wanneer niet, is echter in het wetsvoorstel zeer onduidelijk. Zo geldt bijvoorbeeld dat als een orgaan goedkeuringsrechten heeft over cruciale bestuursbesluiten, op zich zeer effectief toezicht kan worden uitgeoefend, maar het enkel hebben van deze bevoegdheden maakt een orgaan nog niet tot een toezichthouder. Zou het anders zijn dan zou een algemene vergadering van aandeelhouders of leden met ruime goedkeuringsbevoegdheden als raad van commissarissen gelden. Dat is natuurlijk niet de bedoeling. Er kan ook sprake zijn van een toezichthoudend orgaan dat dergelijke verstrekkende bevoegdheden helemaal niet heeft, en dus eigenlijk vrij machteloos is, maar wel als raad van commissarissen kwalificeert. Blanco Fernández werkt uit dat een en ander nog extra moeizaam wordt in groepsverhoudingen die ook in de semipublieke en non-profitsfeer juist veel voorkomen. Men denke aan de vereniging met afdelingen en de positie van de hoofdvereniging. Blanco Fernández wijst bijvoorbeeld op de verplichting van de raad van commissarissen om zijn raadgevende stem te laten horen in de algemene vergadering. Betekent dit dan dat het hoofdbestuur steeds in de algemene vergadering van de afdelingen aanwezig moet zijn? Ook hier kan men zich afvragen of deze kwestie niet beter per type rechtspersoon kan worden geregeld.

Afgezien van de onduidelijkheid die hier wordt gecreëerd, en de grote potentiële aansprakelijkheidsconsequenties (zie hiervoor), zal dit aanzienlijke consequenties kunnen hebben voor de inrichtingsvrijheid van privaatrechtelijke rechtspersonen

op het voor Nederland zo kenmerkende, omvangrijke, maatschappelijke middenveld. Die beperking van de inrichtingsvrijheid kan bijvoorbeeld betekenen dat waar betrokkenen bij de rechtspersoon dat nooit hebben bedoeld, een orgaan toch wordt aangemerkt als raad van commissarissen. Uit dien hoofde kan zo'n orgaan bij inwerkingtreding van het wetsvoorstel bijvoorbeeld de wettelijke bevoegdheid tot schorsing van bestuurders blijken te hebben zonder dat zulks eerder is beoogd. Huizink en Blanco Fernández onderstrepen in hun preadviezen dat het beter zou zijn om de vrijheid van inrichting juist te koesteren.

Ook Waaijer constateert dat de voorgestelde regeling van de raad van commissarissen in de praktijk veel vragen zal oproepen, met name met betrekking tot allerlei organen die nu als raad van toezicht worden aangemerkt. Waaijer benadrukt dat het moet gaan om toezicht op de algemene gang van zaken en niet op deelaspecten 'zoals uitsluitend de financiële gang van zaken'. Anders gezegd, er moet sprake zijn van een brede taak en bijbehorende bevoegdheden en verantwoordelijkheden. Waaijer betoogt dat ook de visie van de rechtspersoon zelf ertoe zal kunnen doen. Hij bepleit dan ook dat door verenigingen en stichtingen zelf zorgvuldig wordt bezien en gemotiveerd of hun raad van toezicht eigenlijk een raad van commissarissen is en die dan ook desbewust juist wel of niet als zodanig te benoemen en dat toe te lichten. Voor Blanco Fernández is de kern van dat toezicht dat 'degenen die belast zijn met de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon die opdracht naar behoren vervullen'. De realisatie van de doelstellingen van de rechtspersoon staat derhalve in zijn optiek centraal. Die doelstellingen kunnen echter zeer variëren, afhankelijk van de aard, functie en omvang van de vereniging of stichting. De voorgestelde regeling bevat echter zo veel dwingend recht dat daardoor juist niet flexibel rekening kan worden gehouden met de veelheid aan te onderscheiden categorieën en typen van verenigingen en stichtingen. Hij wijst er ten slotte op dat het belang van een vereniging en stichting vaak samenvalt en mag samenvallen met het belang van de betrokkenen. Maar zelfs als dat niet zo is, bijvoorbeeld bij een puur altruïstisch initiatief vormgegeven in een stichting, kan er nog steeds alle ruimte zijn voor bijvoorbeeld de oprichter van de stichting om zijn initiatief te beëindigen. In dit geval zal het toezicht niet (kunnen en hoeven) zijn gericht op het belang van de rechtspersoon in de zin van haar continuïteit.

Een volgend hoofdonderwerp in het wetsvoorstel is dat voor alle rechtspersonen wordt voorzien in de mogelijkheid van een zogenaamde 'one tier board'. Die flexibiliteit kan op zichzelf worden toegejuicht. Vervolgens moet echter worden geconstateerd dat ook op dit stuk in het wetsvoorstel nauwelijks rekening is gehouden met de aard en het karakter van de onderscheiden rechtspersonen. Ook hier wijst Huizink erop dat het, mede ter bevordering van de leesbaarheid, de voorkeur kan verdienen om de mogelijkheid van een one tier board juist bij de regeling van de onderscheiden rechtspersonen op te nemen en uit te werken.

Net als Huizink stelt Blanco Fernández vast dat de regeling van de one tier board voor verenigingen en stichtingen als uniforme, rechtsvormneutrale, regeling niet adequaat is. Hij wijst erop dat ook de Raad van State op dit punt zeer kritisch is geweest en heeft gewezen op de zeer grote variëteit van organisaties. Hij benadrukt dat zij autonomie moeten hebben om zelf hun inrichting te bepalen. Ook waar de wetgever dwingende regels stelt met een beroep op het belang van 'checks and

balances' kan daar tegenover worden gesteld dat het aan de gebruikers van de rechtspersoon is om in het licht van het doel te bepalen of en in hoeverre behoefte bestaat aan checks and balances, en welke checks and balances dat zouden moeten zijn.

Waaier constateert dat lang voordat de term one tier board in zwang kwam, de praktijk allerlei mengvormen van bestuur kende, bijvoorbeeld in de vorm van een algemeen en dagelijks bestuur c.q. verdeling van taken over een bestuur en een directie en ook overigens bestuurstaken waren verdeeld over diverse organen. Ook in die constructies vroeg en vraagt de bepaling van wie wel of niet bestuurder zijn een specifieke analyse van alle omstandigheden. Dat gezegd hebbende, lijkt Waaier wel positiever over de algemene regeling die art. 2:9a BW geeft. Zijns inziens heeft de notariële praktijk in het verleden veel oog gehad voor de diversiteit van wensen, maar kan een beperkter wettelijk kader, als dat althans duidelijk is, mogelijk ook voordelen hebben voor degenen die in de praktijk met de regels moeten werken.

Vragen inzake de verhouding tussen de nieuwe wettelijke regels inzake bestuur en toezicht en wat momenteel in statuten van verenigingen en stichtingen is neergelegd komen specifiek aan bod in het preadvies van Waaier. Met invoering van de nieuwe wet zal een aantal momenteel in statuten van verenigingen en stichtingen opgenomen bepalingen niet langer geldig zijn. Hij noemt als voorbeeld dat een oprichter/bestuurder in een stichting volgens de statuten meer dan de helft van de stemrechten in het bestuur mag uitbrengen. Na invoering van de wet is dat niet meer toegestaan. Aan de hand van dit voorbeeld illustreert hij ook de complicaties die dan rijzen. Moet de bepaling dan worden geconverteerd in de regel dat hij wel de helft van de stemmen mag uitbrengen of vergt het een nieuwe regel in de statuten? Nog weer uitdagender wordt de situatie als het precieze aantal stemmen in de statuten is neergelegd (en niet een algemene bepaling over het percentage). Omgekeerd geldt dat het nieuwe wetsvoorstel zal meebrengen dat in ieder geval iedere bestuurder en iedere commissaris een stem mag uitbrengen en niet van de stemming mag worden uitgesloten (tenzij de wet dat meebrengt bijvoorbeeld in geval van tegenstrijdig belang).

Bij elke statutenwijziging zal zijns inziens de notaris tot op zekere hoogte een check moeten doen om te bezien of de statuten nog wel overeenkomen met de wet. Het is aan de rechtspersoon om dan de notaris eventueel opdracht te geven om de statuten aan te passen. Gebeurt dat niet dan zou een notaris wel in de af te geven doorlopende tekst kunnen vermelden dat die tekst op onderdelen verouderd is. Waaier juicht de nieuwe regeling inzake belet en ontstentenis toe. Op die wijze kunnen impasses worden voorkomen met name in stichtingen (als en wanneer het gehele bestuur niet meer in functie is en dus ook geen nieuwe bestuurders kunnen worden benoemd dan door de rechter).

Bij de eerstvolgende statutenwijziging is de gedachte dat de statuten in overeenstemming met de wet moeten worden gebracht. Tegelijkertijd moeten dan wel de relevante besluiten door het bevoegde orgaan zijn genomen. Als dat niet zo is en om die reden niet een verplichte belet- en ontstentenisvoorziening kan worden opgenomen moet, aldus Waaier, de notaris overwegen dienst te weigeren, totdat ook de aanvullende besluitvorming om die regeling in te voeren heeft plaatsgevonden. Daarvan zal mogelijk kunnen worden afgeweken als de voorgelegde statuten-

wijziging zo dringend is dat zulks een rechtvaardigingsgrond oplevert om toch slechts de voorgelegde statutenwijziging door te voeren zonder het opnemen van de verplichte belet- en ontstentenisregeling.

Waaier bespreekt ook de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling en de mogelijkheden om die regeling in statuten te modificeren. Waar nu nog is voorzien dat bijvoorbeeld de algemene vergadering een vertegenwoordiger kan aanwijzen in geval van tegenstrijdig belang zal die bepaling na inwerkingtreding van de wet nietig zijn. Waaier verdedigt dat zulks ook het geval zal zijn waar bij andere rechtspersonen sprake is van regels die een alternatieve vertegenwoordiger aanwijzen. Aangezien de wettelijke grondslag voor zo'n alternatieve vertegenwoordiger is vervallen, prevaleert de algemene vertegenwoordigingsregeling van art. 2:45, 130, 240 en 292 lid 3 BW. Waaier constateert dat als alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, of bijvoorbeeld één bestuurder terwijl de statuten eisen dat het voltallige bestuur unaniem is, en er geen raad van commissarissen is (of ook de leden daarvan een tegenstrijdig belang hebben), er vrijheid is om in de statuten te bepalen dat het besluit toch door het bestuur kan worden genomen. Hij heeft wel aarzeling bij het algemeen 'wegschrijven' van het tegenstrijdig belang en vraagt zich af of dat onder alle omstandigheden de meest aangewezen benadering is. Alternatieven zouden kunnen zijn om de hoogte van het bedrag te beperken of als voorwaarde daarvoor bijvoorbeeld een fairness opinion te eisen. Men zou tevens de statutaire besluitvorming kunnen aanscherpen door een quorum of versterkte meerderheid te eisen. Ook zou kunnen worden overwogen om de regeling van de stichting te volgen en vastlegging van de overwegingen te eisen. Zijns inziens stelt de nieuwe regeling voor de stichting overigens ook inhoudelijke eisen aan de verantwoording. Is de verantwoording niet inhoudelijk gemotiveerd, dan ziet hij, anders dan Huizink (zie hiervoor), ruimte om het besluit wegens onvoldoende verantwoording te doen vernietigen. Hij wijst er ten slotte op dat zeker ook op dit punt goed rekenschap moet worden gegeven van sectorale wetgeving. Al met al meent Waaier dat in beginsel een bestuur bestaande uit meerdere personen een beter alternatief zal zijn dan de tegenstrijdigbelangregeling. Hij oppert dat de wetgever dat als uitgangspunt zal kunnen eisen en daarvan bij statuten kan worden afgeweken.

Waar in de eerste drie preadviezen vanuit een algemeen rechtspersoonlijk perspectief naar het wetsvoorstel is gekeken en slechts zijdelings naar sectorale wetgeving wordt verwezen, wordt de problematiek in de preadviezen van Overes en Plomp juist vanuit het perspectief van de sectorale wetgeving gezien. Omdat de motivering voor dit wetsvoorstel nu juist ligt in een aantal incidenten in de onderwijs- en zorgsector is de benadering vanuit die sectoren zeer welkom en nuttig. Voor een gefundeerd oordeel over de uitwerking van de voorgestelde Wet bestuur en toezicht in de semipublieke praktijk zijn de preadviezen van Overes en Plomp onontbeerlijk. Pas op basis daarvan kan men zich een beeld vormen van de brede taak waarvoor bestuurders en toezichthouders zich in deze sectoren gesteld zien en de evenzeer grote, en bepaald niet eenduidige verantwoordelijkheden waarmee zij worden belast. In het licht daarvan geldt eens te meer dat men zich kan afvragen of de, enigszins populistisch klinkende, roep om aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders, in het geval dat in complexe organisaties fouten worden gemaakt, terecht of zelfs maar redelijk is. Uiteindelijk is het wellicht toch ook niet zo gek om, zoals

Plomp noteert, eraan herinnerd te worden dat besturen uiteindelijk wel mensenwerk blijft en dat, hoezeer politici menen dwingend te kunnen bepalen dat er geen fouten mogen worden gemaakt, niemand onfeilbaar is (de politici overigens ook niet). Dat geldt eens te meer als men zich realiseert met welke taken en verantwoordelijkheden bestuurders en commissarissen in de semipublieke sfeer worden belast. Die vloeien niet slechts voort uit dwingende overheidsregelgeving, maar ook uit een steeds toenemend aantal regels die worden neergelegd in sectorale governance-codes zoals de Codes Goed Bestuur in het onderwijs en de Zorgbrede Governancecode in de zorgsector.

Overes en Plomp signaleren beiden dat wellicht de meest fundamentele spanning in de verhouding tussen Boek 2 BW en sectorale wetgeving gelegen is in de norm dat bestuur en raad van commissarissen hebben te handelen in het belang van de rechtspersoon. Tegelijkertijd wordt in de sectorale wetgeving nu juist veeleer centraal gesteld dat in de semipublieke sfeer publieke belangen worden gediend. Overes verwijst in par. 5.4.1 van haar preadvies naar de boeiende gedachtewisseling in het kader van de Wet versterking bestuurskracht en het (uiteindelijk gesneuvelde) voorstel om daarin op te nemen dat de toezichthouder risicovolle ontwikkelingen aan de Inspectie van het onderwijs zou moeten melden (een regel die ook de Woningwet stelt). Zij vermeldt het zeer kritische advies van de Raad van State ter zake, die aangaf dat dit wezenlijk strijdt met de taak van de toezichthouder en de vrijheid en autonomie die in het rechtspersonenrecht vooropstaat. Voldoende moet zijn dat het statutaire doel bepaalt wat de taak van de rechtspersoon is. Naar haar inzicht voegen wijzigingen naar het belang van de samenleving en het publiek belang niets toe. 'Zonder nadere concretisering kunnen hieruit geen juridisch relevante gedragsnormen worden afgeleid,' zo schrijft zij.

Wat betreft de onderwijssector geeft Overes een grondig en boeiend overzicht van de ontwikkelingen in die sector in relatie tot het bestuur en toezicht van de instellingen in die sector. Na incidenten, zoals Amarantis, is er de nodige sectorale regelgeving tot stand gebracht. De wetgeving geeft mogelijkheden ook de interne inrichting mede te bepalen. Tegelijkertijd stelt het befaamde art. 23 Grondwet (Gw) grenzen. De ultieme sanctie is met name het intrekken van de bekostiging. Overes toont zich positief over de invoering van de one tier board-regeling in het BW en de regeling van de raad van commissarissen in het wetsvoorstel. Zij meent dat deze invoering kan helpen om de taken en verantwoordelijkheden bewust te maken. Zij neemt Boek 2 BW tot uitgangspunt maar noteert dat hier in sectorale wetgeving uitdrukkelijk van kan worden afgeweken of aangevuld waar het publieke belang zulks vereist. Een voorbeeld is dat in wetgeving met betrekking tot het primair en voortgezet onderwijs sinds 2010 als voorwaarde voor bekostiging geldt dat er een scheiding tussen bestuur en toezicht is. Dat kan, naast het raad van toezicht-model en het gedelegeerd bestuursmodel, of een verdeling over algemeen en dagelijks bestuur ook een one tier-model zijn. Overes meent dat als het algemeen bestuur zich uitsluitend bezighoudt met niet-uitvoerende taken, dit kan worden uitgelegd als een one tier-model. Hebben algemeen en dagelijks bestuur ieder eigen bevoegdheden dan zal dat echter niet het geval (kunnen) zijn. De invulling van de bestuurlijke organisatie is mede gelet op art. 23 Gw niet dwingend voorgeschreven, maar de taken zijn dat tot op aanzienlijke hoogte wel (met inbegrip van bijvoorbeeld

goedkeuring van de begroting en het jaarverslag). Overes onderkent dat een en ander tot onduidelijkheid kan leiden en beveelt aan om na inwerkingtreding van de wet de statutaire regelingen nog eens goed tegen het licht te houden. Zij onderscheidt organieke en functionele scheiding van bestuur en toezicht en bespreekt het een en ander.

Overes constateert dat verenigings- en stichtingsrecht veel flexibiliteit bieden en dat aanvulling daarvan in sectorale wetgeving op zichzelf daarmee niet snel in strijd zal komen. Zij toont zich ook voorstander van een aantal aanvullingen bijvoorbeeld met betrekking tot de gewenste omvang en samenstelling van het bestuur. Ook hier zal zorgvuldig moeten worden bezien op basis van de specifieke regelingen of een orgaan kwalificeert als een raad van commissarissen in de zin van de Wet bestuur en toezicht. Daarbij bespreekt zij de complicatie dat in de onderwijswetgeving ook met regelmaat een voorschrift wordt gegeven over organisatie van een *instelling* die onder verantwoordelijkheid van de rechtspersoon functioneert, maar daarmee niet samenvalt. In dit opzicht roept zij op tot nadere aanpassing van de onderwijswetgeving en betere aansluiting bij Boek 2 BW.

In het verlengde hiervan maakt zij, in aanvulling op de observaties van Waaijer, een aantal opmerkingen over de regeling van het tegenstrijdig belang. Zij vraagt zich af of dit wel voldoende bescherming biedt in de semipublieke sector nu de consequentie in de kern slechts een aanspraak op schadevergoeding is. Haar voorkeur gaat uit naar een regeling waarin goedkeuring benodigd is van het toezichthoudend orgaan of de algemene vergadering. In de onderwijsregelgeving zijn meer specifieke regels opgenomen in de onderscheiden codes. Overes onderschrijft de wettelijke regel dat bij een persoonlijk tegenstrijdig belang een bestuurder of commissaris niet aan de besluitvorming mag meedoen. Zij acht echter een nadere regeling inzake de melding van tegenstrijdige belangen wenselijk. Nu onderwijswetgeving als uitgangspunt slechts beperkt regels geeft voor interne besluitvorming zou hier aan onderscheiden codes gedacht kunnen worden. Gelet op de grote verschillen is hier nog wel veel werk te verrichten, zo constateert zij.

Wat betreft de aansprakelijkheid onderkent Overes dat er gelet op alle belangen reden kan zijn voor een regeling van hoofdelijke aansprakelijkheid voor interne toezichthouders (in navolging van wat reeds in de woningsector en de pensioensector is gebeurd, maar dat anderzijds wel weer rekening moet worden gehouden met de publieke context waarin zij functioneren en de afhankelijkheid van publieke financiële middelen). Wat betreft de regeling van aansprakelijkheid bij faillissement plaatst zij echter kanttekeningen. Zij wijst op het ongewenste effect van deze regeling dat bestuurders en commissarissen risico's zullen mijden en de beschikbaarheid voor deze functies zal afnemen.

Met betrekking tot de nieuwe regeling voor het ontslag van bestuurders en commissarissen van stichtingen heeft Overes ten slotte aarzeling of deze wel nodig is om daadwerkelijk te kunnen ingrijpen in geval van een misstand. Als risico van de nieuwe wet ziet zij dat de wijziging met name lijkt te zijn ingegeven om tegen een bestuur(der) te kunnen optreden als de overheid zou menen dat het publieke belang in de visie van de overheid niet optimaal wordt gediend. Zij constateert dat dit hoog op de politieke agenda staat, maar evenzeer een onwenselijke ontwikkeling is (zie ook hiervoor). Er bestaat in de onderwijswetgeving al de mogelijkheid om

bij financieel wanbeleid, en overigens ook in geval van ernstige nalatigheid ter zake van de kwaliteit van het onderwijs, de rechtspersoon aanwijzingen te geven. De publieke belangen zijn aldus beschermd en in dat licht lijkt gebruik van een privaatrechtelijk middel Overes niet aangewezen.

Wat betreft de zorgsector schetst Plomp in haar veelomvattende preadvies indringend de opeenstapeling van regelingen die in die sector heeft plaatsgevonden. Het betreft dan zowel wettelijke regelingen als ook codes en beleidskaders die worden gesteld door de externe toezichthouders (zoals de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)). In al deze regelingen, codes en toezichtkaders buitelen de regels over wat goed bestuur zou moeten zijn, en wat dat allemaal zou moeten vergen, over elkaar heen. Zo eist de wetgever dat kwalitatief goede zorg wordt verleend, conform de kwaliteitseisen, met eerbiediging van de rechten van cliënten en met kwalitatief en kwantitatief juiste middelen, een organisatiestructuur die daarop is toegesneden etc. En dan laat ik hier nog onvermeld alle regels die zien op het financiële beheer en de financiële verantwoording en de bijdrage die van hen verwacht wordt in het betaalbaar houden van de zorg. Daarnaast wordt in afgeleide regelgeving (zoals de toezichtkaders van de IGZ en NZa) nog daaraan toegevoegd dat men leiderschap toont, maar ook zorgvuldig handelt, dat men 'voortdurend in dialoog is met de interne toezichthouder, de cliëntenraad, de ondernemingsraad en de zorgverleners', 'continu zijn prestaties en die van de organisatie verbetert'. De wetgever (Wkkgz) voegt daaraan toe dat als die organisatie niet adequaat wordt geacht de minister en de IGZ (onder het motto 'Goede zorg vraagt om goed bestuur' en 'Toezicht op Goed Bestuur') aanwijzingen kunnen geven die ook zien op de samenstelling van het bestuur en het toezicht van een zorginstelling. De rechtmatigheid daarvan wordt weliswaar betwist in de literatuur, maar die analyse wordt blijkbaar niet door de minister (en de IGZ) gedeeld.

Een extra complicatie in de semipublieke sfeer, en zeker in de zorgsector – waar de dempende werking die art. 23 Gw in de onderwijssector heeft, ontbreekt – is dat de opdracht om juist ook publieke belangen te behartigen, nooit ver weg is. Als het de politiek zo uitkomt worden bestuurders en toezichthouders in de zorg daar zonder enige terughoudendheid op aangesproken zonder dat overigens wordt erkend dat de overheid eigenlijk geen richting geeft over welke belangen zouden moeten prevaleren. De Wet bestuur en toezicht is hier contrair daar waar voorop wordt gesteld dat bestuurders en commissarissen juist alles in het belang van de rechtspersoon moeten doen. In de zorg, en ook het onderwijs, gaat het echter, zo wordt van overheidswege steeds benadrukt, om goed onderwijs en goede zorg. Dat hoeft zeker niet samen te vallen. Integendeel, wat het beste is voor de cliënt kan heel goed meebrengen dat men deze naar een andere instelling verwijst of een behandeling geeft die voor een rechtspersoon veel duurder is. Plomp wijst erop dat bijvoorbeeld het sluiten van een niet-rendabele afdeling afbreuk kan doen aan de toegankelijkheid van de zorg. Terecht constateert zij dat het voorstel voor de WBTR er geen enkele blijk van geeft zich dit te realiseren. Integendeel, daarin wordt zonder zich rekenschap te geven van de context simpelweg nageschreven wat voor commerciële rechtspersonen geldt, namelijk dat het belang van de rechtspersoon moet worden gediend en het 'bestendige succes' daarvan bepalend moet zijn. Men

zou hopen dat al die parlementariërs die gereed staan om bestuurders en toezicht-houders met kritiek te overladen omdat het publieke belang beweerdelijk schandelijk is geschaad, ook nu reeds bij de behandeling van deze wet dan ook wel de ruimte geven om met die publieke belangen rekening te houden.

Interessant vanuit de optiek van het wetsvoorstel is dat in de zorgsector de Wet toelating zorginstellingen (WTZi) *niet* een one tier board toestaat. In die wet wordt nu juist de onafhankelijkheid van de toezichthouders benadrukt en dat vergt aldus de wetgever een dualistische structuur. De taken die volgens de WTZi aan dat orgaan worden toegekend laten er overigens geen twijfel over bestaan dat deze zeker kwalificeren als een raad van commissarissen als bedoeld in de WBTR. Plomp breekt een lans om deze positie te herzien en wel de mogelijkheid van een one tier board te openen. Nu vaak het verwijt wordt gemaakt dat de raad van toezicht op te grote afstand staat, zou een one tier board in ieder geval moeten kunnen worden overwogen.

Nu in de zorg het overgrote deel van de instellingen stichtingen zijn, bepaalt de raad van toezicht de eigen honorering. Op basis van de nieuwe wet zal dit meebrengen dat van al deze instellingen de statuten moeten worden gewijzigd (zie het nieuwe art. 2:11 BW).

Zoals hiervoor al belicht gaat de nieuwe tegenstrijdigbelangregeling uit van een andere systematiek dan tot nu toe gebruikelijk is. Dat wil overigens niet zeggen dat die regelingen noodzakelijkerwijs tegenstrijdig zijn. Plomp constateert dat zulks op onderdelen echter wel het geval is bijvoorbeeld waar in de Zorgbrede Governancecode wordt bepaald dat de raad van toezicht geen bestuurstaken mag overnemen waar dat onder de voorgestelde wet nu juist wel het geval kan zijn. Hier is derhalve een aanpassing van de sectorale regelgeving op zijn plaats.

Wat betreft de nieuwe aansprakelijkheidsregels was uit het voorgaande al duidelijk dat het gelet op de enorme hoeveelheid aan regels in de zorgsector niet illusoir is dat men al snel een of ander voorschrift overtreedt. Het zal dan ook niet heel moeilijk zijn om op basis daarvan een onbehoorlijke taakvervulling en de daarbij behorende aansprakelijkheid over een bestuur en/of raad van toezicht af te roepen. Plomp verzucht bovendien dat er geen aanwijzingen zijn dat de enorme complexiteit tot een terughoudende toetsing door rechters leidt. Zij constateert, onder verwijzing naar de *Meavita*-zaak, dat de verleiding voor rechters eerder lijkt te zijn dat men stelt dat de complexiteit juist tot een hoge mate van zorgvuldigheid zou moeten leiden en derhalve eerder het oordeel onbehoorlijk bestuur mee lijkt te brengen. Daarbij tekent Plomp terecht aan dat de publiekrechtelijk financiële bekostigings-systematiek dermate complex is dat met de beste wil van de wereld vaak niet geheel kan worden voldaan aan de tijdige publicatie van een jaarrekening die aan alle vereisten voldoet. Zoals bekend, is een constante de afgelopen jaren dat ook accountants door de bomen nauwelijks meer het bos zien en het werkelijk steeds kunnen vaststellen van de financiële aanspraken en verplichtingen tamelijk illusoir is. Dit, samen met het in het algemeen lage rendement dat zorginstellingen behalen, betekent dat een aansprakelijkheid in geval van faillissement onder de nieuwe wet zeker niet denkbeeldig is.

Plomp wijst erop dat ook de nieuwe en verruimde criteria voor ontslag van stichtingsbestuurders hun invloed kunnen doen gevoelen. Met een zo brede en gedetail-

leerde taakomschrijving zal het niet heel moeilijk zijn om ergens een ‘verwaarlozing’ van taken te stellen (zie het nieuwe art. 2:298 BW). Overigens kan hier weer worden herinnerd aan de aanwijzingsbevoegdheid (inclusief wijzigingen in het bestuur en/of de raad van toezicht) die hiervoor al ter sprake kwam. In dit licht bepleit Plomp deze te schrappen en het oordeel over een gewenst ontslag dan ook echt aan de rechter over te laten.

Al met al constateert Plomp, net zoals Overes dat voor de onderwijssector vaststelt, dat bepaald niet kan worden uitgesloten dat de nieuwe wet potentiële bestuurders en toezichthouders zal afschrikken. Het feit dat zij er niet op kunnen vertrouwen dat zij niet persoonlijk aansprakelijk zijn, ook als zij naar eer en geweten hebben gehandeld, acht zij, terecht, ‘problematisch’. Het zal er gemakkelijk toe kunnen leiden dat bestuurders en toezichthouders zich juist zeer defensief zullen opstellen en vernieuwing in de sector zal worden gefrustreerd. Heel goed denkbaar is dat deze toezichthouders uitsluitend het belang van de instelling voor ogen zullen houden en daarmee niet de bredere context van publieke belangen die de politiek nu juist zegt belangrijk te vinden. Ten slotte geeft zij in overweging of toch niet een governance-model centraal zou moeten staan waarin niet het eigen belang van de instelling centraal staat, maar het belang van de cliënt en de zorg in meer algemene zin. Zij wijst erop dat dit ook zou passen bij de verwachte ontwikkeling dat de gezondheidszorg veel meer gericht zal zijn op de cliënt/patiënt, diens mogelijkheden en omgeving en de samenwerking met een breed scala aan zorginstellingen om tot optimale arrangementen voor patiënten en cliënten te kunnen komen. Dat zal de complexiteit van de sector overigens zeker niet verminderen en is eens temeer aanleiding om daarmee dan ook bij een civielrechtelijke regeling zoals het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen veel meer rekening te houden dan nu het geval is.

Uitleiding

Uit het voorgaande zal duidelijk zijn dat de preadviezen die wij u dit jaar mogen presenteren in zeer ruime mate stof voor overdenking en discussie bieden. Enerzijds gaat het daarbij om fundamentele juridische kwesties, maar anderzijds ook om regels met een bijzonder groot praktisch belang voor belangrijke maatschappelijke sectoren. Tot nu toe lijkt de discussie over alle aspecten daarvan, zowel publiek als ook in Tweede Kamer, nog slechts zeer beperkt gevoerd. Hopelijk zullen de zeer boeiende en diepgravende preadviezen daarin verandering brengen. Rest mij een zeer hartelijk woord van dank te richten aan alle preadviseurs die een grote en zeer gewaardeerde inspanning hebben geleverd om de nieuwe wettelijke regeling te doorgronden en tegen het licht te houden. Eens temeer kijken wij ernaar uit om de gedachtewisseling met hen en u voort te zetten bij gelegenheid van onze jaarvergadering in december a.s.

Namens het bestuur van de Vereniging Handelsrecht

Prof. mr. Harm-Jan de Kluyver
Voorzitter

Hoofdstuk 2

De voorgestelde wijzigingen van Titel 1 Boek 2 BW

Prof. mr. J.B. Huizink*

2.1 Inleiding

Het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen) beoogt de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen en stichtingen te verbeteren en uniformeert daartoe enkele regels inzake bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen. Deze uniformering krijgt in belangrijke mate zijn beslag in de geheel nieuwe, respectievelijk van elders overgenomen art. 9 tot en met 9c en art. 11 tot en met 11c van Titel 1 Boek 2 BW. Voor alle in art. 2:3 BW genoemde rechtspersonen komt een wettelijke grondslag voor de instelling van een raad van commissarissen. Verder zal het voor alle rechtspersonen mogelijk worden om te opteren voor een monistisch bestuursstelsel. Door overbrenging van voorschriften uit het N.V.- en B.V.-recht naar Titel 1 wordt voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting geregeld welke uitgangspunten de bestuurders en commissarissen bij de vervulling van hun taak in acht moeten nemen, een tegenstrijdig-belangregeling ingevoerd en voorschriften voor bestuurders- en commissarissen-aansprakelijkheid geïntroduceerd. Tegen een dergelijk uitgangspunt kan welhaast niemand in gemoede bezwaar hebben. De wet lijkt er alleen maar duidelijker op te worden wanneer bepalingen die alle privaatrechtelijke rechtspersonen regarderen naar Titel 1 Boek 2 BW worden overgebracht. De cruciale vraag bij dit soort operaties is natuurlijk of al die voorschriften zich wel voor rechtstreekse toepassing lenen bij andere rechtspersonen dan de kapitaalvennootschappen. Een volgende vraag heeft betrekking op de wijze waarop de overbrenging naar Titel 1 in het garen is gehangen. Is het bijvoorbeeld niet verstandig om in het kader van die overbrenging de regeling nog eens opnieuw te bezien en te onderzoeken of zij niet op bepaalde onderdelen voor verbetering vatbaar is?

2.2 Artikel 2:9 BW

2.2.1 Algemeen

Het huidige en betrekkelijk recent ingevoerde art. 2:9 BW¹ gaat helemaal op de schop. Niet alleen worden er een aantal nieuwe voorschriften aan toegevoegd, de bepaling zelf wordt uit elkaar getrokken en gedeeltelijk verplaatst naar ontwerp

* Prof. mr. J.B. Huizink is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

1. Wet bestuur en toezicht van 6 juni 2011, *Stb.* 2011, 275.

art. 2:9b BW. Zulks omdat het voorstel beoogt om ontwerp art. 2:9 BW een algemene basisbepaling over de taken en de bevoegdheden van het bestuur te laten zijn, die gevolgd wordt door ontwerp art. 2:9a BW over de mogelijkheid tot instelling van een monistisch bestuurssysteem, ontwerp art. 2:9b BW met de hoofdregels voor bestuurdersaansprakelijkheid, en ontwerp art. 2:9c BW de aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement van de rechtspersoon.

In de eerste plaats bepaalt ontwerp art. 2:9 BW voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen dat het bestuur, behoudens beperkingen volgens de statuten, belast is met het besturen van de rechtspersoon. Dat staat nu voor de verschillende rechtspersonen in art. 2:44, 2:129, 2:239 en 2:291 lid 1 BW, welke bepalingen volgens het wetsvoorstel komen te vervallen. In de titels voor de vereniging en voor de stichting blijft dan de bepaling in het huidige lid 2 van art. 2:44 en 2:291 BW geïsoleerd achter. Daar valt op zichzelf mee te leven. Kijken we evenwel naar de corresponderende en uitgebreidere bepalingen voor de kapitaalvennootschappen, art. 2:129 en 2:239 BW, dan wordt het beeld minder fraai. Immers niet alleen lid 1 van die bepalingen wordt volgens het ontwerp overgebracht naar ontwerp art. 2:9 BW, maar ook lid 2 over meervoudig stemrecht (ontwerp art. 2:9 lid 4 BW), lid 5 over de norminstructie 'handelen in het belang van de vennootschap en daarmee verbonden onderneming' en ten slotte lid 6, de tegenstrijdigbelangbepaling. De overblijvende twee artikelleden van art. 2:129 en 2:239 BW over respectievelijk de goedkeuring van bestuursbesluiten en het statutaire instructierecht (dat bij de B.V. weer verschilt van de regeling voor de N.V.) komen daarmee enigszins in het luchtledige te hangen. Waarbij men zich de vraag kan stellen of bij de andere privaatrechtelijke rechtspersonen dan de kapitaalvennootschappen niet ook de behoefte kan bestaan aan de hier bedoelde statutaire voorzieningen. Zo ja, waarom wordt dat dan niet in het wetsvoorstel geregeld?

Belangrijker vind ik echter dat de kern van de wettelijke voorschriften omtrent het besturen van de verschillende rechtspersonen niet langer wordt geregeld in de verschillende titels van Boek 2 BW over die rechtspersonen. Dat doen we ook niet met de met het besturen van de rechtspersoon nauw samenhangende vertegenwoordigingsvoorschriften, waar eveneens een zekere overlap in zit. Wat is er, zo vraag ik mij af, nu helemaal op tegen om het huidige art. 2:44 en 2:291 BW uit te breiden en in belangrijke mate (norminstructie, tegenstrijdig belang, meervoudig stemrecht) in overeenstemming te brengen met de regeling voor de beide kapitaalvennootschappen? Voor zover mij bekend is nooit als een bezwaar gezien dat veel zaken bij de N.V. en B.V. 'dubbel' geregeld zijn. Integendeel, het komt de leesbaarheid van de titels over de afzonderlijke rechtspersonen alleen maar ten goede. Een dergelijke techniek van wetgeven is ook niet uniek in ons BW. Boek 8 is een goed voorbeeld van het uitschrijven van vaak min of meer identieke voorschriften voor de verschillende middelen van vervoer. Juist ten behoeve van de leesbaarheid.

2.2.2 Raadgevende stem

Volgens de toelichting is ontwerp art. 2:9 BW een basisbepaling over de taken en bevoegdheden van het bestuur. Om in een dergelijke bepaling vervolgens aan het slot in lid 7 op te nemen dat de bestuurders een raadgevende stem hebben in de

algemene vergadering vind ik dan een beetje vreemd.² Dat de regeling van de raadgevende stem – zowel in als buiten vergadering – wordt uitgebreid tot andere rechtspersonen, is op zichzelf een goede zaak. Maar ik zou een dergelijke bepaling eerder verwachten bij de afdelingen in de verschillende titels welke handelen over de algemene vergadering. In elk geval niet in de algemene titel. Al was het alleen maar omdat de bepaling naar zijn aard niet van toepassing kan zijn op de stichting, welke rechtspersoon geen algemene vergadering kent.

2.2.3 Tegenstrijdig belang

Inhoudelijk heb ik verder over de voorgestelde toevoegingen aan art. 2:9 BW weinig op te merken. De tegenstrijdigbelangregeling is nagenoeg een kopie van de regeling in art. 2:129 en 2:239 BW.³ De speciale regeling uit het verenigingsrecht – art. 2:47 en 2:57 lid 4 BW – is niet overgenomen. Voor de stichting was een speciale voorziening nodig. Ontwerp art. 2:9 lid 5 BW bepaalt dat bij het ontbreken van een raad van commissarissen het besluit, tenzij de statuten anders bepalen, wordt genomen door het bestuur ‘onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen’. Of dat helpt zal moeten blijken. Ik verwacht er niet al te veel van. Volgens de MvT⁴ leidt niet-naleving van het vereiste niet tot ongeldigheid of onaantastbaarheid van het besluit. Dat lijkt mij juist. Het niet naleven van het voorschrift lijkt mij gekwalificeerd te kunnen worden als onbehoorlijke taakvervulling. Maar of dat tot aansprakelijkheid zal leiden, zal in veel gevallen nog niet zo eenvoudig te beantwoorden zijn. Bovendien, wat is de schade? Die wordt in de regel veroorzaakt door het door betrokkenen genomen besluit zelf alsmede de uitvoering daarvan. Daarbij is het betrekkelijk onverschillig of het besluit is vastgelegd. Wellicht dat de (wijze van) vastlegging een rol kan spelen bij de verwijtbaarheid.

2.2.4 Ontstentenis of belet

Een bepaling over ontstentenis of belet kennen we thans alleen bij de N.V. en B.V. Het is goed dat in de wet eveneens een dergelijk voorschrift wordt opgenomen voor de overige privaatrechtelijke rechtspersonen. Daarin worden volgens ontwerp art. 2:9 lid 6 BW de enigszins van elkaar verschillende N.V.- en B.V.-voorschriften gecombineerd. Bovendien zal worden toegevoegd dat degene die bij ontstentenis of belet ingevolge de statuten is aangewezen tot het stellen van bestuursdaden, voor wat deze bestuursdaden betreft met een bestuurder worden gelijkgesteld. Die toevoeging leunt op de huidige art. 2:151 en 2:261 BW. Volgens de MvT⁵ kunnen deze laatste bepalingen vervallen, omdat zij slechts betrekking hebben op enerzijds tegenstrijdig belang en anderzijds ontstentenis of belet en de tegenstrijdigbelangregeling van een vertegenwoordigingsregel is omgezet in een besluitvormingsregel. Ik denk dat er wel andere situaties denkbaar zijn op grond waarvan art. 2:151 en

2. Dit geldt ook voor ontwerp art. 2:11 lid 9 BW over de raadgevende stem van commissarissen in de algemene vergadering.

3. Met de kritiek op de regeling is dus niets gedaan. Ik laat dit verder rusten. Zie voor de raad van commissarissen ontwerp art. 2:11 lid 6 BVV.

4. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 6.*

5. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 13.*

2:261 BW van betekenis kunnen zijn. Zie bijvoorbeeld de zaak die geleid heeft tot Rb. Utrecht 8 september 1992, *KG 1992/336 (M&M Beheer)*.

Overigens kan men zich evenals bij de raadgevende stem afvragen of de regeling van ontstentenis of belet als een basisbepaling over de taken en bevoegdheden van het bestuur gezien moet worden. Dat zou immers opname in lid 6 van ontwerp art. 2:9 BW moeten rechtvaardigen.

2.2.5 Art. 2:9 BW volgens de Wet bestuur en toezicht

Het sinds 1 januari 2013 vigerende art. 2:9 BW is gedeeltelijk in ontwerp art. 2:9 BW blijven staan en gedeeltelijk overgebracht naar art. 2:9b BW. Daarbij lijkt het er niet bepaald consistent aan toe te gaan. De eerste volzin van lid 1 van het huidige art. 2:9 BW wordt overgebracht naar ontwerp art. 2:9 lid 3 BW, de tweede volzin naar ontwerp art. 2:9 lid 2 BW. De eerste volzin van lid 2 van het huidige art. 2:9 BW wordt overgebracht naar ontwerp art. 2:9 lid 2 BW en de tweede volzin van het huidige art. 2:9 lid 2 BW gaat ten slotte naar ontwerp art. 2:9b lid 1 BW. Er is destijds de nodige kritiek geuit op art. 2:9 BW volgens de Wet bestuur en toezicht, maar voor zover ik mij kan herinneren heeft niemand beweerd dat de bepaling volgorde- of ondeugdelijk of rommelig in elkaar stak. Niettemin liggen volgens de MvT wetssystematische redenen aan deze doorenhusseling ten grondslag.⁶ Ik ga nu niet opnieuw in discours over art. 2:9 BW, maar merk op dat de voorgestelde nieuwe regeling in mijn ogen bepaald fraaier zou zijn als hij begon met de norm dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is zijn taak naar behoren te vervullen, zoals ontwerp art. 2:9 BW nu in de eerste volzin van lid 3 bepaalt. De opdracht tot behoorlijke taakvervulling, toch een kernbepaling als het om bestuurders gaat, dreigt nu te worden ondergesneeuwd door andere 'algemene basisbepalingen' over de taken en de bevoegdheden van het bestuur.

2.3 Artikel 2:9a BW

Ontwerp art. 2:9a BW biedt aan alle rechtspersonen de mogelijkheid om te kiezen voor een monistisch bestuursstelsel. De voorgestelde regeling stemt in belangrijke mate overeen met de regeling in art. 2:129a en 2:239a BW. Lid 1 van ontwerp art. 2:9a BW is letterlijk overgenomen van de N.V.- en B.V.-bepaling uit de Wet bestuur en toezicht. Dat geldt ook voor lid 2 en 5, met dien verstande dat de volgorde van deze artikellieden in het wetsvoorstel in vergelijking met de huidige bepalingen uit Boek 2 BW is omgegooid. Het voorgestelde lid 3 is nieuw. Het voorgestelde lid 4 is opnieuw ontleend aan art. 2:134 lid 1 en art. 2:244 lid 1 BW. Lid 6 sluit opnieuw aan bij de regeling voor de N.V. en B.V. en geeft een speciale voorziening voor de stichting.

Vanuit het oogpunt van flexibiliteit rond de inrichting van de verschillende rechtspersonen valt uitbreiding van de mogelijkheid om te opteren voor een monistisch bestuursmodel toe te juichen. Of het storm zal lopen waag ik evenwel te betwijfelen. Zoals de MvT⁷ aangeeft zal het governance-model in sectorspecifieke regelgeving nadere invulling kunnen krijgen.

6. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 11.*

7. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 4.*

Om dezelfde redenen als genoemd in par. 2.2.1 vraag ik mij ook ten aanzien van ontwerp art. 2:9a BW af of het monistisch bestuursmodel omwille van de leesbaarheid van de regeling niet beter in elk van de verschillende titels van Boek 2 BW had kunnen worden opgenomen.

2.4 Artikel 2:9b BW

Ontwerp art. 2:9b BW gaat over aansprakelijkheid en vangt in lid 1 aan met de tweede volzin van het huidige lid 2 van art. 2:9 BW.⁸ Het huidige art. 2:11 BW zal – zonder inhoudelijke wijzigingen – worden verplaatst naar ontwerp art. 2:9b lid 2 BW. Ontwerp art. 2:9b lid 3 BW is het – enigszins gemoderniseerde en aan de Wwz aangepaste – art. 2:131 en 2:241 BW, welke bepalingen zullen komen te vervallen. Opnieuw zou ik menen dat een regeling over de rechterlijke bevoegdheid, zoals wij die sinds jaar en dag kennen bij de kapitaalvennootschappen, uitgebreid kan worden naar de andere privaatrechtelijke rechtspersonen. Maar waarom moet zo'n bepaling over primaire rechtsvorderingen over de *overeenkomst* tussen de rechtspersoon en de bestuurder worden opgenomen in de algemene titel. En dan nota bene als onderdeel van een algemene bepaling over bestuurdersaansprakelijkheid. Hij die, kennismemend van Boek 2 BW, bij het elfde wetsartikel van dat boek aankomt, weet immers niets van enige overeenkomst tussen de rechtspersoon en zijn bestuurders. De huidige plaatsing bij de bepalingen over benoeming en ontslag van vennootschapsbestuurders lijkt mij, ook voor de andere privaatrechtelijke rechtspersonen, veel consistentier.

2.5 Artikel 2:9c BW

Ontwerp art. 2:9c BW biedt onderdak aan de WBF, maar dan voor alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen. Het is in elk geval winst dat deze bepaling voor Boek 2 BW behouden blijft en niet wordt overgeheveld naar de Faillissementswet.⁹ Eigenlijk zijn art. 2:138 en 2:248 BW haast letterlijk geïncorporeerd in ontwerp art. 2:9c BW. Weinig nieuwigheid dus. Toegevoegd is in lid 6 dat een bestuurder tegen wie de WBF-vordering wordt ingesteld zich niet op verrekening kan beroepen.¹⁰ In lid 7 zal volgens het voorstel eveneens worden gerefereerd aan door de Ondernemingskamer in het kader van het enquêterecht aangestelde bestuurders. Het belangrijkste is wel dat de zware sancties die in lid 2 van art. 2:138 en 2:248 BW zijn opgenomen als de administratieplichten respectievelijk de publicatieplichten zijn geschonden, niet van toepassing zijn op onbezoldigde bestuurders van een vereniging of stichting die niet aan de heffing van de vennootschapsbelasting is onderworpen en ook niet op een onbezoldigde bestuurder van een informele vereniging. Daarmee is het voorstel tegemoetgekomen aan de kritiek in de consultatie en van de commissie vennootschapsrecht op het voorontwerp, waarin de WBF voor alle privaatrechtelijke rechtspersonen tout court zou gelden.

Als in de algemene titel van Boek 2 BW de 'moeder van alle aansprakelijkheidsregelingen' is opgenomen, en dat van meet af aan het geval is geweest, dan is er veel

8. Wederom is met kritiek op de regeling niets gedaan.

9. Zie 'L'histoire se répète', *Tv* 2014, afl. 14, p. 71-73.

10. Codificatie van HR 18 september 2009, *NJ* 2009/438. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 19 (MvT).

voor te zeggen om de in de WBF geregelde aansprakelijkheid, maar dan voor alle rechtspersonen, eveneens een plaats te geven in de algemene titel.

2.6 Artikel 2:11 BW

2.6.1 Algemeen

Ontwerp art. 2:11 BW heeft betrekking op de mogelijkheid tot instelling van een raad van commissarissen bij alle Boek 2 BW-rechtspersonen. De artikelliden zijn wederom in belangrijke mate ontleend aan het huidige N.V.- en B.V.-recht. Ik ga nu niet opnieuw in op de vraag of een en ander niet beter in de afzonderlijke titels van Boek 2 gestalte had kunnen krijgen – wederom denk ikzelf van wel – , maar plaats enkele opmerkingen en vraagtekens bij de voorgestelde regeling. In het vennootschapsrecht is het doorgaans duidelijk wat een gremium maakt tot raad van commissarissen. Ofschoon daar eveneens schimmigheden kunnen voorkomen.¹¹ In het verenigingen- en stichtingenrecht lijkt mij de kans op verwarring alleen maar groter. Uit de MvT:

‘Een deel van de verenigingen en stichtingen werkt al met een raad van commissarissen, ook al ontbreekt een uitdrukkelijke wettelijke grondslag daarvoor. Het betreffende orgaan wordt daarbij ook wel aangeduid als «raad van toezicht». De benaming van het toezichthoudend orgaan is echter niet bepalend voor de juridische kwalificatie van dat orgaan. Ook een toezichthoudend orgaan dat wordt aangeduid als «raad van toezicht», kan een raad van commissarissen zijn in de zin van de wet. Dit laatste komt in het artikelsgewijze gedeelte van deze toelichting nog nader aan de orde. De voorgestelde regeling heeft overigens geen gevolgen voor de geldigheid van bestaande organen die in de statuten van een rechtspersoon zijn ingesteld.¹²

Dat laatste is vanzelfsprekend. Elk in de statuten gecreëerd orgaan dat niet in strijd is met Boek 2 BW, is ‘geldig ingesteld’. Juist in het verenigingen- en stichtingenrecht bestaat er behoefte aan een grote vrijheid. Wel rijst de vraag wanneer een orgaan – waarbij aan de MvT moet worden toegegeven dat de statutaire naamsduiding in dat verband niet relevant is – gekwalificeerd moet worden als een raad van commissarissen in de zin van Boek 2 BW. Het antwoord vindt men in ontwerp art. 2:11 lid 2 BW: als het orgaan de taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie. En bovendien tot taak heeft het bestuur met raad terzijde te staan. Een schimmig gebied. Wat te vinden van een raadgevend adviesorgaan dat overigens geen toezicht houdt op het bestuur?¹³ En zo kunnen we wel meer bedenken. Hetgeen van belang is omdat de kwalificatie ‘commissaris’

11. Zie reeds de discussie tussen Uniken Venema en Van der Grinten, ‘Philips als dwaallicht’, *De NV* 1984, p. 49 e.v., 100 e.v. en 108 e.v. Zie nu, weliswaar op ander niveau, maar niettemin in mijn ogen vergelijkbaar de aandacht voor het zogenaamde *executive committee*.

12. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 4.

13. Volgens *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 21 (MvT) geen raad van commissarissen. Maar wat beslist: de statutaire duiding of de feitelijke activiteiten?

een zekere verantwoordelijkheid en – uiteindelijk – een zeker aansprakelijkheidsrisico in zich herbergt. Voer voor creatieve redacteuren van verenigings- en stichtingsstatuten, zou ik menen. Waarbij natuurlijk de vraag is of het ontbreken van een regeling voor toezichthouders voor verenigingen en stichtingen echt zo'n probleem is. Elk voorstel – hoe goed ook bedoeld – doet afbreuk aan de inrichtingsvrijheid, terwijl we die vrijheid mijns inziens zouden moeten koesteren. En waar het er echt toe doet, ligt het tegengaan van Unfug wellicht meer op het bordje van sectorale regelgevers.

De taakomschrijving in ontwerp art. 2:11 lid 2 BW correspondeert met de huidige art. 2:140 lid 2 en 3 en 2:250 lid 2 en 3 BW, welke bepalingen daarmee krachtens het voorstel zullen vervallen. De MvT over lid 2:

‘De raad van commissarissen heeft daarnaast alle bevoegdheden die in redelijkheid nodig zijn om zich een juist beeld te kunnen vormen van de toestand van de rechtspersoon en van het gevoerde beleid. Zo kan hij bijvoorbeeld door een derde onderzoek laten doen naar een bepaalde activiteit van de rechtspersoon. De kosten van dat onderzoek worden dan gedragen door de rechtspersoon. De raad van commissarissen dient bij het gebruik van dergelijke bevoegdheden wel telkens de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW in acht te nemen.’¹⁴

Die redelijkheid en billijkheid is prima, maar sinds wanneer kan de raad van commissarissen, als in beginsel niet vertegenwoordigingsbevoegd orgaan, op eigen houtje aan consultants onderzoeksopdrachten verstrekken?

2.6.2 Verdere uitwerking

Ontwerp art. 2:11 BW bestaat uit maar liefst 11 artikelleden. Ik pik er een paar punten uit. Lid 3-7 van de voorgestelde bepaling sluiten aan bij wat in ontwerp art. 2:9 BW is bepaald voor de bestuurders, en spreken voor zichzelf.

In lid 8 van het voorstel is geregeld dat de raad van commissarissen bevoegd is om iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. Dit voorschrift kennen we voor de kapitaalvennootschappen uit art. 2:147 lid 1 en 2:257 lid 1 BW en voor de coöperatie uit art. 2:57 lid 3 BW, welke bepalingen krachtens het voorstel zullen vervallen.

De bepaling bevat verder een regeling over de opheffing van de schorsing. Ik zou menen dat het de voorkeur verdient om de benoeming, het ontslag en de schorsing van bestuurders in onderlinge samenhang te beschouwen, zoals thans bij de kapitaalvennootschappen nog het geval is. In het voorstel komt de schorsing van de bestuurders door de raad van commissarissen aan bod, zonder dat ook maar een syllabe is gewijd aan de benoeming en het ontslag van diezelfde bestuurders. Dat is in mijn ogen een versnipperde manier van wetgeven. Voor degenen die niet dagelijks met dit juridische bijltje hakken lijkt mij de regeling weinig toegankelijk. Het schrijven van toegankelijke wetten zou bij een wetgever toch hoog in het vaandel moeten staan.

¹⁴. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 21.*

Voor de raadgevende stem – lid 9 van ontwerp art. 2:11 BW – van de commissarissen in de algemene vergadering en bij besluitvorming buiten vergadering verwijs ik naar par. 2.2.2.

Soortgelijke bezwaren als met betrekking tot de bevoegdheid van de raad van commissarissen om bestuurders te schorsen, heb ik ten aanzien van ontwerp art. 2:9 lid 10 BW, over – kort gezegd – de informatie welke moet worden verstrekt bij de aanbeveling of voordracht tot benoeming en herbenoeming van commissarissen. Deze voorschriften zouden een geheel moeten vormen met de andere voorschriften over benoeming, schorsing en ontslag van commissarissen. En dat gaat wat mij betreft eveneens op voor de bezoldiging van de commissarissen, waarvoor het ontwerp art. 2:9 BW in lid 11 een voorziening geeft.

2.7 Artikel 2:11a BW

Elders heb ik geschreven over het in 2004 ingevoerde lid 2 in art. 2:141 en 2:251 BW voor de kapitaalvennootschappen.¹⁵ Het lijken mij bepalingen waarvan het belang, mede gelet op hetgeen dienaangaande in de Nederlandse corporate governance code is bepaald – zie Best practice-bepalingen II.1.1-II.1.4 – , niet voldoende onderkend kan worden. Voor het overgrote deel van de Nederlandse kapitaalvennootschappen is de invulling echter ongewis. Denk aan alle vennootschappen die sinds januari 2016 vallen onder het jaarverslaggevingsregime van art. 2:395a BW. Ik vermoed met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid dat dit a fortiori geldt voor veel verenigingen en stichtingen. Weliswaar wijkt de tekst van ontwerp art. 2:11a lid 2 BW subtiel af van de regeling bij de N.V. en de B.V. doordat het bij die laatste bepalingen gaat over het ‘beheers- en controlesysteem van de vennootschap’ en in de ontwerpbeepaling over de ‘gebruikte beheers- en controlesystemen’. Volgens de MvT¹⁶ kan daaruit worden afgeleid dat de rechtspersoon niet verplicht is tot gebruik van een of meer beheers- en controlesystemen, hetgeen eveneens een zekere verzachting – niet nader gemotiveerd in de MvT – voor de kapitaalvennootschappen zou betekenen. Niettemin gaat het in deze ontwerpbeepaling om nogal governance gerelateerde onderwerpen welke vooral betrekking hebben op de verhouding tussen het bestuur en de raad van commissarissen en die daarom mijns inziens minder op zijn plaats zijn in de algemene titel van Boek 2 BW. Ik zou voorts willen weten wat lid 2 van de voorgestelde bepaling betekent voor rechtspersonen die geen raad van commissarissen hebben ingesteld. Hoeft het bestuur zich daar in het geheel niet te bekreunen over de algemene en financiële risico’s en de beheers- en controlesystemen van de organisatie?

2.8 Artikel 2:11b en 2:11c BW

Ontwerp art. 2:11b BW, dat gaat over de aansprakelijkheid van de commissarissen, is op dezelfde leest geschoeid als ontwerp art. 2:9b BW. In lid 2 van de bepaling wordt ook voor wat betreft de rechterlijke bevoegdheid en het verbod tot herstel

15. Zie reeds ‘Algemene en financiële risico’s en het beheers- en controlesysteem van de vennootschap’, *Tvl* 2006, afl. 1, p. 1-2.

16. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 25.

van de dienstbetrekking verwezen naar ontwerp art. 2:9b BW. Voor commentaar verwijs ik naar par. 2.4.

Ontwerp art. 2:11c BW, ten slotte, verklaart de WBF-aansprakelijkheid van overeenkomstige toepassing op commissarissen. Verwezen zij naar par. 5.

2.9 Uitleiding

Volgens de MvT¹⁷ wordt het Nederlandse ondernemingsrecht door de voorstellen merkbaar beter hanteerbaar en daarmee ook aantrekkelijker. Ik vind dat moeilijk te beoordelen. Voor de twee belangrijkste ondernemingsrechtelijke rechtspersonen, de N.V. en de B.V. verandert er niet veel. De voorgestelde wetswijzigingen hebben vooral consequenties voor het verenigingen- en stichtingenrecht en in mindere mate – en in het verlengde daarvan – voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Het uitgangspunt dat ook voor die laatste privaatrechtelijke rechtspersonen een aantal zaken, zoals een raad van commissarissen, het monistisch bestuursmodel en de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, een wettelijke verankering dient te krijgen, moet worden toegejuicht. Al dient het belang daarvan mijns inziens niet overschat te worden. De praktijk redt zich ook onder het huidige recht.

Over de wijze waarop een en ander vorm wordt gegeven, ben ik minder te spreken. Op zichzelf lijkt het aantrekkelijk en – vooral ook – logisch-systematisch om de voor alle rechtspersonen geldende voorschriften over te brengen naar de algemene titel van Boek 2 BW. Dat geldt bijvoorbeeld voor de hoofdregels van aansprakelijkheid, opgenomen in de ontwerp art. 2:9b, 2:9c, 2:11b en 2:11c BW. Voor veel andere voorschriften denk ik daar anders over, omdat daardoor de band met nauw samenhangende bepalingen elders in Boek 2 BW lijkt te worden doorgesneden. Het lijkt erop dat de focus van de redacteurs van het wetsvoorstel blindelings gericht is geweest op het zoveel mogelijk onderbrengen van bepalingen in de algemene titel, waarbij de samenhang elders in Boek 2 BW uit het oog is verloren. Het gevolg is niet alleen een meer omvattende algemene titel, maar tegelijkertijd veel hiaten vertonende en daardoor minder aantrekkelijke titels voor de afzonderlijke rechtspersonen. De algemene titel wordt er overigens ook niet fraaier op met toevoegingen in de vorm van art. 2:9a e.v. en 2:11a e.v. Als we zo doorgaan komen we weer uit bij de vastlegging van het vennootschapsrecht in het Wetboek van Koophandel. Papier is geduldig; het kan geen kwaad sommige belangrijke voorschriften voor de verschillende Boek 2 BW-rechtspersonen vaker op te schrijven.

De herrubricering heeft tot gevolg dat tal van handboeken herschreven moeten worden. Mooi voor Wolters Kluwer, maar naar ik inschat voor de meeste auteurs geen pretje, nu het in belangrijke mate alleen maar om de vorm en niet om de inhoud gaat. Als er dan al onderwerpen naar de algemene titel moeten worden overgebracht, dan zou ik in navolging van de commissie vennootschapsrecht menen dat het onlangs in art. 106a Fw opgenomen bestuursverbod zich daar veel meer toe leent dan veel van de voorstellen in het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.

17. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 8.*

Hoofdstuk 3

Toezicht in het rechtspersonenrecht in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht

Mr. J.M. Blanco Fernández *

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen heeft als dragende gedachte dat de huidige regeling van het bestuur en het toezicht van rechtspersonen verduidelijking behoeft. Die behoefte zou zich in het bijzonder bij de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting voordoen.¹ De wetgever denkt dat in deze behoefte kan worden voorzien door de regeling van bestuur en toezicht voor alle rechtspersonen te uniformeren. De uniformering komt, in de opzet die de wetgever daarvoor heeft gekozen, erop neer dat de regeling die nu voor N.V. en B.V. geldt naar de algemene bepalingen van Boek 2 BW wordt overgebracht en voor alle in art. 2:3 BW bedoelde rechtspersonen komt te gelden. De strekking van deze bijdrage is dat mijns inziens noodzaak, conceptie en uitwerking van de voorgestelde regeling, in ieder geval wat betreft de regeling van het toezicht, kwestieus zijn.

3.1 Opmerkingen vooraf

Ik maak enkele preliminaire opmerkingen.

Toezicht is het onderdeel van het wetsvoorstel waar deze bijdrage over gaat. Sommige aspecten van het toezicht, zoals de taakverdeling binnen het toezichthoudende orgaan of het tegenstrijdig belang, worden in het wetsvoorstel op dezelfde manier voor het bestuur c.q. raad van bestuur (hierna: 'RvB') en raad van commissarissen (hierna: 'RvC') geregeld, hoewel de toepassing van de respectievelijke normen op bestuurders en commissarissen eigen nuances kent. Deze bijdrage gaat aan die nuances voorbij en richt zich met name op de regeling van het toezicht.

Het wetsvoorstel heeft in de perceptie van de opstellers een beperkte strekking. Het behelst een wetstechnische verbetering. Inhoudelijke wijzigingen zijn, op een enkele uitzondering na, niet beoogd. Hiervan uitgaande zal ik de wettelijke regeling zoals deze nu luidt niet behandelen, tenzij de verplaatsing van de regeling naar de algemene bepalingen van Boek 2 BW daartoe aanleiding geeft. Daarbij streef ik geen volledigheid na. Ik zal mij beperken tot enkele toezichtkwesties die mij van belang lijken.

Het toezicht kan worden vormgegeven door middel van een RvC of een one tier board (hierna: 'OTB'). Sommige aspecten van het toezicht hebben met het toezicht als taak te maken, ongeacht of de taak aan een RvC of aan een OTB is toegekend. Andere aspecten hebben specifiek te maken met de toekenning van deze taak aan

* Mr. J.M. Blanco Fernández is advocaat te Amsterdam.

1. 'Dit wetsvoorstel beoogt de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen aan te vullen en te verduidelijken. Het voorstel is daarbij met name gericht op verbetering van het wettelijke kader voor de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting. Hiermee wordt voorzien in een behoefte van de praktijk.' *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3. p. 1.

een van de twee organen. De meeste vragen doen zich voor bij de OTB. Ik heb ernaar gestreefd dat uit de context blijkt of het betoog alle vormen van toezicht, dan wel toezicht door een specifiek orgaan betreft. In het eerste geval gebruik ik doorgaans de term ‘toezichthoudend orgaan’. Daarmee is dan in beginsel bedoeld zowel de RvC als de OTB.

De bijdrage gaat uit van het wetsvoorstel zoals het te kennen is uit het voorstel van wet, de memorie van toelichting (hierna: ‘MvT’) en het advies van de Raad van State.² De wetsartikelen van het wetsvoorstel worden cursief weergegeven, mede om ze te onderscheiden van dezelfde artikelen volgens het geldende recht.

Het wetsvoorstel gaat over de rechtspersonen bedoeld in art. 2:3 BW. Wanneer ik over rechtspersonen spreek, bedoel ik alle rechtspersonen genoemd in dat artikel, tenzij uit de context anders blijkt. Op sommige plaatsen hanteer ik de tweedeling: N.V./B.V. enerzijds en vereniging/stichting anderzijds, of commerciële en niet-commerciële rechtspersonen. De tweedeling laat de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij buiten beschouwing om het betoog eenvoudiger te houden. De opzet van de bijdrage is als volgt. In het eerste deel (par. 3.2) bespreek ik enkele uitgangspunten van het wetsvoorstel rond de vragen: wat is toezicht, is de voorgestelde regeling wenselijk en welke toezichtvormen kent het wetsvoorstel? In het tweede deel (par. 3.3) bespreek ik enkele uitwerkingen van deze uitgangspunten.

3.2 Achtergronden van het wetsvoorstel

3.2.1 Wat is toezicht?

Een goed begrip van de wettelijke regeling van het toezicht vraagt om een enigszins omlijnd toezichtbegrip. Het is niet mogelijk de regeling te verstaan en toe te passen als het voorwerp van de regeling niet voldoende duidelijk is.

Het toezicht waar het hier om gaat is toezicht in de zin van Boek 2 BW. Toezicht is een taak in de rechtspersoon die de wetgever wil invoeren voor alle rechtspersonen die – afgezien van de bijzonderheden van het structuurregime – ervoor kiezen een toezichthoudend orgaan in te voeren. In de MvT van het wetsvoorstel wordt gesproken over een ‘basisregeling’ van het toezicht. Daarmee wordt bedoeld: het toezicht dat de wetgever als typische vorm van toezicht voor ogen staat. Deze typische vorm moet worden onderscheiden van bijzondere vormen van toezicht op grond van bijvoorbeeld sectorale wet- en regelgeving of op andere gronden. Deze bijzondere vormen van toezicht blijven hier buiten beschouwing. Het gaat in deze bijdrage om toezicht in de rechtspersoon en niet op de rechtspersoon. Het wetsvoorstel vooronderstelt wat toezicht is. Het bepaalt weliswaar dat de RvC, of de niet-uitvoerende bestuurders in het OTB-model, tot taak heeft toezicht te houden, maar het zegt niet wat toezicht is. In de literatuur is het gebruikelijk de betekenis van het toezicht te verklaren vanuit de feitelijke invulling van de toezichtstaak.³ Er wordt in dit verband gesproken over medebepaling van strategie,

2. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2-4.* Deze stukken worden hierna aangehaald als ‘Wetsvoorstel, nr., p.’.

3. Zie voor de commerciële rechtspersonen: Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2009), nr. 487, Winter/Wezeman (2013), par. 68, Assink (2013), par. 52, Dortmund (2013), nr. 274. Voor de niet-commerciële rechtspersonen: Asser/Rensen (2012), nr. 171 en Dijk/Van der Ploeg (2013), par. 10.2. Voor alle rechtspersonen: Asser/Maeijer & Kroeze (2015), nr. 220.

toetsing van de verslaglegging, etc. De focus op de feitelijke invulling van de taak brengt mee dat aandacht wordt gevraagd voor de verschillende omstandigheden waaronder de toezichtstaak in praktijk wordt gebracht. Deze benadering is in zoverre terecht dat het houden van toezicht zich zal moeten manifesteren in een bepaald doen en laten onder bepaalde omstandigheden, maar daarmee is niet gezegd wat toezicht is, los van de concrete uitingen ervan.

Voor de toezichtstaak geldt, net als voor de bestuurstaak, dat het iets zegt over de positie van het orgaan binnen de rechtspersoon. Toezicht en bestuur zijn technische termen, niet feitelijke werkzaamheden. Zij drukken uit wat de rechtsorde verwacht van het toezichthoudende respectievelijk het besturende orgaan ten aanzien van de verwezenlijking van de doelstellingen van de rechtspersoon. Toezicht en bestuur zijn taken in de rechtspersoon. Een taak is wat een orgaan conform de inrichtingsregels van de rechtspersoon behoort te doen opdat de rechtspersoon het doel bereikt waarvoor hij bestaat. Besturen in de zin van *art. 2:9 lid 1 BW* is zorgen voor de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon. Toezicht houden in de zin van *art. 2:11 lid 2 BW* is ervoor zorgen dat degenen die belast zijn met de verwezenlijking van het doel van de rechtspersoon die opdracht naar behoren vervullen. In zoverre de verwezenlijking van het doel een taak van het bestuur is, is het juist te stellen dat de taak van het toezichthoudende orgaan is toezicht te houden op het bestuur.⁴

De taak heeft een dwingendrechtelijke dimensie, die meebrengt dat, voor zover die dwingende dimensie aan de orde is, de taak geldt ongeacht de feitelijke invulling ervan. Een concrete uitwerking hiervan kan zijn de noodzaak tot aanvulling van de statutaire inrichting van de rechtspersoon als dat noodzakelijk is voor de behoorlijke uitoefening van de toezichtstaak. Zo kan het toezichthoudende orgaan het nodig achten besluiten van het bestuursorgaan aan zijn voorafgaande goedkeuring te onderwerpen, ook al voorzien de statuten niet in een dergelijke goedkeuring.⁵ De taak schept in zoverre competentie. Het orgaan moet over de bevoegdheden beschikken die het nodig heeft om zijn taak conform de inrichtingsregels van de rechtspersoon uit te voeren.

De normatieve betekenis van de toezichtstaak is reeds onder het huidige recht van belang, maar zal, indien het wetsvoorstel wordt ingevoerd, aan betekenis toenemen. De toezichtstaak is op dit moment in belangrijke mate toegesneden op commerciële rechtspersonen, in het bijzonder de N.V. en B.V., die de enige rechtsvormen zijn die vanouds een regeling van het toezicht kennen.⁶ Het wetsvoorstel presenteert de invoering van een voor alle rechtspersonen geldende regeling van het toezicht als een codificatie van het geldende recht. Maar deze presentatie behoeft nuancering. De voorgestelde regeling is niet een voor alle rechtspersonen ontworpen regeling, maar een overheveling van de bepalingen van het N.V./B.V.-recht naar de algemene bepalingen van Boek 2 BW. Indien de regeling verstaan wordt vanuit de feitelijke

4. Ook derden kunnen bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen van de rechtspersoon. Een voorbeeld zijn de werknemers. Werknemers hebben echter niet een taak krachtens de inrichtingsregels van de rechtspersoon. Zij zijn contractuele wederpartijen van de rechtspersoon.
5. Mogelijk is ook dat de statuten wel in een goedkeuringsbevoegdheid voorzien, maar dat het toezichthoudende orgaan in de gegeven omstandigheden een verdergaande bevoegdheid noodzakelijk acht, bijvoorbeeld voor een transactie die niet op de lijst voorkomt of die buiten de lijst valt (bijvoorbeeld de statutaire goedkeuring is alleen vereist voor transacties waarbij een hoger bedrag gemeoid is dan de transactie die het toezichthoudende orgaan op het oog heeft).
6. De regeling van het toezicht bij de structuurcoöperatie en -onderlinge waarborgmaatschappij is ontleend aan die van N.V./B.V.

werkzaamheid van het orgaan, kunnen er zich in de toepassing van de regeling twee risico's voordoen. Enerzijds dat het toezichtmodel van commerciële rechtspersonen overheerst, wat voor niet-commerciële rechtspersonen een ongerechtvaardigde vernauwing van de regeling zou inhouden. Anderzijds dat de nadruk te zeer op het uiteenlopende karakter van de toezichtwerkzaamheden wordt gelegd, wat de vraag oproept naar de zin van een eenvormige regeling. Houdt men voor ogen dat toezicht houden iets zegt over de positie van het toezichthoudende orgaan ten aanzien van de realisatie van de doelstelling van de rechtspersoon (dat is de normatieve betekenis van het toezicht), dan kan dat mogelijk een perspectief bieden voor een enigszins coherente toepassing van de toezichtregeling op zulke diverse realiteiten als een kleine sportvereniging, een beursgenoteerde N.V. of een charitatieve stichting. Ik ben overigens van mening dat de regeling, zoals deze is ontworpen, te veel dwingend recht bevat en te veel door het N.V./B.V.-recht is geïnspireerd om met voldoende coherentie en souplesse op alle rechtspersonen te worden toegepast. Zij houdt te weinig rekening met de diversiteit van verschijnselen waarop zij moet worden toegepast. Ik bespreek nu deze kwestie.

3.2.2 Noodzaak en wenselijkheid van een uniforme regeling van het toezicht

Doel van het wetsvoorstel is de wettelijke regeling van bestuur en toezicht beter hanteerbaar te maken door de regeling te verduidelijken en aan te vullen. Een eerste vraag die zich aandient, is die naar de noodzaak van het wetsvoorstel. De memorie van toelichting rept van een maatschappelijke behoefte om duidelijkheid te scheppen over de regeling van het toezicht in het bijzonder voor de vereniging en de stichting, maar wat daarover wordt gezegd is te vaag om te overtuigen. Gesteld wordt dat er een wettelijke regeling van het toezicht voor vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting noodzakelijk is. 'Omdat de vormgeving van bestuur en toezicht ook voor [deze] rechtspersonen van wezenlijk belang is, bestaat behoefte aan aanvulling en verduidelijking van de wettelijke regeling van deze rechtspersonen.'⁷ Op de stelling dat de vormgeving van het toezicht van 'wezenlijk belang' is valt het nodige af te dingen. Wezenlijk waarvoor? Wezenlijk aan de toezichtstaak in ons rechtspersonenrecht is dat, afgezien van de in dit verband kwantitatief irrelevante uitzondering van de structuurrechtspersonen, de gebruikers van de rechtspersoon naar eigen inzicht bepalen of zij de rechtspersoon met een toezichthoudend orgaan willen optuigen. Voor het overgrote deel van de verenigingen en stichtingen moet worden aangenomen dat zij geen toezichthoudend orgaan kennen, zodat het niet is in te zien welk wezenlijk belang gemoeid is met een aanvulling en verduidelijking van de wet op dit punt.⁸

Een belangrijk onderdeel van het wetsvoorstel is de terbeschikkingstelling van de OTB voor vereniging en stichting. Maar de totstandkoming van de regeling doet twijfels rijzen over haar noodzaak. Nog bij gelegenheid van de invoering van de

7. Wetsvoorstel, 3, p. 2.

8. Het wetsvoorstel spreekt in deze context nog over de wenselijkheid om voor vereniging en stichting wettelijk te verankeren dat commissarissen zich bij hun taakvervulling moeten richten naar het belang van de rechtspersoon, dat er een regeling is voor de omgang met tegenstrijdige belangen, dat het aansprakelijkheidsregime van commissarissen wordt verduidelijkt en dat de bestaande onzekerheid over onder andere de bevoegdheden van de RvC bij deze rechtspersonen wordt bestreden (Wetsvoorstel, 3, p. 2). Maar ook deze omstandigheden, voor zover zij al juist zouden zijn, maken niet inzichtelijk welk wezenlijk belang wordt gediend met de invoering van de regeling.

OTB voor N.V. en B.V. is gezegd⁹ dat ‘vooralsnog’ niet gebleken was van een maatschappelijke behoefte aan een dergelijke regeling. Dit was ook het standpunt van het ambtelijk voorontwerp van het huidige wetsvoorstel.¹⁰ De internetconsultatie zou alsnog hebben gewezen op het bestaan van de behoefte.¹¹

Het is voor mij de vraag of de praktijk, in het bijzonder bij vereniging en stichting, behoefte heeft aan een regeling van het toezicht die neerkomt op een toepassing van het bestaande N.V./B.V.-recht. De Raad van State heeft in dit verband gesteld niet overtuigd te zijn dat de normen voor bestuur en toezicht van kapitaalvennootschappen een dermate algemeen karakter hebben dat zij zich lenen voor een rechtsvorm neutrale toepassing. Hij heeft gewezen op het onderscheid tussen, kort gezegd, commerciële en niet-commerciële stichtingen en verenigingen en op de honderdduizenden stichtingen en verenigingen waarachter een bonte verscheidenheid van al dan niet professioneel geleide organisaties schuilgaat, variërend van zeer klein tot zeer groot, en een grote differentiatie in bestuursmodellen en toezichtstructuren, gebaseerd op een flexibel wettelijk kader dat veel ruimte laat voor eigen, statutaire regelingen.¹²

De minister heeft hierover opgemerkt: ‘Het maatschappelijke belang van niet-commerciële activiteiten van stichtingen en verenigingen is in de afgelopen decennia aanzienlijk gegroeid. Het gaat dan bijvoorbeeld om het gebruik van stichtingen en verenigingen in semipublieke sectoren als de zorg, het onderwijs en de volkshuisvesting, of het gebruik van de stichting door charitatieve instellingen. Dergelijke stichtingen kunnen beschikken over een vermogen dat verkregen is door giften van particulieren. Het maatschappelijke belang vereist dat dergelijke organisaties hun taak adequaat vervullen. Dit heeft ook geleid tot een professionalisering in deze sectoren. Uit de consultatie bleek dat er brede steun bestaat voor het streven naar verbetering van de kwaliteit van bestuur en toezicht. In het licht van deze ontwikkelingen vindt het kabinet dat het noodzakelijk is om niet langer onderscheid te maken tussen commerciële en niet-commerciële rechtspersonen voor de basisregels omtrent bestuur en toezicht van deze rechtspersonen. De taken en verantwoordelijkheden van bestuurders en commissarissen in de semipublieke sectoren en van non-profitinstellingen worden daarom op duidelijke wijze in de wet vastgelegd. Daarbij dient bijvoorbeeld de wettelijke regeling van de vereniging dusdanig te zijn dat zij zowel een adequate basis biedt voor een vereniging met omvangrijke commerciële activiteiten, als voor een buurtvereniging of kleine sportvereniging.’¹³ De taak die de wetgever hier op zich neemt, is welhaast een herculische. De diversiteit van ons rechtspersonenrecht, in het bijzonder in de non-profitsector, koesteren en tegelijk een uniforme ‘basisregeling’ voor bestuur en toezicht van al deze rechtspersonen invoeren lijkt mij een onmogelijke opgave. Het lijkt mij althans

9. *Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 17.*

10. ‘Een monistisch bestuursmodel wordt voor verenigingen en stichtingen niet voorgesteld. Voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen is over de vastlegging van een dergelijk bestuursmodel geconsulteerd (zie www.internetconsultatie.nl) nadat uit de praktijk was gebleken van behoefte aan een dergelijk bestuursmodel. Van een dergelijke behoefte ten aanzien van de vereniging en de stichting is vooralsnog niet gebleken.’

11. De MvT zegt hierover: ‘Uit de consultatie is gebleken dat ook bij verenigingen en stichtingen behoefte bestaat aan de mogelijkheid om een monistisch bestuursmodel te hanteren.’ Wetsvoorstel, 3, p. 4.

12. Wetsvoorstel, 4, p. 2.

13. Wetsvoorstel, 4, p. 5-6.

niet mogelijk een hanteerbare uniforme regeling te ontwerpen. Illustratief in dit verband is wat de minister opmerkt over de toepassing van de regels over aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement van niet-commerciële rechtspersonen: 'Men kan aan de bestuurders van een kleine stichting waarbij de bestuurders voor hun bestuurswerk slechts een bescheiden vergoeding ontvangen, niet dezelfde eisen stellen als aan professionele bestuurders van bijvoorbeeld een woningcorporatie of zorginstelling met een daaraan gekoppelde vergoeding.'¹⁴ Deze appreciatie lijkt mij zeer terecht, maar zij staat haaks op de uniforme grondgedachte van het wetsvoorstel.

De diversiteit aan maatschappelijke verschijnselen die door het rechtspersonenrecht worden geregeld is in tal van opzichten buitengewoon groot. Qua activiteit, omvang, geografische spreiding, duur, maatschappelijke impact etc. is sprake van uiteenlopende organisaties die zich nauwelijks voor gemeenschappelijke ordening lenen. Bij de regeling van deze verschijnselen hoort in een vrije samenleving de autonomie van het individu het uitgangspunt te zijn. Bij het overgrote deel van deze organisaties – en daarop dient de wettelijke regeling te zijn afgestemd – behoort het rechtspersonenrecht in de regeling van het toezicht een louter faciliterende rol te vervullen. De wetgever moet zich beperken tot het aanbieden van een dispositieve, aanvullende regeling van die aspecten van het toezicht waarin de gebruikers van de rechtspersoon niet hebben voorzien. Dwingende voorschriften zoals de raadgevende stem van commissarissen, het verbod op vaststelling van de eigen bezoldiging, de verschaffing van gegevens bij benoeming, het voorzitterschap van de OTB door een niet-uitvoerende bestuurder, de jaarlijkse schriftelijke rapportage door het bestuursorgaan over o.a. beheers- en controlesystemen, de limitering van het aantal door een commissaris uit te brengen stemmen in de RvC of het verbod op de uitoefening van het commissariaat door een rechtspersoon, behoren alleen te worden ingevoerd wanneer er een aantoonbare maatschappelijke nood bestaat die de beperking van de autonomie van de betrokkenen rechtvaardigt. Het wetsvoorstel maakt voor geen van de zojuist genoemde verplichtingen duidelijk welke dwingende maatschappelijke nood rechtvaardigt dat deze verplichtingen voor alle rechtspersonen in het land behoren te gelden.

Vennoten van een personenvennootschap en gelovigen van een kerkgenootschap hebben een nagenoeg onbegrensde vrijheid om de interne verhoudingen van hun organisatie naar eigen inzicht vorm te geven. Deze vooropstelling van de privéautonomie in de inrichting van deze organisatievormen getuigt van wijs wetgevend inzicht en heeft over een lange reeks van jaren nauwelijks tot problemen geleid die de aandacht van de wetgever verdienen. Voor de commerciële en niet-commerciële rechtspersonen genoemd in art. 2:3 BW zou wat de regeling van het toezicht betreft hetzelfde moeten gelden.

De modieuze uitdrukking *checks and balances*, die in de vormgeving van rechtspersonenrechtelijke verhoudingen met regelmaat wordt aangehaald, heeft in dit verband geen verklarende betekenis. De uitdrukking is veelal een gemeenplaats, die een inperking van de privéautonomie moet verklaren waarvoor geen overtuigende rechtvaardiging is te vinden. Het is geen toeval dat de uitdrukking aan het publiekrechtelijke denken is ontleend, en het is te betreuren dat zij in haar toepassing op een private verhouding als de rechtspersonen van Boek 2 BW haar publiekrechtelijke

14. Wetsvoorstel, 4, p. 10.

Ijke inslag heeft behouden. Bij het overgrote deel van deze rechtspersonen valt er op het punt van toezicht voor de Boek 2 BW-wetgever echter nauwelijks iets te checken en te *balancen*. Het is aan de gebruikers van de rechtspersoon te bepalen wat zij op dat punt een juist evenwicht vinden. Het paradigma van de zinloosheid van het denken in termen van *checks and balances* is de eenpersoons-B.V. waarin de enig aandeelhouder tevens enig bestuurder is. Voor deze vennootschap geldt dat het regelen van 'evenwichtig' toezicht net zo weinig zin heeft als voor een eenmanszaak. En wat geldt voor de organisatie die door één enkele persoon wordt gedragen, geldt principieel ook voor de organisaties die door een kleine groep van betrokken personen worden gedragen. Het is aan deze personen om het toezicht in de rechtspersoon naar eigen inzicht vorm te geven. Er is in een vrije samenleving geen aanleiding om het eigen inzicht van de betrokkenen te vervangen door het dwingende inzicht van de wetgever wanneer, zoals dat in het overgrote deel van de verhoudingen die het wetsvoorstel beoogt te regelen het geval is, alleen de belangen van betrokkenen op het spel staan.

Het primaat van de privéautonomie bij de vormgeving van het toezicht verliest zijn betekenis niet doordat deze autonomie begrensd is. De wetgever kan redenen hebben om de vrijheid van het individu in de inrichting van private rechtspersonen te beperken. Het paradigma is het structuurregime. De wetgever heeft in de omvang van de onderneming die door de rechtspersoon in stand wordt gehouden aanleiding gevonden om de inrichtingsvrijheid van de aandeelhouder op het punt van toezicht in te perken. Met het oog daarop heeft de wetgever de verplichte RvC of OTB ingevoerd en aan deze organen dwingende bevoegdheden toegekend. Maar ook hier geldt dat wettelijke beperking van de vrijheid van inrichting de uitzondering, en niet de regel is. De uitzondering is gegrond op een concreet aangewezen maatschappelijke nood en geldt voor een wettelijk omschreven, beperkte groep van gevallen. De uitzondering is daarnaast van vrijstellingen en mitigaties voorzien, die het uitzonderlijke karakter van het regime onderstrepen.¹⁵ De uitzonderlijkheid van de beperking komt tot slot naar voren in de laatste herziening van het regime in 2004. De essentie van deze herziening was een verruiming, en niet een verdere beperking, van de autonomie van de gebruikers.

Het wetsvoorstel miskent in zijn impliciete uitgangspunten en in zijn praktische uitwerkingen de beperkte, faciliterende rol die de Boek 2 BW-wetgever in de vormgeving van het toezicht vervult. De meeste regels van dwingend recht zijn niet gerechtvaardigd. Het is bijvoorbeeld niet in te zien¹⁶ waarom voor alle rechtspersonen, behalve de stichting, zou moeten gelden dat de bezoldiging van commissarissen door de algemene vergadering moet worden vastgesteld (*art. 2:11 lid 11 BW*). De MvT poneert: 'De commissarissen stellen niet hun eigen bezoldiging vast.'¹⁷ Waarom? Waarom zou de wetgever dat voor alle rechtspersonen moeten verbieden? Het wetsvoorstel zelf opent de mogelijkheid dat de commissarissen van een stichting hun eigen bezoldiging vaststellen en sanctioneert daarmee de principiële verenigbaarheid van de toezichtstaak van commissarissen met de bevoegdheid tot vaststelling van hun eigen beloning. Deze verenigbaarheid behoort ook voor andere

15. Ik laat buiten beschouwing de mogelijkheden die de wet biedt om toepasselijkheid van het regime te ontlopen of door middel van contractuele regelingen aan de wensen van de gebruikers aan te passen. Zie over dit laatste HR 19 maart 1975, *NJ 1976/276 (HVA-Westertoren)*.
 16. Verderop in het preadvies worden andere voorbeelden besproken.
 17. Wetsvoorstel, 3, p. 24.

rechtspersonen dan de stichting te gelden. Het feit dat de andere rechtspersonen een algemene vergadering hebben en de stichting niet is geen reden om op dit punt onderscheid te maken. De vaststelling van het honorarium van de commissaris behoort autonoom door de gebruikers van de rechtspersoon te worden geregeld. Er is voor de wetgever geen reden om een dwingende regeling in te voeren. De regeling is bovendien niet consistent. De algemene vergadering kan naar eigen inzicht over de honorering besluiten, bijvoorbeeld door aan de RvC, of aan een of meer commissarissen, *carte blanche* te geven bij de invulling van de eigen honorering. Het is niet in te zien waarom de aanwezigheid van een algemene vergadering in de weg zou moeten staan aan statutaire toekenning van de honoreringsbevoegdheid aan de RvC. Soortgelijke overwegingen gelden voor de toekenning van de honoreringsbevoegdheid aan de RvB, of aan een of meer uitvoerende bestuurders in een OTB ten opzichte van de honorering van de niet-uitvoerende bestuurders. De MvT stelt hierover: 'Hun bezoldiging wordt evenmin vastgesteld door het bestuur. Dat laatste zou niet passend zijn omdat de raad van commissarissen mede tot taak heeft om toezicht te houden op het bestuur.'¹⁸ Het moge zo zijn dat deze regel als prudentiële regel te billijken is en dat zij als dispositieve, aanvullende regel zinvol kan zijn. Maar de abstracte gepastheid van de regel behoort voor de Boek 2 BW-wetgever geen criterium te zijn om de autonomie van betrokkenen op een punt als de honorering van commissarissen te beperken. Niet abstracte gepastheid, maar een aantoonbare maatschappelijke nood behoort een dergelijke beperking te rechtvaardigen.

3.2.3 Toezichtvormen

Het wetsvoorstel neemt als uitgangspunt voor de regeling van het toezicht dat het voor alle rechtspersonen moet gelden dat het toezicht gehouden dient te worden op de wijze waarop dat op dit moment gebeurt bij N.V., B.V., coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, dat wil zeggen door middel van een RvC of een OTB. Deze twee organen staan model voor de algemene regeling van het toezicht die het wetsvoorstel wil invoeren. Tegelijkertijd onderkent het wetsvoorstel dat de statutaire praktijk, vooral bij verenigingen en stichtingen, allerlei toezichtvormen kent die de vraag doen rijzen of het orgaan in kwestie als een toezichthoudend orgaan in de zin van de wet is aan te merken. Ik besteed eerst aandacht aan de typische vormen van toezicht (RvC en OTB). Vervolgens sta ik kort stil bij de onbenoemde toezichtvormen, in het bijzonder in groepsverband.

3.2.3.1 *Toezicht door RvC en door OTB*

De huidige regeling van het toezicht is het scherpst vormgegeven bij de RvC, waar de toezichtstaak aan een eigenstandig orgaan wordt toegekend. In dit stelsel wordt de positie van de RvC binnen de rechtspersoon hoofdzakelijk bepaald door zijn verhouding tot de RvB. De RvC houdt toezicht op het bestuur. De wet spreekt over het toezicht 'op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in

18. Wetsvoorstel, 3, p. 24.

de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming'.¹⁹ De betekenis van deze woorden is echter beperkt. Ze willen buiten twijfel stellen dat het toezicht van de RvC de gehele activiteit van de organisatie omvat, maar deze verduidelijking is overbodig. De wet omschrijft de taak van het bestuur als het besturen 'van de rechtspersoon' (*art. 2:9 lid 1 BW*). Net zoals in de bestuurstaak van het bestuur besloten ligt dat het bestuur zich uitstrekt tot alle aspecten van de verwezenlijking van het doel waarvoor de rechtspersoon bestaat, ligt in de toezichtstaak van de RvC besloten dat de taak alomvattend is.²⁰

Het scherpe beeld van de toezichtstaak van de RvC contrasteert met de diffuse contouren van het toezicht in het OTB-model. De OTB wordt veelal gezien als één orgaan, en wel één bestuursorgaan. De bestuurstaak overheerst in deze visie zodanig in conceptie en uitwerking dat de toezichtstaak van het orgaan uit beeld raakt. De overheersing van de bestuurstaak is echter niet gerechtvaardigd. In het systeem van de wet is de OTB, wat betreft zijn toezichtstaak, een equivalent van de RvC. De toezichtstaak van de OTB als bedoeld in *art. 2:9 lid 1 BW* is gelijk aan de toezichtstaak van de RvC als bedoeld in *art. 2:11 lid 1 BW*.²¹ Dat de uitoefening van de toezichtstaak aan een orgaan is toebedeeld dat ook uitvoering geeft aan de bestuurstaak zegt niets over de toezichtstaak, maar over het orgaan dat de taak uitoefent. De stelling dat de OTB het bestuursorgaan van de rechtspersoon is, is in haar onvolledigheid onjuist. De OTB is het besturende en ook het toezichthoudende orgaan van de rechtspersoon.²²

Om de positie van de OTB te bepalen is het zinvol dit orgaan te vergelijken met de gewone RvB. Van de gewone RvB kan worden gezegd dat het het besturende orgaan van de rechtspersoon zonder meer is. De OTB is echter ten opzichte van de gewone RvB een bijzonder orgaan. De bijzonderheid is gelegen in de toekenning aan de OTB van zowel de toezichtstaak als de uitvoerende of bestuurstaak. De OTB is, anders dan de RvB, niet alleen uitvoerder maar ook toezichthouder.

Het benadrukken van de uniciteit van de OTB, die qua structuur door de wet inderdaad als één orgaan is vormgegeven, heeft het risico dat de dualiteit van taken uit het oog wordt verloren, met als gevolg dat elk handelen van het bestuursorgaan als een bestuurshandelen wordt beschouwd en het toezichtshandelen, als onderscheiden rechtsmoment, zich in het niets oplost. Dat gebeurt bijvoorbeeld wanneer aan de niet-uitvoerende bestuurders de bevoegdheid wordt onthouden om besluiten

19. Het wetsvoorstel bezigt de woorden 'daaraan verbonden onderneming of organisatie' om uit te drukken dat de rechtspersoon ook een andere instelling dan een onderneming in stand kan houden. Deze nuance is voor de in de tekst besproken problematiek niet van belang.
20. In het systeem van onze wet is het niet mogelijk de toezichtstaak aan twee organen toe te kennen, net zomin als het mogelijk is de bestuurstaak aan twee besturen toe te kennen. Dit laat de mogelijkheid van taakverdelingen zoals in het geval van de gedelegeerd commissaris of het dagelijks en het algemeen bestuur onverlet. Over deze problematiek in het wetsvoorstel: Dortmund (2016), p. 402.
21. Commissie Corporate Governance (2016), p. 7, stelt in dit verband terecht: 'De taak om toezicht te houden ligt volgens de wet bij de niet uitvoerende bestuurders. Dit betekent dat overal waar in de Code een toezichthoudende rol aan de raad van commissarissen is toebedeeld, hier niet uitvoerende bestuurder kan worden gelezen.'
22. Er lijkt consensus te bestaan over het feit dat RvB/RvC en OTB verschillende uitwerkingen zijn van gelijkwaardige vormen van inrichting van bestuur en toezicht en dat er zelfs van een zekere convergentie kan worden gesproken. Dumoulin (2005), p. 269, spreekt over een ontwikkeling naar een one-and-a-half-tier-model. Timmerman (2009), p. 26, schrijft dat een RvC de facto samen met de RvB als een OTB kan functioneren. Ik zou menen dat omgekeerd de OTB zodanig kan worden ingericht dat de niet-uitvoerende bestuurders de facto als RvC functioneren.

van de uitvoerende bestuurders aan een eigen goedkeuring te onderwerpen. Ik zal op deze problematiek hierna meer in detail ingaan.²³

3.2.3.2 *Onbenoemde toezichtvormen, in het bijzonder in niet-commercieel groepsverband*

Het wetsvoorstel kent alleen de RvC en de OTB als toezichthoudende organen. De vrijheid van inrichting van de rechtspersoon is op het punt van toezicht in zoverre beperkt dat volgens het wetsvoorstel de toezichtstaak alleen aan deze organen kan worden toebedeeld. Dit stelsel roept het soort vragen op dat het wetsvoorstel beoogt te voorkomen, te weten vragen over de hanteerbaarheid van de regels. Wat gebeurt immers met onbenoemde toezichtsorganen, organen die met een toezichtstaak zijn belast maar die, al dan niet opzettelijk, niet zijn opgetuigd als RvC of OTB? De MvT zegt daarover: 'Wanneer in de statuten een orgaan van de rechtspersoon wordt ingesteld en daarbij aan dat orgaan de taak wordt toegekend om toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, is dat orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet (vgl. artikel 2:11 leden 1 en 2). Het orgaan heeft in dat geval de taken en de bevoegdheden die door de wet aan een raad van commissarissen worden toebedeeld.'²⁴ In dit standpunt klinkt door het oude departementale standpunt inzake de toetsing van statuten van N.V./B.V., volgens welk, kort gezegd, een statutair toezichthoudend orgaan als RvC had te gelden, ook al werd het orgaan in de statuten niet als zodanig benoemd of aangemerkt.²⁵

Wat is echter toezicht op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken? De enkele toekenning van de bevoegdheid tot goedkeuring van bestuursbesluiten zal van het goedkeuringsbevoegde orgaan misschien niet een toezichthoudend orgaan maken, maar bij een zware goedkeuringsbevoegdheid kan men een heel eind op weg zijn naar een toezichthoudende verhouding. Waar ligt het kantelpunt waar dispositieve statutaire controle overgaat in dwingend wettelijk toezicht?

Het probleem kent een bijzondere dimensie bij groepsstructuren. Het wetsvoorstel is toegesneden op de enkelvoudige rechtspersoon, maar de realiteit van menige rechtspersoon is dat hij in een groep is ingebed, waardoor de begrippen bestuur en toezicht een nogal verschillende lading hebben dan bij de enkelvoudige rechtspersoon. In deze structuren springt het instrumentele karakter van de onder toezicht staande rechtspersoon ten opzichte van de groep als geheel in het oog. De onder toezicht staande rechtspersoon bestaat om uitvoering te geven aan de doelstellingen waarvoor de groep bestaat. Bij N.V./B.V. is de groepsproblematiek enigszins uitgekristalliseerd, al kan er over een in dit verband wezenlijk begrip als 'controle' gefundeerd verschil van inzicht bestaan. Bij de niet-commerciële rechtspersonen is de groepsproblematiek niet minder belangrijk, maar het is de vraag hoe de toezichtfilosofie van het wetsvoorstel in deze verhoudingen geïmple-

23. Par. 3.3.3.

24. Wetsvoorstel, 3, p. 20.

25. 'Kennen de statuten aan één of meer personen de bevoegdheden toe die wettelijk aan de raad van commissarissen toekomen, dan moeten deze commissarissen worden genoemd. Er is dan een raad van commissarissen aan welk orgaan geen andere benaming mag worden gegeven.' (*Departementale Richtlijnen 1986 voor het beoordelen van oprichtingen en statutenwijzigingen van n.v.'s en b.v.'s met beperkte aansprakelijkheid*, par. 6.)

menteerd zal moeten worden. Een voorbeeld van deze structuren is de vereniging met afdelingen, die vooral bij landelijke organisaties van groot maatschappelijk belang is. Hoe moet de toezichtpositie van het bestuur van de hoofdvereniging worden verstaan? Ook in het stichtingsrecht zijn groepsstructuren aan de orde van de dag. Zou bij een dergelijke structuur in de statuten van de onder toezicht gestelde stichtingen bepaald kunnen worden dat de moederstichting tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de gang van zaken in de dochterstichtingen?

Bij het voorgaande komt dat de praktijk van het verenigings- en stichtingsrecht een grote diversiteit aan toezichthoudende organen laat zien die in menig opzicht een nog verdergaande toezichtsmacht hebben dan een RvC bij N.V./B.V. De toezichthoudende rechtspersoon kan in de meest vergaande gevallen beslissen over leven en dood van de onder toezicht staande rechtspersoon. Mij nu beperkend tot politieke verhoudingen, noem ik enkele voorbeelden van toezichtclausules genomen uit statuten en huishoudelijke reglementen van verschillende politieke partijen:

- ‘De provinciale afdeling heeft voorts onder meer tot taak (...) het toezicht op de gemeentelijke afdelingen binnen het werkgebied.’
- ‘Bemiddeling en toezicht 1. Indien een geleding van de partij handelt in strijd met de statuten, reglementen of besluiten van de partij, dan wel de partij op onredelijke wijze benadeelt of dreigt te benadelen, is het partijbestuur bevoegd maatregelen te nemen, zoals het buiten werking stellen van besluiten van partijgeledingen en het geven van aanwijzingen.’
- ‘Het partijbestuur houdt toezicht op de afdelingen en regio’s en geeft deze zo nodig hulp en aanwijzingen.’
- ‘Indien een orgaan²⁶ of lid van de partij handelt of dreigt te handelen in strijd met de statuten, reglementen of besluiten van de partij, dan wel de partij op onredelijke wijze benadeelt, is het partijbestuur bevoegd voor zover nodig besluiten van partijorganen buiten werking te stellen, aanwijzingen te geven en beperkingen aan te brengen in de uitoefening van rechten en functies.’

De maatschappelijke behoefte aan en de relevantie van dergelijke toezichtsorganen en -structuren lijken mij evident, maar hoe moeten zij in het stelsel van het wetsvoorstel worden ingepast? De meest voor de hand liggende interpretatie van het wetsvoorstel is dat deze toezichtsorganen – vaak het bestuur van de controlerende rechtspersoon – als RvC van de gecontroleerde rechtspersoon moeten worden aangemerkt. Maar deze interpretatie is onbevredigend. Zij denatureert de RvC zoals wij dit orgaan nu verstaan, omdat zij het orgaan een zeggenschapspositie toekent die het onder het geldende recht niet heeft. De interpretatie denatureert ook algemeen aanvaarde groepsstructuren, omdat de instrumentele positie van de gecontroleerde rechtspersoon ten opzichte van de doelstellingen van de groep, die de zorg moet zijn van bestuur en toezichthoudend orgaan van de controlerende rechtspersoon, vertroebeld wordt door de toekenning van een onduidelijke toezichtstaak aan een onduidelijk toezichtsorgaan. De interpretatie, die neerkomt op toekenning van de toezichtstaak aan de controlerende rechtspersoon, druist tot

26. Ik begrijp dat in deze vereniging ook een afdeling als orgaan geldt.

slot in tegen het gebod om de toezichtstaak alleen aan natuurlijke personen toe te bedelen (*art. 2:11 lid 1 BW*).²⁷

De problematiek van onbenoemde toezichtsorganen bij niet-commerciële groepsverhoudingen brengt een van de tekorten van het wetsvoorstel aan het licht. Want als een technische aanpassing van bestaande wetgeving wordt gepresenteerd, heeft dat inhoudelijke gevolgen die kennelijk niet zijn beoogd. De oorzaak ligt mijns inziens niet in een oplosbaar tekortschieten van de technische uitwerking, maar in een gebrek in de conceptie. Het wetsvoorstel miskent de rijke maatschappelijke diversiteit van onze non-profitsector en de vruchtbare flexibiliteit die met name ons verenigings- en stichtingsrecht kenmerkt en die een dergelijke diversiteit mogelijk heeft gemaakt. Het voorstel maakt ook niet inzichtelijk welke problemen algemeen aanvaarde en gebruikelijke toezichtstructuren in deze sector veroorzaken en hoe deze problemen in de nieuwe regeling worden opgelost.

3.3 Enkele uitwerkingen

In het voorgaande zijn de achtergronden van het wetsvoorstel geschetst. Ik behandel nu enkele concrete uitwerkingen. Ik probeer niet zozeer de gekozen onderwerpen in detail te behandelen, als wel te laten zien dat het wetsvoorstel niet tot de beoogde betere hanteerbaarheid van de regeling van het toezicht leidt.

3.3.1 De gerichtheid van de toezichthouder op het belang van de door de rechtspersoon in stand gehouden organisatie en het instrumentele karakter van de rechtspersoon

Bij N.V./B.V. bepaalt art. 2:140/250 BW sinds de grote herziening van het ondernemingsrecht in de zeventiger jaren van de vorige eeuw dat commissarissen bij de vervulling van hun taak zich dienen te richten naar 'het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming'. Deze gerichtheid in de taakuitoefening is in een later stadium gecodificeerd voor commissarissen van coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (art. 2:57 lid 2 BW) en voor bestuurders van N.V./B.V. (art. 2:129/239 lid 5 BW). Het wetsvoorstel trekt deze lijn door naar bestuurders en commissarissen van alle verenigingen en stichtingen. Voor alle bestuurders van alle rechtspersonen zal gelden dat zij zich in hun taakuitoefening dienen te richten naar 'het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie' (*art. 2:9 lid 3 en 2:11 lid 4 BW*). Deze veralgemenisering wortelt in het uitgangspunt van het wetsvoorstel 'dat wanneer er onvoldoende rechtvaardiging bestaat om voor de verschillende soorten rechtspersonen onderling afwijkende regels te hanteren, een uniforme regeling in de algemene bepalingen van Boek 2 BW de voorkeur verdient'.²⁸ Over de inhoudelijke rechtvaardiging van de hier besproken regel zegt het wetsvoorstel: 'Met de voorgestelde bepaling wordt voor alle rechtspersonen tot uitdrukking gebracht dat de bestuurders bij de vervul-

27. Overigens laat de in de tekst besproken problematiek zien dat een absoluut verbod op toekenning van de toezichtstaak aan een rechtspersoon onwenselijk is. Hierover recent: De Roo (2015).

28. Wetsvoorstel, 3, p. 20.

ling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen.²⁹

De gehoudenheid van bestuurders en toezichthouders om in de uitoefening van hun taak het belang van de rechtspersoon te dienen heeft iets vanzelfsprekends. Zoals hierboven is geschetst, is de taak van een orgaan van een rechtspersoon te verstaan vanuit het doel waarvoor de rechtspersoon bestaat. Elk orgaan draagt bij, vanuit een eigen positie ten opzichte van dat doel, aan de realisatie ervan. Voor bestuurders en toezichthouders spreekt het voor zich dat de uitoefening van hun taak op de realisatie van dat doel, en niet op het nastreven van persoonlijke belangen, gericht moet zijn. Deze gerichtheid ligt bovendien besloten in hun gehoudenheid tot een behoorlijke vervulling van hun taak, die gesanctioneerd wordt in de zin onmiddellijk voorafgaand aan de gerichtheidsbepaling (*art. 2:9 lid 3 en 2:11 lid 4 BW*).³⁰

Het is niet onjuist te zeggen dat een functionaris van de rechtspersoon zich moet richten naar het belang van de rechtspersoon. Maar deze manier van spreken brengt het risico van een verabsolutering van dat belang met zich mee. De concrete menselijke belangen die de bestaansredenen van de rechtspersoon vormen, verdwijnen achter een gehypostaseerde realiteit. In het N.V./B.V.-recht is dat risico werkelijkheid geworden in de vereenzelviging, bij de N.V./B.V. die een onderneming in stand houdt, van het belang van de vennootschap met 'het bestendige succes van de onderneming'.³¹ Deze verabsolutering past in de zogenaamde institutionele visie op de vennootschap, een visie die het huidige ondernemingsrechtelijke denken in Nederland overheerst, ondanks of vanwege het feit dat het begrip 'institutie' ondefinieerbaar blijkt, laat staan dat het zich met een minimum aan precisie juridisch laat hanteren.³² Het wetsvoorstel ademt deze institutionele geest. In de consultatie over het voorontwerp is opgemerkt dat bij de taakvervulling van bestuurders van stichtingen aansluiting zou moeten worden gezocht bij de concrete doelstelling die de stichting nastreeft, in het bijzonder zoals deze tot uitdrukking komt in het statutaire doel en dat in zoverre de wettekst de nadruk zou moeten leggen op het dienen van die specifieke belangen, in plaats van op het abstracte 'belang van de rechtspersoon'. De MvT zegt daarover: 'Deze suggestie is niet overgenomen. Reden daarvoor is dat de genoemde zienswijze niet goed te verenigen is met de geldende opvattingen over rechtspersoonlijkheid, welke opvattingen ook ten grondslag liggen aan de regeling van Boek 2 BW. Volgens deze opvattingen moet het belang van de rechtspersoon onderscheiden worden van het belang van degenen die bij de

29. De MvT zegt dit over de taakvervulling van bestuurders (Wetsvoorstel, 3, p. 11). Zie over commissarissen de opmerking in de volgende noot.

30. Over commissarissen zegt de MvT: 'Met de norm wordt *onder meer* [cursivering, BF] tot uitdrukking gebracht dat commissarissen bij de vervulling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen. Voor bestuurders geldt ingevolge het voorgestelde artikel 2:9 lid 3 een overeenkomstige norm.' (p. 22) De gecursiveerde woorden ontbreken in de toelichting op de taakgerichtheid van de bestuurders. Het tekstuele verschil lijkt meer te duiden op onduidelijkheid over de inhoud van de norm dan op onzorgvuldigheid in de redactie van de toelichting.

31. Deze formule, die aan de overigens uitmuntende dissertatie van De Jongh (2014) is ontleend, heeft de Hoge Raad in de *Cancún*-beschikkingen gecanoniseerd (HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286). (Ik ben bij de zaak als advocaat betrokken.) De Hoge Raad brengt nuanceringen in de formule aan die niet aan haar wezen afdoen. Zie daarover de *NJ*-annotatie van Van Schilfgaarde.

32. Zie de recente discussie tussen Timmerman (2014) en Raaijmakers (2015).

rechtspersoon betrokken zijn en van de deelbelangen die zij behartigen.³³ Voor bestuurders van stichtingen geldt evenzeer als voor bestuurders van andere rechtspersonen dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon. Daaraan doet niet af dat dit belang in overwegende mate bepaald kan worden door de statutaire doelstelling.³⁴

De ‘geldende opvattingen over rechtspersoonlijkheid’ waarnaar hier wordt verwezen zijn dat inderdaad: opvattingen. Het zijn doctrinaire categorieën. Zij liggen niet ‘ook’ ten grondslag aan ‘de regeling’ van Boek 2 BW. Het is juist dat zij rechtens ‘geldend’ zijn geworden, niet omdat zij een stevige positiefrechtelijke verankering hebben in Boek 2 BW, maar omdat er een collectieve overtuiging is gaan heersen dat ‘het belang van de rechtspersoon onderscheiden [moet] worden van het belang van degenen die bij de rechtspersoon betrokken zijn en van de deelbelangen die zij behartigen’. Deze overtuiging is aan Boek 2 BW vreemd. Voor zover er een opvatting ten grondslag ligt aan rechtspersoonlijkheid in Boek 2 BW, is die opvatting dat de rechtspersoon een instrument is dat de rechtsorde aan het individu ter beschikking stelt om *zijn* legitieme belangen te behartigen. Deze belangen kunnen van uiteenlopende aard zijn. De uiteenlopende aard van de betrokken belangen en van de wijzen waarop zij behartigd kunnen worden geven de wetgever aanleiding om verschillende soorten rechtspersonen dienstbaar te maken aan de autonomie van het individu. De verscheidenheid in verschijningsvormen maakt dat men in zekere zin niet over ‘de’ rechtspersoon kan spreken, maar over ‘rechtspersonen’ moet spreken. Bij al deze rechtspersonen is er in het geheel niets mis met het dienstbaar maken van de rechtspersoon aan eigen belangen van concrete individuen die bij de rechtspersoon zijn betrokken. Art. 2:53 BW brengt deze opvatting over rechtspersoonlijkheid op bijzonder heldere wijze voor de coöperatie tot uitdrukking wanneer het bepaalt dat de coöperatie zich ‘ten doel [moet] stellen in bepaalde stoffelijke behoeften van haar leden te voorzien’ (art. 2:53 lid 1 BW). Ook voor de stichting heeft het doel van de rechtspersoon, zoals dit met name in de statuten is verwoord, constitutieve betekenis, zoals onder meer blijkt uit art. 2:285 BW. Anders dan andere rechtsstelsels, ziet Boek 2 BW er geen bezwaar in dat zeer concrete persoonlijke belangen, bijvoorbeeld van de oprichter of zijn familie, met de stichting worden gediend. Voor de vereniging zegt art. 2:26 BW dat zij ‘is gericht op een bepaald doel’ anders dan de doelen die gediend worden door de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. Dat doel kan ook zijn – en is ook niet zelden in de praktijk – de bediening van persoonlijke belangen van de leden, zoals bijvoorbeeld in de vereniging van appartementseigenaren, die in wezen niets anders is dan een technische uitwerking van collectief eigendom.³⁵ De onderlinge waarborgmaatschappij is volgens art. 2:53 BW een vereniging die als specifiek doel heeft ‘ten behoeve van haar leden’ het verzekeringsbedrijf uit te oefenen. Voor N.V./B.V. is het instrumentele karakter niet minder kenmerkend. Als art. 2:64 BW³⁶ zegt dat de ‘naamloze vennootschap een rechtspersoon [is] met een in overdraagbare aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal’, klinkt hierin door de omschrijving van art. 2:36 BW van het WvK volgens welke ‘de naamloze vennootschap de vennoot-

33. Het wetsvoorstel verwijst hier naar Asser/Kroeze (2015), nr. 15-16 en 27-29 en Assink (2013), par. 3.3.

34. Wetsvoorstel, 3, p. 11-12.

35. Het uitkeringsverbod van art. 2:26 lid 3 BW doet aan de mogelijke gerichtheid van de vereniging op de belangen van de leden niet af.

36. Voor de B.V. geldt m.m. hetzelfde (art. 2:174 BW).

schap [is] met een in aandelen verdeeld maatschappelijk kapitaal'. De terechte verschuiving van contract in het WvK naar rechtspersoon in Boek 2 BW laat echter het vennootschappelijke karakter van de N.V., en daarmee de principiële gerichtheid op de legitieme belangen van alle aandeelhouders (de 'vennoten'), onverlet. Het dogma, dat het belang van de rechtspersoon 'onderscheiden' moet worden van de belangen van degenen die bij de rechtspersoon zijn betrokken, leidt in het rechtsdenken tot het verketteren van de these dat de rechtspersoon dienstbaar is aan de persoonlijke legitieme belangen van degenen die daarbij zijn betrokken, en in laatste instantie van de privéautonomie van het individu. In het proces van wetgeving leidt het tot amorphe rechtsregels. In de rechtstoepassing resulteert het in de omvorming van rechtsnormen in retorische middelen, die tegengesteld is aan de rechtszekerheid en de bruikbaarheid van de regels die het wetsvoorstel nastreeft.³⁷

Voor zover men in termen van onderscheiding van belangen zou willen spreken, zou men bij de altruïstische rechtspersonen³⁸ inderdaad kunnen zeggen dat de rechtspersoon een eigen belang heeft dat onderscheiden moet worden van het persoonlijke belang van de betrokkenen. De weldoener die een museum aan de gemeenschap ter beschikking wil stellen en daarvoor een stichting opricht, brengt met de oprichting een scheiding aan tussen zijn persoon en het museum. Maar omdat onze rechtsorde de weldoener volkomen vrij laat in de wijze waarop hij het goede wil doen, mag hij aan deze scheiding allerlei gradaties geven. Hij kan de stichting zodanig inrichten dat hij geen enkele bemoeienis heeft met de wijze waarop het museum in stand moet worden gehouden. De functionarissen van de stichting zijn in dat geval geheel autonoom in de verwezenlijking van het doel van de stichting. Maar de oprichter kan net zo goed in de statuten bepalen dat in de vervulling van hun taak bestuurders en commissarissen zich dienen te richten naar de meest concrete aanwijzingen van de weldoener, wat in het meest vergaande geval kan uitmonden in de sluiting van het museum op het moment dat de oprichter het wenselijk vindt. Bestuurders en commissarissen zijn dan gehouden deze aanwijzingen te volgen zolang zij rechtmatig zijn. De autonomie van bestuurders en commissarissen als functionarissen van de rechtspersoon is in zoverre begrensd door de wijze waarop de oprichter wenst dat het doel van de rechtspersoon wordt verwezenlijkt.³⁹ De onderscheiding tussen het belang van de rechtspersoon en het belang van de oprichter, zoals deze onderscheiding door het wetsvoorstel wordt gedacht als beperking van de autonomie van de gebruikers van de rechtspersoon, heeft in deze constellatie geen praktische zin.

Wat het wetsvoorstel in de veralgemenisering van de taakgerichtheid van bestuurders en commissarissen als een technische codificatie van geldend recht presenteert,

37. Het ligt aan het heersende institutioneel denken dat de MvT vaak niet verder kan komen dan abstracte toelichtingen als: 'Met de aanduiding «de daaraan verbonden onderneming of organisatie» wordt tot uitdrukking gebracht dat ook wanneer een rechtspersoon geen onderneming drijft, toch sprake kan zijn van een in dit kader relevant samenstel van belangen.' (Wetsvoorstel, 3, p. 11).

38. In het kader van deze bijdrage kan men ook kortweg spreken van niet-commerciële rechtspersonen.

39. Van Uchelen-Schipper (2016), p. 9, heeft voorgesteld dat de wet aan het toezichthoudende orgaan een aantal bevoegdheden dwingend toekent, onder meer die tot goedkeuring van het besluit tot statutenwijziging. Voor een dergelijke beperking van de inrichtingsautonomie van de oprichter is echter geen reden. Het is aan de oprichter, of in voorkomend geval aan het orgaan dat zeggenschap heeft over de statutaire inrichting van de stichting, te bepalen wie zeggenschap behoort te hebben over een wijziging van de statuten.

is beladen met het institutionele denken dat opgeld doet in ons huidige N.V./B.V.-recht. Het zou vooral voor het verenigings- en stichtingsrecht een betreurenswaardige verarming zijn als dat denken ook bij de niet-commerciële rechtspersonen wortel zou schieten.

3.3.2 Aansprakelijkheid van toezichthouders bij niet-commerciële rechtspersonen

De aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement van de rechtspersoon is in de huidige wet beperkt tot, kort gezegd, rechtspersonen die een onderneming drijven (art. 2:50a/138/248/300a BW). Aan deze beperking ligt een weloverwogen keuze van de wetgever ten grondslag. Het wetsvoorstel breekt met deze keuze en breidt deze aansprakelijkheid uit tot bestuurders en commissarissen van alle rechtspersonen, ongeacht of zij een onderneming drijven (*art. 2:9c en 2:11c BW*). Deze uitbreiding is een van de veranderingen waar de beperkingen van de uniformeringsgedachte van het wetsvoorstel het duidelijkst zichtbaar zijn. De toepasselijkheid van het aansprakelijkheidsregime op niet-commerciële rechtspersonen wordt als volgt gemotiveerd: 'Ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders en commissarissen zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim. De curator dient dan adequate middelen te hebben om de geleden schade te verhalen op de bestuurders en commissarissen die hun taken ernstig hebben verzuimd.'⁴⁰ De motivering is niet overtuigend. Dat het bij niet-commerciële rechtspersonen 'kan voorkomen' dat de wantoestanden zich voltrekken die hier worden geschetst, is zeker niet uit te sluiten. Dat de beoogde uitbreiding van het aansprakelijkheidsregime een van de 'adequate middelen' is om deze toestanden te bestrijden, zou men ook voor mogelijk kunnen houden. De vraag is of hier geen muggen met kanonskogels worden afgeschoten. Is er werkelijk een maatschappelijke behoefte aan de regel? Zijn de fraudes en ernstige taakverzuimen die het wetsvoorstel voorspiegelt dagelijkse praktijk of incident?⁴¹ De regel tekent de geest van het wetsvoorstel. Leidende gedachte is niet dat een aanwijsbare maatschappelijke realiteit om een ingreep van de wetgever verlegen zit, maar dat alle rechtspersonen, ongeacht hun maatschappelijke realiteit, uniform moeten worden geregeld. De positie van een onbezoldigde bestuurder of commissaris bij een niet-commerciële rechtspersoon is echter, wat betreft zijn bereidheid om persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's te aanvaarden, een principiële andere dan die van een bezoldigde bestuurder of commissaris bij een commerciële rechtspersoon. De persoonlijke beloning, de verzekeringsmogelijkheden en de professionaliteit van de organisatie maken, naast andere factoren, dat wat voor

40. Wetsvoorstel, 3, p. 7.

41. De Raad van State heeft twijfels geuit over de wenselijkheid van de uitbreiding van het aansprakelijkheidsregime naar bestuurders en commissarissen van niet-commerciële rechtspersonen. Het kabinet heeft daarover opgemerkt: 'Mede in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen waarbij de rechtsvormen van de (commerciële en niet-commerciële) vereniging en de stichting in toenemende mate gebruikt worden door professionele organisaties, meent het kabinet dat de rechtsvorm daarbij niet langer beslissend dient te zijn voor het toepasselijke aansprakelijkheidsregime.' (Wetsvoorstel, 4, p. 10.) Voor zover de 'maatschappelijke ontwikkelingen' al aanleiding zouden kunnen zijn tot wetgeving, lijkt deze nogal onbestemde aanleiding alleen te bestaan bij de evenmin al te scherp afgebakende 'professionele organisaties' en zou het toepassingsbereik van het wetsvoorstel tot deze probleemgroep beperkt moeten zijn.

een doorsneebestuurder van een B.V. vaak acceptabel zal zijn, voor een doorsneebestuurder van een vereniging of stichting vaak onaanvaardbaar zal zijn. Het wetsvoorstel maakt niet duidelijk waarom het een onmiskenbaar voordeel is dat een aansprakelijkheidsregime dat tot nu toe alleen bedacht was voor bestuurders en commissarissen van commerciële rechtspersonen voortaan ook voor niet-commerciële rechtspersonen heeft te gelden.

Het wetsvoorstel onderkent dat de uitbreiding van het aansprakelijkheidsregime een *chilling effect* kan hebben, doordat het vrijwilligers ervan weerhoudt deel te nemen aan het bestuur en toezicht van niet-commerciële rechtspersonen.⁴² De maatschappelijke realiteit van ons land is van deze rechtspersonen doortrokken en het is inderdaad een terechte zorg dat mensen bestuur- en toezichtfuncties vanwege het aansprakelijkheidsrisico mogelijk zullen afwijzen. Voor deze mensen is het argument, dat het aansprakelijkheidsrisico alleen hypothetisch is, unfair. Het lijkt mij dat het al prijzenswaardig genoeg zou moeten zijn dat mensen bereid zijn hun talenten in een niet-commerciële omgeving in te zetten. Dat geldt ook in de regel, die het uitgangspunt van het wetsvoorstel zou moeten zijn, wanneer zij daarvoor een beloning ontvangen, omdat deze niet zelden onvergelijkbaar lager zal zijn dan wat zij in een commerciële omgeving zouden ontvangen. Het aansprakelijkheidsrisico is een negatieve prikkel voor deze inzet.

Kern van het aansprakelijkheidsregime van art. 2:138/248 BW zijn de wettelijke vermoedens van lid 2. Deze vermoedens vormen een verlichting van de bewijspositie van de curator en een verzwaring van het aansprakelijkheidsrisico van de betrokken bestuurders en commissarissen. Het wetsvoorstel stelt deze kernbepaling buiten toepassing voor onbezoldigde bestuurders en commissarissen van niet-commerciële rechtspersonen (*art. 2:9c lid 2 BW*). Deze buitentoepassingverklaring bevestigt de dubieuze zin van de uitbreiding van het aansprakelijkheidsregime. Wat via de voordeur van de uitbreiding wordt binnengelaten, wordt via de achterdeur van de uitschakeling van de wettelijke vermoedens weer buitengezet. De misstanden die het wetsontwerp zegt te willen bestrijden zullen bestreden moeten worden zonder het belangrijkste instrument, namelijk de vermoedens van lid 2. De curator zal het moeten doen met de vaststelling dat er sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur/toezicht en dat het aannemelijk is dat dit bestuur/toezicht een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Maar zouden de frauduleuze gevallen waarvoor de uitbreiding kennelijk bedoeld is niet beter bestreden kunnen worden met een actie uit onrechtmatige daad?

De uitbreiding laat tot slot ook in haar uitwerking de grenzen van de uniformeringsdrift van de wetgever zien. De uitbreiding is mede bedoeld voor bestuurders en commissarissen van informele verenigingen. Voor deze rechtspersonen kent art. 2:30 lid 2 BW al een aansprakelijkheidsregime dat, voor zover valt na te gaan, niet tot problemen in de rechtspraak heeft geleid. Het artikel bepaalt: 'De bestuurders zijn hoofdelijk naast de vereniging verbonden voor schulden uit een rechtshandeling die tijdens hun bestuur opeisbaar worden. Na hun aftreden zijn zij voorts hoofdelijk verbonden voor schulden, voortspuitend uit een tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling, voor zover daarvoor niemand ingevolge de vorige zin naast de vereniging is verbonden. Aansprakelijkheid ingevolge een der voorgaande zinnen rust niet op degene die niet tevoren over de rechtshandeling

42. Wetsvoorstel, 3, p. 18.

is geraadpleegd en die heeft geweigerd haar, toen zij hem bekend werd, als bestuurder voor zijn verantwoording te nemen. Ontbreken personen die ingevolge de eerste of tweede zin naast de vereniging zijn verbonden, dan zijn degenen die handelden, hoofdelijk verbonden.' Wat voegt de aansprakelijkheidsregel van het wetsvoorstel aan dit regime toe? In contrast met de 'uitbreiding' bij de informele vereniging blijft fraude door bestuurders van een kerkgenootschap buiten het toepassingsbereik van het wetsvoorstel.⁴³ Zou het wetsvoorstel niet moeten verantwoorden waarom crediteuren van een kerkgenootschap de bescherming moeten ontberen die crediteuren van alle andere Nederlandse rechtspersonen wel hebben? Het feit dat het kerkgenootschap door het eigen statuut wordt geregeerd (art. 2:2 BW) is daartoe in ieder geval onvoldoende reden. Ook rechtspersonen die door buitenlands recht worden geregeerd en hun bestuurders kunnen onderworpen zijn aan het aansprakelijkheidsregime van art. 2:138/248 BW (art. 10:121 BW). Overigens wijs ik op deze inconsistenties in het aansprakelijkheidsregime in de non-profitsector om de in mijn ogen negatieve gevolgen te tonen van de door de ontwerpers beoogde uniformering van de regeling, en niet om te betogen dat de uitbreiding ook bij informele verenigingen en kerkgenootschappen consequent zou moeten worden doorgetrokken.

3.3.3 Goedkeuring van bestuursbesluiten door de OTB

Het is eigen aan de taak van een toezichthouder dat hij handelingen van de onder toezicht gestelde goed- of afkeurt. In het rechtspersonenrecht uit dit zich in de bevoegdheid van het toezichthoudende orgaan om besluiten van het besturende orgaan goed te keuren. De wet brengt dit in het structuurregime tot uitdrukking door aan de RvC de bevoegdheid toe te kennen om besluiten van de RvB goed te keuren (art. 2:164/274 BW). Deze bevoegdheid van commissarissen moet tevens als een verplichting van de bestuurders worden verstaan om zich tegenover de commissarissen ter zake van die besluiten te verantwoorden. Deze verhouding tussen toezicht houden en besturen, tussen commissarissen en bestuurders, verklaart zich met een zekere vanzelfsprekendheid wanneer toezicht en bestuur aan onderscheiden organen toekomen. De verhouding heeft in de OTB iets problematisch. Het is een wijdverbreide visie dat 'het niet mogelijk is om in de statuten een goedkeuringsbevoegdheid toe te kennen aan de gezamenlijke niet-uitvoerende bestuurders binnen een OTB'.⁴⁴ Aan deze visie ligt de idee ten grondslag dat de OTB één orgaan is waarin de dualiteit van taken (besturen en toezicht houden) de uniciteit van het orgaan onverlet laat.

Deze visie lijkt mij onjuist.

Het geldende recht biedt in de eerste plaats de ruimte om statutaire voorzieningen te treffen die neerkomen op een toekenning van een goedkeuringsrecht voor de niet-uitvoerende bestuurders, bijvoorbeeld door middel van ad hoc aandelen. Art. 2:129/239 lid 3 BW bepaalt dat besluiten van het bestuur onderworpen kunnen worden aan goedkeuring van een orgaan van de vennootschap. Orgaan in de zin van art. 2:129/239 BW is een orgaan als bedoeld in art. 2:78a/189a BW. Een van de

43. Een enkele keer is in de rechtspraak art. 2:9 BW van toepassing geacht op een bestuurder van een kerkgenootschap (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:8773). Uit art. 2:2 BW volgt echter dat art. 2:9 BW niet van toepassing is.

44. Lennarts/Roest (2016), p. 122, met nadere verwijzingen.

organen als bedoeld in deze laatste artikelen is de vergadering van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding. De statuten kunnen bepalen dat aan een bepaald soort aandelen de bevoegdheid verbonden is om de gewenste besluiten van het bestuur goed te keuren. Aan deze aandelen kan de kwaliteitseis worden verbonden dat houders van de aandelen alleen niet-uitvoerende bestuurders kunnen zijn. Deze kwaliteitseis past bij uitstek bij aandelen waaraan de goedkeuringsbevoegdheid van art. 2:129/239 BW is verbonden. Het goedkeuringsrecht kan ook worden vormgegeven langs de lijnen van een versterkt stemrecht voor de niet-uitvoerende bestuurders op grond van lid 2 van art. 2:129/239 BW. Het is ongerijmd de goedkeuringsbevoegdheid van niet-uitvoerende bestuurders langs verschillende wegen te openen en langs de meest aangewezen weg, de taakverdeling tussen niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders, te sluiten.

In de tweede plaats leidt de verabsolutering van de uniciteit van de OTB als orgaan tot de bedenkelijke uitkomst dat bij de bepaling van het resultaat van het handelen van het orgaan, namelijk het besluit, afgezien wordt van de verschillende taken en posities die de wet aan de verschillende leden van het orgaan toekent. Zo heeft de minister in verband met structuurvennootschappen verklaard: 'In de praktijk is [het ontbreken van een goedkeuringsrecht van de niet-uitvoerende bestuurders] echter geen bezwaar omdat de bestuursbesluiten in de zin van artikel 164 in het monistische bestuursstelsel worden genomen door alle bestuurders – uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders – gezamenlijk.'⁴⁵ Deze uitkomst plaatst de wetstoepasser voor onoplosbare dilemma's: als de besluiten door alle bestuurders gezamenlijk worden genomen, hoe te onderscheiden tussen de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van de verschillende bestuurders? Wat weegt daarbij zwaarder: het soort bestuurderschap (niet-uitvoerend/uitvoerend) of het soort stem (voor/tegen)?⁴⁶

Belangrijker in de context van deze bijdrage is tot slot dat de unitaire visie op de OTB de toezichtstaak van de niet-uitvoerende bestuurders, en daarmee het wezen van de OTB, miskent. Het wezen van de OTB is gelegen in de taakscheiding tussen niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders. Als de uitvoerende bestuurders hun zin kunnen doorzetten tegen een uitdrukkelijk besluit van de niet-uitvoerende bestuurders, blijft van de toezichtstaak van de niet-uitvoerende bestuurders, en daarmee van de OTB, weinig over. Het probleem wordt niet principieel opgelost door een meerderheid van niet-uitvoerende bestuurders in de OTB zitting te laten nemen.

45. *Kamerstukken II 2008/09, 31763, 6, p. 28.* De problematiek van de goedkeuringsbevoegdheid van de niet-uitvoerende bestuurders heeft bij de structuurvennootschap eigen normatieve accenten in verband met de wettelijke goedkeuringsbevoegdheid van de RvC krachtens art. 2:164/274 BW. Bij gelegenheid van de invoering van de OTB in onze wetgeving, heeft de minister opgemerkt dat art. 2:164/274 BW 'naar zijn aard' niet van overeenkomstige toepassing kan worden verklaard op structuurvennootschappen met een OTB (t.a.p.). Deze visie is naderhand verlaten, wat reeds te denken geeft over de geponeerde aard van art. 2:164/274 BW. Art. 2:164a/274a lid 4 BW bepaalt nu dat bij structuurvennootschappen met een OTB de in art. 2:164/274 BW bedoelde besluiten de goedkeuring vereisen van de meerderheid van de niet-uitvoerende bestuurders. Maar de visie blijft in zoverre gehandhaafd dat lid 3 van hetzelfde artikel toch verbiedt dat de goedkeuringsbevoegdheid van de niet-uitvoerende bestuurders ingesteld wordt door middel van een taakverdeling in de OTB. Lid 3 en 4 behelzen een antinomie.

46. Zie voor enkele van deze dilemma's in verband met het meervoudige stemrecht van bestuurders Schoonbrood/Meppelink (2016).

Het axioma dat de OTB één orgaan is, en de implicatie dat alle besluiten van de OTB de gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle bestuurders zijn, moet worden genuanceerd. Een orgaan bestaat in het rechtspersonenrecht bij de gratie van zijn functie.⁴⁷ In het stelsel van onze wet is de OTB weliswaar als één orgaan gestructureerd, maar dit laat onverlet dat de wet de OTB anders structureert dan het gewone bestuur. In het gewone bestuur heeft het orgaan slechts een uitvoerende taak en er is geen principieel verschil in de positie van de afzonderlijke leden. De OTB wordt daarentegen gekenmerkt door de wettelijke scheiding van uitvoerende en toezichtstaak en door de toekenning van deze laatste taak aan alleen een deel van de leden. Om recht te doen aan de eigen aard van de OTB moet men de zelfstandigheid van de toezichtstaak onderkennen. De toekenning van de toezichtstaak aan de niet-uitvoerende bestuurders plaatst deze bestuurders, wat de uitoefening van deze taak betreft, in een principieel andere positie dan de uitvoerende bestuurders. Een positie die, zoals de MvT van het wetsvoorstel terecht opmerkt, te vergelijken is met die van commissarissen.⁴⁸ In de uitoefening van de toezichtstaak vormen de niet-uitvoerende bestuurders een van de gehele OTB te onderscheiden eigen orgaan. Het is zeer wel mogelijk, en het past zeer goed bij de toezichtstaak van deze bestuurders, dat aan hen alleen het recht wordt toegekend om besluiten van de overige, uitvoerende bestuurders goed te keuren.⁴⁹

Assink heeft in dit verband terecht opgemerkt: 'Niet valt zonder gekunstelde of semantische foefjes goed in te zien hoe niet-uitvoerende bestuurders tegelijkertijd als bestuurder mede besluiten kunnen nemen c.q. beleid kunnen initiëren/voeren en gelijk een commissaris daarop – en daarmee op zichzelf – toezicht kunnen uitoefenen. Volwaardig bestuur en "commissaris-toezicht" daarop (als bedoeld in art. 2:140/250 BW) gaan in die zin niet samen.'⁵⁰ Deze onmogelijkheid wordt niet opgelost wanneer het lidmaatschap van de OTB als bestuursorgaan wordt benadrukt ten koste van de toezichtstaak van de niet-uitvoerende bestuurders. De positie van de niet-uitvoerende bestuurders wordt gekenmerkt door de bijzondere taak die de wet hen toekent en niet door hun lidmaatschap van het bestuur. Niet de bestuursstaak van *art. 2:9 lid 1 BW*, maar de toezichtstaak van *art. 2:9a lid 1 BW* doet de niet-uitvoerende bestuurder niet-uitvoerend bestuurder zijn. Het benadrukken van het lidmaatschap van het bestuur van de niet-uitvoerende bestuurders leidt hetzij tot een verzwakking van hun toezichthoudende functie, hetzij tot onderscheidingen binnen de bestuursstaak, zoals het onderscheid tussen 'dagelijks' en 'niet-dagelijks' bestuursbeleid, die geen steun vinden in de bestuursopdracht van *art. 2:9 lid 1 BW* en die in de rechtspraktijk, in het bijzonder bij vennootschappen in groepsverband, moeizaam te implementeren zullen zijn.

De aanvaarding van de eigenstandigheid van het door niet-uitvoerende bestuurders gevormde orgaan binnen de OTB verklaart niet alleen de mogelijkheid van toekenning van een goedkeuringsbevoegdheid aan het door deze leden alleen gevormd orgaan, maar helpt ook bij de bepaling van andere aspecten van de rechtspositie van de niet-uitvoerende bestuurders, zoals hun verantwoordelijkheid en aanspra-

47. Blanco Fernández (2016), p. 19 e.v., in het bijzonder over de OTB p. 34 e.v.

48. 'De uitvoerende bestuurders in het monistische model vervullen dezelfde taken als de bestuurders in het traditionele dualistische bestuursmodel. (...) De niet-uitvoerende bestuurders zijn te vergelijken met commissarissen.' Wetsvoorstel, 3, p. 15.

49. In deze zin ook de Commissie Corporate Governance (2016), p. 8, en Nowak (2016).

50. Assink (2009), p. 141.

kelijkheid ter zake van het gevoerde beleid. Zo is de positie van uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders ten aanzien van een besluit, wat betreft hun respectievelijke bevoegdheid, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid, beter te verklaren indien ter zake van dat besluit onderscheid wordt gemaakt tussen de twee groepen, en iedere groep volgens een eigen regime wordt behandeld. De uitvoerende bestuurders nemen in de uitoefening van de bestuurstaak een bestuursbesluit waarvoor zij de verantwoordelijkheid dragen die eigen is aan de taak en rol als bestuurder. De niet-uitvoerende bestuurders keuren het bestuursbesluit goed of af en dragen daarvoor de verantwoordelijkheid die eigen is aan een toezichthouder.

3.3.4 Stemrechtverhoudingen binnen RvC en OTB

De taakuitoefening van het toezichthoudende orgaan zal zich vaak manifesteren in besluitvorming. Bij de besluitvorming zijn stemrechtverhoudingen binnen het orgaan van doorslaggevend betekenis, en de praktijk laat zien hoezeer de gebruikers van de rechtspersoon aan de door hen gewenste verhoudingen hechten. Voor de RvC van N.V./B.V. bepaalt art. 2:140/250 lid 4 BW dat de statuten kunnen bepalen dat aan een met name of in functie aangeduide commissaris meer dan één stem kan worden toegekend en dat een commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de andere commissarissen tezamen. Dezelfde regel geldt m.m. voor de OTB (art. 2:129/239 lid 2 BW). Het wetsvoorstel veralgemeniseert de regel voor alle rechtspersonen (*art. 2:9 lid 4 en 2:11 lid 5 BW*). De toelichting is laconiek over de veralgemenisering: 'Omdat de regels zich lenen voor toepassing bij alle rechtspersonen, worden zij met dit wetsvoorstel opgenomen in het algemene gedeelte. Inhoudelijk blijft de regel ongewijzigd.'⁵¹

De regel over meervoudig stemrecht in het toezichthoudende orgaan van N.V./B.V. kan alleen zonder inhoudelijke wijziging op alle rechtspersonen van toepassing worden verklaard wanneer men aanneemt dat dit een regel is van dwingend rechtspersonenrecht, en daarbij abstraheert van de bijzonderheden die zich bij de verschillende soorten rechtspersonen kunnen voordoen. De regel is echter reeds in het N.V./B.V.-recht zonder praktische zin, omdat het resultaat dat zij beoogt te verbieden op legitieme wijze kan worden bereikt door het aantal orgaanzetels naar wens te verdelen. De regel is bovenal inhoudelijk onzinnig in tal van verhoudingen. Bij de stichting is het ongerijmd dat de oprichter enerzijds, terecht, nagenoeg onbeperkte vrijheid heeft om de stichting naar eigen inzicht in te richten, maar dat hij anderzijds gedwongen wordt dit soort zinloze regels in acht te nemen. Bij de rechtspersonen met een ledensubstraat is het niet in te zien waarom de verhouding tussen aandeelhouders en leden in de algemene vergadering niet een getrouwe weerspiegeling zou kunnen vinden in de verdeling van de stemrechten binnen het toezichthoudende orgaan, ongeacht het aantal zetels in het orgaan. De eis dat die verdeling vormgegeven wordt door middel van het aantal zetels, in plaats van door middel van het aantal stemmen dat aan een zetel is verbonden, is niet een eis van onze rechtsorde, maar een implicatie van een te rigide opvatting van het beginsel van collectieve verantwoordelijkheid van de orgaanleden.

De problematiek van de stemrechtverhoudingen heeft bij de OTB bijzondere accenten wanneer alle leden van de board één stem hebben. De vraag is gesteld hoe de

51. Wetsvoorstel, 3, p. 22 (over de RvC; een soortgelijke verklaring wordt gegeven voor de RvB (p. 12)).

toezichthoudende taak van de niet-uitvoerende bestuurders zich bij besluiten van de board kan doorzetten. De problematiek is door Timmerman als volgt verwoord: 'Een belangrijke vraag is hoe krachtig de niet-uitvoerende bestuurders toezicht kunnen uitoefenen op de uitvoerende bestuurders. Als de niet-uitvoerende bestuurders in het bestuur in de meerderheid zijn, is er geen probleem. De niet-uitvoerende bestuurders trekken aan het langste eind. Zoals al aangeduid, schrijft de Code Corporate Governance dit voor voor beursvennootschappen. Als de niet-uitvoerende bestuurders in de minderheid zijn, is er wel een probleem. Dan zou het toezicht uiteindelijk wel eens minder effectief kunnen zijn dan in het raad van commissarissen-model.'⁵² De these dat de effectiviteit van het toezicht door de niet-uitvoerende bestuurders afhankelijk zou zijn van hun getalsmatige verhouding tot de uitvoerende bestuurders lijkt mij echter onjuist. De wet stelt niet het vereiste van een getalsmatige meerderheid van niet-uitvoerende bestuurders. De effectiviteit van hun taakvervulling hangt niet af van hun getalsmatige verhouding tot de bestuurders waarop ze toezicht moeten houden, maar van de betekenis die men toekent aan de toezichtstaak van de niet-uitvoerende bestuurders. Deze taak is bepalend voor de positie van de OTB als geheel. Ook wanneer de uitvoerende bestuurders in de meerderheid zijn, moeten zij aanvaarden, om recht te doen aan de taak van de niet-uitvoerende bestuurders, dat zij gebonden zijn aan een besluit dat deze laatsten in de uitoefening van hun taak nemen. Het principe dat ten grondslag ligt aan art. 2:164a/274a lid 4 BW voor de OTB van structuurvennootschappen, dat goedkeuringsbesluiten in de zin van art. 2:164/274 BW genomen moeten worden met de meerderheid van de stemmen van de niet-uitvoerende bestuurders, geldt in zoverre ook voor one tier boards van niet-structuurvennootschappen. Het zou voorts ongerijmd zijn, gegeven de equivalentie van het toezicht tussen het RvC-model en het OTB-model, dat toezicht op een uit twee bestuurders bestaande RvB door een uit één commissaris bestaande RvC wel effectief moet worden geacht en toezicht binnen een OTB door de enige niet-uitvoerende bestuurder op de twee uitvoerende bestuurders niet.

3.3.5 De raadgevende stem van bestuurders en commissarissen

Het wetsvoorstel verklaart de N.V./B.V.-regel, dat bestuurders en commissarissen een raadgevende stem hebben in de algemene vergadering (art. 2:117/227 BW), van toepassing op alle rechtspersonen (*art. 2:9 lid 7 en 2:11 lid 9 BW*). De toelichting zegt over de regel: 'De ratio van de raadgevende stem is dat de commissarissen in de gelegenheid worden gesteld om hun visie op de door de algemene vergadering voorgenomen besluiten te doen blijken, zodat de aandeelhouders of leden daarmee rekening kunnen houden.'⁵³

De toelichting geeft aan de regel de zin van een dienst aan de leden, namelijk dat zij rekening kunnen houden met het advies van de commissarissen. Zo verstaan, is de regel te billijken en zou de discussie zich kunnen beperken tot de vraag of het noodzakelijk is dat de wet een verplichting codificeert die al besloten ligt in de toezichtstaak van de commissarissen (de verplichting om aandeelhouders desgevraagd voor te lichten over een onderwerp dat ter vergadering wordt besproken).

52. Timmerman (2009), p. 26-27.

53. Wetsvoorstel, 3, p. 24.

De regel wordt echter in haar toepassing niet als een dienst aan de leden verstaan, maar als een recht van bestuurders en commissarissen. De regel heeft vooral praktische zin gekregen in de besluitvorming van de algemene vergadering over het ontslag van bestuurders, wat een schoolvoorbeeld is van een situatie waarin de bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de rechtspersoon en dat uit de aard van de verhouding zou moeten betekenen dat de bestuurder de vergadering niet adviseert.

Indien de deelnemers met algemene stemmen geen prijs stellen op voorlichting, verandert de verplichte deelname van bestuurders en commissarissen aan de vergadering van een dienst die aan de leden wordt aangeboden in een verplichting die aan hen wordt opgelegd. Deze verplichting is in strijd met hun autonomie. Het is niet in te zien waarom zij gedwongen moeten worden een voorlichting te ontvangen die zij mogelijk niet wensen. De regel is in het bijzonder een zinloze formaliteit bij een eenpersoons-N.V./B.V., nog meer wanneer de besluitvorming buiten vergadering plaatsvindt. De regel brengt bovendien disproportioneel veel kosten met zich indien alle normadressaten de norm met de ernst zouden opvatten die eigen zou moeten zijn aan een dwingende wetsbepaling.

De veralgemenisering van de norm tot de vereniging doet ook invoeringsvragen rijzen. In het geval van de vergaderingen van bijzondere aandelen in N.V./B.V. heeft de wetgever zich in bochten moeten wringen om te concluderen dat de regel toch niet van toepassing is.⁵⁴ In het geval van verenigingen met afdelingen zullen soortgelijke vragen ontstaan over de adviserende stem van de bestuurders en commissarissen van het hoofdbestuur in de algemene vergadering van de afdelingen. Omgekeerd kan de vraag rijzen naar de verplichte deelname van bestuurders en commissarissen van de afdeling aan de algemene vergaderingen van de hoofdvereniging. Het antwoord op al deze vragen is dat de wetgever hierover beter kan zwijgen. Het is niet aan hem te bepalen hoe deze verhoudingen in alle rechtspersonen in het land behoren te zijn, het is aan elke rechtspersoon zelf om dat uit te maken.

3.3.6 Het ontslag door de rechter van bestuurders en commissarissen van een stichting

De huidige regeling van de stichting kent verschillende mogelijkheden om de rechterlijke macht te vragen in de inrichting of de gang van zaken van een stichting te interveniëren. De rechter kan in bepaalde gevallen de statuten wijzigen (art. 2:294 BW), het bestuur van de stichting aanvullen (art. 2:299 BW), de bestuurders ontslaan (art. 2:298 BW) en de stichting ontbinden (art. 2:301 BW). Het Openbaar Ministerie kan bij ernstige twijfel of de wet en de statuten te goeder trouw worden nageleefd inlichtingen verzoeken (art. 2:297 BW). Bestuurders en commissarissen van commerciële stichtingen kunnen in geval van faillissement van de stichting aansprakelijk zijn wegens onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:300a BW). Dit wettelijke instrumentarium wordt aangevuld met de ruime uitleg die de rechterlijke macht bereid is te geven aan zijn bevoegdheden op dit punt wanneer zich een

54. Nowaki/Mennens (2012), p. 543-544.

concrete behoefte voordoet, zodanig dat men, althans bij commerciële stichtingen, van een zekere verenquëtisering van het stichtingsrecht zou kunnen spreken.⁵⁵ Dit instrumentarium is in de kennelijke gedachtegang van het wetsvoorstel onvoldoende om misstanden te bestrijden. Het voorstel acht het voor alle stichtingen nodig dat de ontslagbevoegdheid van de rechter krachtens art. 2:298 BW verruimd wordt. Daartoe worden de bestaande ontslaggronden verruimd. De MvT verwoordt deze behoefte als volgt: 'In de praktijk blijken deze ontslaggronden in bepaalde gevallen niet toereikend om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven. Deze situatie is onwenselijk. Zij kan er onder omstandigheden toe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichting in gevaar komt.'⁵⁶ Specifiek over commissarissen wordt opgemerkt: 'Wanneer er bij de stichting een raad van commissarissen is ingesteld, is dat orgaan vanwege het ontbreken van een algemene vergadering evenmin onderworpen aan een vorm van interne controle. Een wettelijke regeling voor ontslag van een commissaris door de rechter ontbreekt thans echter. Met het wetsvoorstel wordt de regeling op dit punt aangevuld, en wel doordat de regeling van ontslag van een stichtingsbestuurder van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de commissaris van een stichting (artikel 2:298 lid 4 BW).'⁵⁷

De verruiming van de bevoegdheid tot ontslag van bestuurders en commissarissen neemt tot voorbeeld de bevoegdheid tot ontslag van commissarissen van structuurvennootschappen door de OK (art. 2:161/271 lid 2 BW).⁵⁸ 'De voorgestelde regeling past hiermee beter bij de functie die stichtingen vandaag de dag in het maatschappelijke en economische verkeer vervullen.'⁵⁹

Het is kenmerkend voor de voorgestelde regeling dat in haar toelichting gesproken wordt over het schaden van het 'belang van de stichting', het 'niet verantwoord' zijn van de handhaving van de bestuurder, over 'de functie die stichtingen vandaag de dag in het maatschappelijk verkeer vervullen' en dergelijke abstracties, maar dat de toelichting het doel van de stichting niet noemt. De maatschappelijke en juridische realiteit van de stichting wordt echter niet bepaald door de gemeenplaatsen die de toelichting aanvoert, maar door het doel waarvoor de stichting bestaat. Het doel is het constituerende moment van de stichting. De wet brengt dat tot uitdrukking wanneer zij bepaalt dat de stichting een rechtspersoon is die een in de statuten vermeld doel beoogt te verwezenlijken (art. 2:285 BW) en wanneer zij het rechterlijke ingrijpen in de statutaire inrichting en in het voortbestaan van de rechtspersoon (art. 2:291 en 2:301 BW) in functie stelt van dat doel.

Voor de bevoegdheid tot ontslag door de rechter zou hetzelfde moeten gelden, ook in de verruimde vorm die het wetsvoorstel wil introduceren. De verwaarlozing van de taak van bestuurders en commissarissen en de overige omstandigheden die *art. 2:298 lid 1 BW* noemt zouden, met uitzondering van de schending van art. 2:297 BW, tegen de achtergrond van het concrete doel van de stichting moeten worden verstaan en niet als een antwoord op het abstracte onrecht waarin deze omstandig-

55. Rb. Rotterdam 6 maart 2013, *JOR* 2013/100 en 24 juli 2013, *JOR* 2013/271 (*Stichting Mayflower*); Rb. Amsterdam 8 januari 2015, *JOR* 2015/195 (*Curatoren Lips*).

56. Wetsvoorstel, 3, p. 7-8.

57. Wetsvoorstel, 3, p. 8.

58. Dat is gebeurd conform het advies van de Commissie Vennootschapsrecht (t.a.p.).

59. Wetsvoorstel, 3, p. 8.

heden in de MvT worden geplaatst. Het doel van de stichting is een concrete, objectiveerbare maatschappelijke realiteit die, zeker bij het overgrote deel van de stichtingen, die een kleine kring van betrokkenen kennen, terug te voeren is op de legitieme wensen van in het bijzonder de oprichter. Deze wensen vormen de bestaansreden van de stichting als rechtspersoon en zijn daarom richtinggevend voor de uitoefening van de taken die aan de organen van de stichting toekomen. Ook voor het optreden van de rechter zouden deze wensen bepalend moeten zijn, zodat zijn beslissing gedragen wordt door vaststelbare legitieme belangen en aanspraken van concrete personen, in plaats van door abstracte noties.⁶⁰

Overigens lijkt het mij beter de tekst 'wegens verwaarlozing van zijn taak' in het voorgestelde *art. 2:298 BW* te vervangen door 'wegens ernstige verwaarlozing van zijn taak'. De kwalificatie 'ernstige verwaarlozing' doet de marginale taak van de rechter beter uitkomen en vergroot de samenhang van deze ontslaggrond met de volgende grond ('andere gewichtige redenen').

3.4 Slot

Het wetsvoorstel wil een goed doel dienen. Verduidelijking en aanvulling van het rechtspersonenrecht verdienen alle steun. Maar noodzaak, conceptie en uitwerking van de voorgestelde aanpassingen zijn mijns inziens vaak niet overtuigend. Ik zie daarvoor twee grondoorzaken. In de eerste plaats miskent het wetsvoorstel de diversiteit van verhoudingen die het rechtspersonenrecht dient. De veralgemening van regels die ontleend zijn aan het N.V.B.V.-recht doet aan deze diversiteit afbreuk. In de tweede plaats beknot het wetsvoorstel, als gevolg van een overtrokken institutionalisering van de rechtspersoon, onnodig de autonomie van de gebruikers van het rechtspersonenrecht. Ik zie de zin van de meeste dwingende regels die het wetsvoorstel wil invoeren niet.

3.5 Literatuur

Asser/Maeijer & Kroeze (2015)

Asser/Maeijer & Kroeze *2-I* 2015, Rechtspersonenrecht, de rechtspersoon*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme (2009)

Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme *2-II* 2009, Rechtspersonenrecht, de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Rensen (2012)

Asser/Rensen *2-III* 2012, Rechtspersonenrecht, overige rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2012.

60. In de beschikkingspraktijk over verzoeken tot statutenwijzigingen ex art. 2:294 BW is bij de rechter soms een zekere neiging te bespeuren om zich meer te laten leiden door wat hij objectief juiste verhoudingen acht dan door het concrete doel van de stichting in casu zoals dit door de oprichter is gewild (zie recent: Rb. Noord-Nederland 3 maart 2016, *JOR*2016/124 en met name Hof Amsterdam 12 april 2016, *JOR* 2016/154).

Assink (2009)

B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Kluwer 2009, p. 3 e.v.

Assink (2013)

B. Assink, *Compendium ondernemingsrecht*, 9e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Blanco Fernández (2016)

J.M. Blanco Fernández, 'Organen van de B.V.', in: B. Bier e.a. (red), *Handboek notarieel ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 135, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 19 e.v.

Commissie Corporate Governance (2016)

Commissie Corporate Governance, consultatiedocument 'Voorstel toepasbaarheid Code op one tier boards', 3 augustus 2016.

Dijk/Van der Ploeg (2013)

Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Dortmond (2016)

P.J. Dortmond, 'Het wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2016/82.

Dortmond (2013)

Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 13e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Dumoulin (2005)

S.H.M.A. Dumoulin, 'De positie van niet-uitvoerend bestuurders in het monistisch bestuursmodel', *Ondernemingsrecht* 2005/91.

De Jongh (2014)

J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 94, Deventer: Kluwer 2014.

Lennarts/Roest (2016)

M.L. Lennarts & J. Roest, 'Toezicht; benoeming en ontslag, taken en bevoegdheden en aansprakelijkheid van toezichthouders in besloten verhoudingen', in: B. Bier e.a. (red.), *Handboek notarieel ondernemingsrecht*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 135, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 91 e.v.

Nowak (2016)

R.G.J. Nowak, 'Het voorstel toepasbaarheid Code op one-tier boards', *Ondernemingsrecht* 2016/15.

Nowak/Mennens (2012)

R.G.J. Nowak & A.M. Mennens, *Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II, De parlementaire geschiedenis*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 86, Deventer: Kluwer 2012.

Raaijmakers (2015)

M.J.G.C. Raaijmakers, 'De "institutionele opvatting": grondslag en inhoud?', *Ondernemingsrecht* 2015/28.

De Roo (2015)

K.H.M. de Roo, 'De rechtspersoon als commissaris', *TvOB* 2015, afl. 3, p. 106 e.v.

Schoonbrood/Meppelink (2016)

J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersoon dan de NV en de BV', *WPNR* 2016/7118, p. 683 e.v.

Timmerman (2014)

L. Timmerman, 'Oude koeien met actualiteitswaarde', *Ondernemingsrecht* 2014/111.

Timmerman (2009)

L. Timmerman, 'De two tier-commissarissen vergeleken met de one tier-niet-uitvoerende bestuurder', in: *Bestuur en toezicht*, Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 67, Deventer: Kluwer 2009, p. 19 e.v.

Van Uchelen-Schipper (2016)

M.J. van Uchelen-Schipper, 'Toezicht op het bestuur', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 3 e.v.

Winter/Wezeman (2013)

Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman, *Van de BV en de NV*, 16e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Hoofdstuk 4

Wat betekent het wetsvoorstel voor de statutaire inrichting van verenigingen en stichtingen?

Prof. mr. B.C.M. Waaijer *

4.1 Bestaande statuten en het wetsvoorstel; algemene beschouwingen

4.1.1 Inleiding

Alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid hebben statuten.¹ Die rechtspersonen worden opgericht bij notariële akte, die de statuten moet bevatten.² Met de statuten worden aldus ten minste enkele wezenlijke kenmerken van de rechtspersoon vastgelegd.

Het meest elementair is de naam. Van die naam maken kenmerken die de aard van de rechtspersoon zichtbaar maken onderdeel uit, zoals het onderdeel N.V., B.V., stichting, coöperatief, onderling of wederkerig met verdere letteraanduiding al naargelang de beoogde aansprakelijkheid van leden of oud-leden. Alleen voor de vereniging hoeft uit de naam niet te blijken dat het om een vereniging gaat, maar het ontbreken van enige toevoeging is (voor de kenner) weer een belangrijke indicatie van de aard van de rechtspersoon.

De statuten moeten ook de zetel en het doel weergeven. Ook die beschouw ik als behorend tot het DNA van iedere in Boek 2 BW geregelde rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid. Boek 2 BW geeft verder al naargelang de aard van de rechtspersoon regels over hetgeen in de statuten moet worden opgenomen.

Wie minimalistisch te werk wil gaan, zou kunnen volstaan met statuten die uitsluitend de inhoud kennen die de wet voor statuten als minimum voorschrijft.

Voor de notaris die is belast met het opmaken van de notariële akte van oprichting of statutenwijziging is ontvankelijkheid voor die minimalistische wensen allesbehalve vanzelfsprekend. Voor hem geldt dat hij zich zal moeten kwijten van de op hem rustende plicht tot voorlichting en zo nodig waarschuwen. Hij zal bij oprichting in ieder geval de oprichters voorlichten. Bij statutenwijziging zal zijn voorlichting zich in de eerste plaats richten op degenen die zich in de voorbereiding daarvan tot hem wenden maar in ieder geval ook op degenen die de akte van statutenwijziging met hem ondertekenen, omdat de uitvoering van het besluit tot statutenwijziging aan hen is opgedragen. Als de omstandigheden van het geval daar aanleiding toe geven, zal de notaris naast voorlichten ook moeten waarschuwen. Hij zal be-

* Prof. mr. B.C.M. Waaijer is hoogleraar Notarieel recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en bijzonder hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit van Amsterdam.

1. Voor de informele vereniging lijkt art. 2:28 lid 1 BW het bestaan van statuten aan te nemen. Bepaald wordt dat de algemene vergadering kan besluiten de statuten te doen opnemen in een notariële akte. Die statuten worden derhalve verondersteld aanwezig te zijn. Art. 2:52 BW lijkt mondelinge statuten mogelijk te achten. Voor het bestaan van een informele vereniging komt mij het gebruik van een naam als een bestaansvoorwaarde voor en alleen daarmee al heeft de informele vereniging statuten (een statuut). Ik laat de informele vereniging verder buiten beschouwing.
2. Art. 2:27 lid 3 BW, art. 2:53a BW, art. 2:66 lid 1 BW, art. 2:177 lid 1 BW, art. 2:286 lid 3 BW.

paalde, bij de akte betrokken personen dan op de voor hen specifieke gevolgen van de (gewijzigde) statuten moeten wijzen door zich er bij hen van te vergewissen dat zij die gevolgen onderkennen en welbewust aanvaarden. De notaris zal degenen die de (nadelige) gevolgen daarvan ondervinden, moeten *Belehren* over ingrijpende wijzigingen op het gebied van zeggenschap of financiële rechten die de statuten met zich meebrengen.³ Gaat het om niet bij de akte betrokken personen (derden), dan zal de notaris zich vanwege de gevolgen die de akte van statutenwijziging voor hen heeft, mogelijk van het passeren daarvan moeten onthouden.⁴

De voorlichting van de notaris komt mede tot uiting doordat hij er niet steeds mee volstaat de belanghebbenden statuten voor te leggen die voldoen aan het wettelijk hoogst noodzakelijke. Zeker indien het niet de zoveelste vennootschap binnen een groep van rechtspersonen betreft, zal de notaris modelteksten hanteren waarmee een begrijpelijk stramen van deels wettelijke bepalingen en deels statutaire uitwerkingen daarvan is opgenomen. Daardoor zullen de statuten ook regels bevatten die letterlijk in de wet te vinden zijn.⁵ Wanneer daarop in de statuten wordt voortgeborduurd, is dat vaak zinvol. Met dat voortborduren richten we ons op dat waar ons hart als jurist van warm loopt: het creatieve proces van afwijken van regelend recht en van aanvullen. Toch is het weergeven van dat wat ook al uit de wet volgt een betekenisvolle en wat onderschatte bijdrage.⁶ Daardoor komt een logisch samenstel van bepalingen tot stand.⁷

In dat verband bepleit ik omwille van de duidelijkheid voor de rechtspersoon een praktijk waarin de notaris in de tekst van de statuten zo veel mogelijk zichtbaar maakt, waar de bepalingen overeenstemmen met de wet en waar keuzen zijn gemaakt.⁸

Statuten kunnen begrijpelijk zijn naar de stand van wetgeving, jurisprudentie en literatuur op het moment van het tot stand komen van die statuten. Gaan deze panelen schuiven, bijvoorbeeld door een ingrijpende wetswijziging als de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen kan worden, dan kunnen de statuten verworden

3. Zie bijv. de tuchtrechtuitspraak van Notariskamer Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1228: notaris schendt zijn informatieplicht bij een statutenwijziging van een B.V. waarbij een gekwalificeerde meerderheid wordt ingevoerd, jegens de nieuwe meerderheidsaandeelhouder; de statutenwijziging vindt plaats op dezelfde dag als die van de verkrijging van diens aandelen.
4. Rb. Rotterdam 23 december 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL1884: de notaris handelt onrechtmatig jegens familieleden, bij de statutenwijziging van een familiestichting. Voor een uitspraak van de notariële tuchtrechter: Kamer van Toezicht Den Haag 5 augustus 2009, ECLI:NL:TNOKSGR:2009:YC0304, over een geval waarmee in een conflictsituatie tussen bestuur van de Stichting Vrienden van X en oprichter Y door een statutenwijziging de oprichter Y buiten spel werd gezet. De Kamer oordeelde dat de notaris daarmee laakbaar handelde.
5. Ook dergelijke bepalingen vormen dus een onderdeel van de statuten. Statuten zijn dus niet alleen organisatierechtelijke voorschriften die voor de rechtspersoon gelden in aanvulling op of in afwijking van de wettelijke bepalingen. B.C.M. Waaijer, *Statuten en statutenwijziging* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 41, Deventer: Kluwer 1993, p. 7-8.
6. Wie uitsluitend de nadruk op vanwege de tussenkomst van de notaris te maken kosten legt en op bondigheid van de statuten, gaat daar te gemakkelijk (ik zou zeggen: goedkoop) aan voorbij. Dat gebeurde in het kader van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (*Kamerstukken II 2009/10, 32462, 3, p. 4*). In de praktijk blijken die kosten bovendien bepaald te overzien.
7. Zie ook de efficiency overwegingen genoemd door J.M. Blanco Fernández voor standaard clausules in: 'Standaard clausules bij statuten van BV's: aard en overgangsrecht', *WPNR* 2013/6962, p. 109.
8. Vergelijk de praktische suggestie van F.W.J.M. Schols, 'Er was eens... een huwelijksvermogensrechtelijke wolf in schaapskleren', *WPNR* 2010/6860, noot 12: 'Is men er al aan toe om zich te bedienen van een kleurenprinter en de belangrijkste bepaling (...) in een rode kleur af te drukken?'

van richtinggevende, normerende leidraad tot een dwaallicht. Wanneer levert dat de meeste problemen op?

4.1.2 Bestaande statuten geven normen in strijd met de wet

Bij inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, zullen de statuten mogelijk een verkeerde weergave worden van hetgeen rechtens voor de rechtspersoon zal gelden. Dat kan ongelukken opleveren. Wie van binnen de rechtspersoon de statuten volgt in de veronderstelling daartoe gehouden te zijn, maar in werkelijkheid daarmee in strijd met de wet besluit, moet mogelijk ervaren dat het besluit nietig of vernietigbaar is op grond van art. 2:14 en 2:15 BW.

Bij wijze van voorbeeld noem ik de stichting met statuten die de oprichter als bestuurder de bevoegdheid geven binnen het bestuur meer stemmen uit te brengen dan de overige bestuurders tezamen. Een zodanige statutaire regeling zal in ieder geval na invoering van het wetsvoorstel niet meer mogelijk zijn.⁹ Brengt op basis van bestaande statuten een bestuurder onder vigeur van de nieuwe wet meer stemmen uit dan de overige bestuurders tezamen dan zal dat besluit genomen nadat het wetsvoorstel kracht van wet krijgt, nietig zijn wegens strijd met art. 2:9 lid 4 jo. art. 2:14 lid 1 BW.¹⁰

De vraag komt op hoeveel stemmen die bestuurder dan wel kan uitbrengen. Moeten de statuten zo gelezen worden dat hij evenveel stemmen kan uitbrengen als de overige bestuurders tezamen? De gedachte achter de conversieregel van art. 3:42 jo. art. 3:59 BW serieus nemend, ligt dat mijns inziens voor de hand.¹¹

Een bestuurder kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen, leert art. 2:9 lid 4 BW. In de gevallen waarin het maximaal aantal uit te brengen stemmen in de statuten niet aldus in abstracto is geformuleerd maar in een getal is uitgedrukt zonder rekening te houden met de situatie dat als gevolg van tegenstrijdig belang een of meer bestuurders geen stem kunnen uitbrengen (art. 2:9 lid 5 BW), zou de bestuurder met het meervoudig stemrecht op grond van de letterlijke tekst van de statuten, meer stemmen kunnen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen. Die lezing lijkt mij niet in overeenstemming met de wet te zijn. Het voorstel is gedaan om art. 2:9 lid 4 BW, en art. 2:11 lid 5 BW voor de commissarissen, te verduidelijken door in de wettekst toe te voegen dat het moet gaan om de onmogelijkheid dat een bestuurder meer stemmen uitbrengt dan de andere *stemgerechtigde* bestuurders.¹² Dat verdient aanbeveling.

Uit art. 2:9 lid 4 en 2:11 lid 5 BW zal moeten worden afgeleid dat iedere bestuurder en iedere commissaris ten minste één stem kan uitbrengen, waarmee de collegiali-

9. Over de vraag of het mogelijk is te bepalen dat een bestuurder of commissaris van een vereniging of stichting onder huidig recht meer stemmen kan uitbrengen dan de andere bestuurders of commissarissen tezamen, lopen de meningen uiteen. Asser-Rensen 2-III*2012 betwijfelt die mogelijkheid in nr. 138 voor de vereniging en wijst die (zonder meer) af in nr. 334 voor de stichting, onder verwijzing naar de andersluidende opvatting van Galle. Zie ook J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, 'Gevolgen van het voorstel tot beperking van het meervoudig stemrecht voor andere rechtspersonen dan de NV en de BV', *WPNR* 2016/7118, in het bijzonder onder 3.

10. Is het besluit genomen voor die inwerkingtreding dan leidt art. XV lid 1 door de verwijzing naar art. 79 Overgangswet Nieuw BW tot de conclusie dat het besluit geldig is, zie ook D.M. Schoonbrood en J.J. Meppelink, *WPNR* 2016/7118.

11. Lees ik D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, *WPNR* 2016/7118 onder 4 goed dan menen zij dat hier moet worden teruggevallen op de hoofdregel van de wet dat iedere bestuurder een stem toekomt.

12. D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, *WPNR* 2016/7118.

teitsgedachte voor bestuur en raad van commissarissen van alle privaatrechtelijke rechtspersonen van art. 2:9 lid 3 BW tot uitdrukking wordt gebracht. Statuten waarin bestuurders of commissarissen voor besluitvorming worden uitgesloten, zullen zeker na invoering van het wetsvoorstel in strijd zijn met de wet.

4.1.3 Bestaande statuten geven een niet (zonder) meer bij de wet aansluitende en daarom verwarrende terminologie

In de praktijk wordt in de statuten het adviserend en/of toezichthoudend orgaan van verenigingen en stichtingen gebruikelijk raad van toezicht genoemd. Het wetsvoorstel introduceert voor alle rechtspersonen het orgaan waarin de bestuurs-taken over een of meer niet-uitvoerende en een of meer uitvoerende bestuurders worden verdeeld (art. 2:9a BW). De niet-uitvoerende bestuurders hebben tot taak toezicht te houden op de taakuitoefening van de bestuurders. Daarnaast maakt de wet in de statuten plaats voor een raad van commissarissen. De vraag wanneer een raad van toezicht een raad van commissarissen in de zin van de nieuwe wet is, zal voor de rechtspersoon niet altijd even eenvoudig te beantwoorden zijn. In het voorontwerp rezen ook voor adviseurs vragen.¹³ In de memorie van toelichting is de minister op enige punten ingegaan. Een orgaan is een raad van commissarissen in de zin van het wetsvoorstel indien de leden daarvan uitsluitend natuurlijke personen zijn (dus niet ook rechtspersonen), en het orgaan tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie (en dus niet op deelaspecten van de gang van zaken, zoals uitsluitend de financiële gang van zaken).¹⁴

Het zal dan ook deze raad van commissarissen zijn die wordt ingesteld binnen rechtspersonen die een verantwoorde governance vooropstellen en dat ook aan derden zichtbaar (willen) maken. Het zal ook deze raad van commissarissen zijn die ingesteld zal moeten worden om te voldoen aan van overheidswege te stellen (sectorale) eisen op het gebied van governance: een orgaan met een serieuze taak, bevoegdheden en verantwoordelijkheden.

Andere statutaire toezichtvormen, zoals een rechtspersoon die toezicht houdt, blijven mogelijk, maar duidelijk is dat dan geen sprake is van een raad van commissarissen. Daarmee zullen zeker niet alle vragen die in dit verband kunnen opkomen, zijn beantwoord maar zijn wel hoofdlijnen kenbaar.

Het verdient aanbeveling dat de rechtspersoon aangaande de aard van het toezichthoudend orgaan kleur bekent: is een orgaan een raad van commissarissen of niet? En zo ja, noem dat orgaan dan ook zo.¹⁵

13. A.H.G. Wilod Versprille, 'Modellen, mogelijkheden en valkuilen bij het opstellen van statuten aan de hand van het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 35, par. 1.

14. MvT, p. 20-21. Eerder wezen Chr.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen in *WPNR* 2014/7016 op organen die zich beperken tot toezicht op financiële verslaggeving, zoals wel voorkomt bij organisaties van openbaar belang.

15. Wilod Versprille, t.a.p. p. 37, r.k. Dat neemt overigens niet weg dat een in de statuten als raad van toezicht aangeduid orgaan een raad van commissarissen in de zin van de wet kan zijn. In sommige sectorale wet- en regelgeving wordt de term raad van toezicht gebruikt, zie Chr.M. Stokkermans en G.J.C. Rensen in *WPNR* 2014/7016.

4.1.4 Taak van de notaris

Van de notaris die wordt gevraagd de statuten van een rechtspersoon partieel te wijzigen, zal normaliter enig onderzoek mogen worden verwacht of de bestaande, integrale statuten normen weergeven die in strijd met de wet zijn dan wel normen die niet (zonder) meer bij de wet aansluiten en daarom verwarrend zijn.¹⁶ Misschien vraagt de cliënt vanwege het kostenaspect wel om een zo goedkoop mogelijke dienst van de notaris. Dat doet mijns inziens in beginsel niet af aan de plicht van de notaris de bestaande statuten op de genoemde punten globaal te onderzoeken en in voorkomende gevallen de rechtspersoon erop te wijzen dat de statuten met de wet strijden. Wenst de rechtspersoon de statuten desondanks niet aan te passen dan zal het bij dit signalement blijven en zal de akte van partiële statutenwijziging niettemin kunnen worden verleden mits die wijziging op zichzelf natuurlijk niet op bezwaren stuit. Een vermelding in de door de notaris af te geven doorlopende tekst van de statuten dat deze verouderd zijn, verdient aanbeveling.

Uit de wet kan evenwel een verdergaande taak van de notaris volgen, die soms weigering van zijn dienst moet betekenen.

4.1.5 Bestaande statuten geven lacunes

Het wetsvoorstel Wet bestuur en toezicht rechtspersonen¹⁷ introduceert een voor alle rechtspersonen geldende plicht in de statuten voorschriften op te nemen omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van elk van de bestuurders (art. 2:9 lid 6 BW). Voor commissarissen geeft art. 2:11 lid 7 BW een vergelijkbare bepaling.¹⁸ Het is een gelukkig initiatief om die plicht voor alle rechtspersonen te introduceren, zoals ook de gehele uniformeringsoperatie dat is. Bij de stichting geldt dat vooral in de vele gevallen waarin het bestuur het orgaan is dat de exclusieve bevoegdheid is toegekend om bestuurders te benoemen. Dan dreigen impasses.¹⁹ Ontbreken alle bestuurders terwijl de statuten geen regeling kennen inzake ontstentenis dan resteert slechts de moeizame weg van art. 2:299 BW waarbij de rechtbank in de vervulling van ledige plaatsen voorziet. Art. 2:9 lid 6 en 2:11 lid 7 BW verplichten terecht tot zelfredzaamheid van rechtspersonen.²⁰

Het is facultatief in de statuten een regeling te treffen voor de gevallen waarin een of enkele maar niet alle bestuurders of commissarissen ontbreken. Het treffen van een zodanige regeling in de statuten lijkt mij aanbevelingswaardig.

16. B.C.M. Waaijer, *Statuten en statutenwijziging* (diss. Nijmegen), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 41, Deventer: Kluwer 1993, p. 112. Voor België: Luc Weyts, *De Notariswet, Algemeen deel*, Reeks Notarieel recht, 2e druk, Mechelen: Wolters Kluwer Belgium 2015, p. 52.

17. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 2*, dat ik verder aanduid als 'het wetsvoorstel'.

18. Vergelijk art. V.2 lid 7 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, *Stb.* 2012, 300: 'De vennootschap dient bij de eerstvolgende statutenwijziging na inwerkingtreding van deze wet de statuten in overeenstemming te brengen met artikel 252 lid 4.' Art. VI van het wetsvoorstel doet dit lid vervallen.

19. Schrijven de statuten voor een besluit goedkeuring van of mededeling aan een ander orgaan, is dat orgaan niet 'bemenst' en wordt dat besluit toch genomen ('want er zijn toch geen commissarissen'), dan is nietigheid (of vernietigbaarheid als het niet om voorafgaande goedkeuring gaat) het gevolg.

20. Kritisch over de mogelijkheid nader invulling te geven aan het begrip belet: P.J. Dortmond, 'Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2016/82, onder 5.

Hoe de wettelijke plicht tot een doen, te weten om een regeling voor ontstentenis of belet op te nemen, af te dwingen? Het wetsvoorstel houdt de rechtspersoon voor zijn statuten in overeenstemming te brengen met de wet bij de eerstvolgende statutenwijziging. In het kader van de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht bestond aanvankelijk het voornemen aan die plicht bij de B.V. een termijn van vijf jaar toe te voegen waarin de aanpassing van de statuten moest zijn gerealiseerd. Naar aanleiding van vragen van Kamerleden is die termijn in de nota van wijziging geschrapt.²¹ Ziet de rechtspersoon die bij de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen al bestaat, zelf geen aanleiding zijn statuten te wijzigen, dan kan de beoogde zelfvoorziening dus lang, heel lang uitblijven. Zonder dat daar enige overweging aan wordt gewijd, wordt het toezicht op de naleving van art. XV Overgangsrecht door de wetgever de facto bij de notaris gelegd. Die fungeert ook hier als poortwachter. Weliswaar stelt de rechtspersoon die zijn statuten niet aanpast zich bloot aan de mogelijkheid dat belanghebbenden of het Openbaar Ministerie de rechtbank vragen om de rechtspersoon te ontbinden (art. 2:21 lid 1 sub b BW), maar feitelijk gebeurt dit bij mijn weten niet.²²

Maar hoe dient de notaris te handelen wanneer hij wordt geconfronteerd met besluitvorming die zich buiten zijn gezichtsveld heeft voltrokken, met het verzoek de statuten van een rechtspersoon partieel te wijzigen, welke besluitvorming niet óók voorziet in een ontstentenis- en beletregeling? Naar ik meen is dit besluit op zichzelf volkomen rechtsgeldig en dus niet aantastbaar op grond van art. 2:14 en 2:15 BW. De notaris zal dan de rechtspersoon op de expliciete norm van lid 2 van art. XV Overgangsrecht moeten wijzen, en nodigt de rechtspersoon uit een aanvullend besluit te nemen. Wordt daarop geweigerd te voorzien in dat aanvullend besluit, dan dient de notaris zich op het standpunt te stellen dat hij dienst moet weigeren. Dit om de reden dat de werkzaamheid die van hem wordt verlangd, leidt tot strijd met het recht (art. 21 lid 2 Wet op het notarisambt).

Is dat een regel zonder uitzondering? Geldt dat ook als hem wordt voorgehouden dat uitvoering van het zo moeizaam tot stand gekomen besluit tot partiële statutenwijziging absolute prioriteit heeft omdat degenen aan wie uitvoering van het besluit is opgedragen, aangeven dat additionele besluitvorming over de inhoud van een ontstentenis- of beletregeling een onaanvaardbare vertraging betekent die substantiële schade oplevert? 'Notaris, het voorliggende besluit tot statutenwijziging duldt geen verder uitstel! Uw punt komt zeker spoedig later aan de orde.' Mits de notaris ook zelf de te onderbouwen overtuiging heeft dat uitvoering van het genomen besluit tot partiële wijziging inderdaad geen uitstel kan lijden, sluit ik niet uit dat in dergelijke – uitzonderlijke – gevallen het verlijden van de akte toch geïndiceerd is.²³ Wat blijft is dat de rechtspersoon een norm schendt maar dat voor medewerking van de notaris een rechtvaardigingsgrond bestaat. De notaris raad

21. *Kamerstukken II 2010/11, 32426, 6, p. 13.* In haar advies van 31 augustus 2016 beveelt de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht aan alsnog een termijn op te nemen waarin de wijziging moet worden doorgevoerd, p. 3.

22. Asser/Maeijer & Kroeze 2-1*2015/389 is nog voorzichtiger met de mededeling dat dit zelden gebeurt. De aandacht in de literatuur voor art. 2:21 lid 1 sub b BW is omgekeerd evenredig aan het belang daarvan. Daarentegen ontbreekt gedegen aandacht voor de rol van de notaris. Voor een verkenning: *De rol van de notaris binnen het vennootschapsrecht*, 47e Landelijk Notarieel Studentencongres, Ars Notariatus deel 152, Deventer: Kluwer 2012. Zie voorts: D.F.M.M. Zaman, *Het ondernemingsrecht als katalysator voor de economie?*, oratie Leiden, 2015.

23. Melis/Waaijer, *De Notariswet*, 8e druk, Deventer: Kluwer 2012, par. 6.2.5.

ik aan in de akte van statutenwijziging een passage op te nemen waarin hij aangeeft dat hij de rechtspersoon er expliciet op heeft gewezen dat de statuten ondanks art. XV Overgangsrecht niet aan de wet voldoen.

4.1.6 Het verdient overweging bestaande statuten aan te passen

Er zijn diverse andere overwegingen om naar aanleiding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen de statuten aan te passen.

Met een statutaire bepaling kan van een nieuwe, althans gecodificeerde gedragsnorm worden afgeweken. Art. 2:9 lid 1 BW bepaalt dat behoudens beperkingen volgens de statuten het bestuur belast is met het besturen van de rechtspersoon. In de statuten kan worden opgenomen dat het bestuur bepaalde handelingen in het geheel niet kan verrichten: denk aan vervreemding van aandelen door het bestuur van een stichting administratiekantoor. Ook kan worden bepaald dat het bestuur bepaalde handelingen slechts kan verrichten met goedkeuring of machtiging van een ander orgaan.

In het verlengde hiervan ligt dat met een statutaire bepaling van een wettelijke bevoegdheid kan worden afgeweken. Ik noem art. 2:9 lid 4 BW: de statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem wordt toegekend (zie ook art. 2:11 lid 5 BW voor de commissaris).

Met een statutaire bepaling kunnen nieuwe gedragsnormen worden ingevuld, geëxpliciteerd. Denk aan invulling van de taak van bestuurders (art. 2:9 lid 2 jo. 2:9b lid 1 BW) of de invulling van het begrip 'belet van een bestuurder' (art. 2:9 lid 6, derde volzin BW).

Aanpassing van de statuten opent de weg om gebruik te maken van 'nieuwe' mogelijkheden. Denk aan de invoering van het orgaan bedoeld in art. 2:9a lid 1 BW, de 'one tier board'.

Met het meervoudig stemrecht van bestuurders en commissarissen kan per besluit worden gevarieerd in die zin dat het meervoudig stemrecht niet geldt voor alle besluiten maar slechts voor bepaalde.²⁴

In deze gevallen is minder sprake van noodzaak tot aanpassing van de statuten en gaat het eerder om de wenselijkheid daarvan. De wenselijkheid om op deze gronden de statuten aan te passen is anders dan bij de motieven die zijn genoemd in de voorgaande paragrafen, niet zonder gedachtewisseling met de rechtspersoon manifest voor de adviseur. Een goed adviseur zal contact met de rechtspersoon aangrijpen om die mogelijkheden aan de orde te stellen.

4.2 De statutaire inrichting met betrekking tot tegenstrijdig belang

4.2.1 Algemeen

Nadat daar met ingang van 2013 bij de N.V. en B.V. afscheid van is genomen, sneeft volgens het wetsvoorstel nu ook voor de vereniging, de coöperatie en voor de onderlinge waarborgmaatschappij de regel dat in het geval dat deze rechtspersonen een belang hebben dat tegenstrijdig is aan dat van een of meer bestuurders of commissarissen, de algemene vergadering een of meer personen kan aanwijzen

24. Zie ook J.D.M. Schoonbrood & J.J. Meppelink, *WPNR* 2016/7118.

om de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Dat is ook bij deze rechtspersonen grote winst. De gevolgen die deze vertegenwoordigingsregel in het rechtsverkeer voor de rechtspersoon, maar vooral voor derden met zich meebracht, waren onaanvaardbaar, alleen al door de rechtsonzekerheid die het voorschrift opleverde. Eindelijk wordt de praktijk geheel van deze onzalige regeling bevrijd, al zijn zeker niet alle problemen verleden tijd.²⁵

Voor gevallen van tegenstrijdig belang die zich vóór de inwerkingtreding van het wetsvoorstel hebben voorgedaan, zal de huidige vertegenwoordigingsregeling nog vele jaren een rol kunnen spelen. Het algemene uitgangspunt van de nieuwe wet zal zijn dat nieuwe bepalingen vanaf het moment van inwerkingtreding onmiddellijk van toepassing zijn maar enkel ten aanzien van feiten die na dat moment voorvallen (art. 29 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek).²⁶ Voor de N.V. en B.V. is betreurd dat ter gelegenheid van de overgang van de vertegenwoordigingsregel naar de besluitvormingsregel geen schoon schip is gemaakt voor het verleden, in die zin dat een geclausuleerde vorm van terugwerkende kracht zou plaatsvinden van het nieuwe recht.²⁷ Dat had vormgegeven kunnen worden door art. 81 Overgangswet van toepassing te verklaren. Volgens lid 1 van dat artikel zou een als gevolg van de vertegenwoordigingsregel nietige rechtshandeling met terugwerkende kracht tot een onaantastbare worden bekrachtigd, indien zij heeft voldaan aan de vereisten die de wet voor een zodanige rechtshandeling stelt. De terugwerkende kracht zou worden geclausuleerd door lid 3 van dat art. 81 Overgangswet: heling zou slechts plaatsvinden indien alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op de nietigheid hadden kunnen beroepen, de handeling voordien als geldig hebben aangemerkt. Nu toepassing van art. 81 Overgangswet in het kader van de Wet bestuur en toezicht achterwege bleef, is niet verrassend dat de wetgever datzelfde doet in het kader van het wetsvoorstel. Het praktische belang van dat schoon schip voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen lijkt mij minder groot te zijn dan voor de N.V. en de B.V.: in de praktijk waren het vooral de curatoren van die kapitaalvennootschappen die in hun jacht naar een zo groot mogelijke boedel, de gebrekkige vertegenwoordiging in stelling brachten. Toch blijft dit ook voor de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij een gemiste kans.²⁸

4.2.2 Bestaande statuten geven normen in strijd met de wet

Is in de statuten van een vereniging, coöperatie dan wel onderlinge waarborgmaatschappij bepaald dat een tegenstrijdig belang van zo'n rechtspersoon met een bestuurder of commissaris de algemene vergadering de bevoegdheid geeft een of meer personen aan te wijzen om de rechtspersoon te vertegenwoordigen, dan zal die

25. Zie bijvoorbeeld E.R. Helder, 'Tegenstrijdig belang', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 13 e.v., in het bijzonder onder 5.

26. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 37 (MvT).

27. In het kader van de Wet bestuur en toezicht is dit voor mij fraai, overtuigend onderbouwd door A.F.J.A. Leijten, 'Overgangsrechtelijk tegenstrijdig belang', *Ondernemingsrecht* 2009/144, die terecht het perspectief van de met de rechtspersoon handelende derden vooropstelt. Een eerder, begrijpelijk signalement werd gedaan door R.G.J. Nowak, 'Tegenstrijdig belang in het wetsvoorstel Bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2008/174, onder 4.

28. Bij de weinige horrorfilms die ik heb uitgekeken, blijkt de griezel die na een strijd op leven en dood eindelijk lijkt te zijn omgebracht, altijd uit het graf op te duiken om de uitgeputte held met bebloede handen en de toeschouwers nog eens heftig de stuipen op het lijf te jagen.

statutaire bepaling na inwerkingtreding van het wetsvoorstel in strijd zijn met de wet en vanaf dat moment dus rechtskracht ontberen. Ik sluit mij aan bij de auteurs die van mening zijn dat de statuten geen jegens derden werkende beperking in de vertegenwoordigingsbevoegdheid kunnen aanbrengen, buiten de in de wet toegelaten gevallen (art. 2:45 lid 3 BW). Naar ik meen zal de rechtspersoon zijn statuten dan bij de eerstvolgende statutenwijziging in overeenstemming moeten brengen met de wet.²⁹ Ook in de statuten van stichtingen zouden vertegenwoordigingsregels te vinden zijn. Nu een wettelijke grondslag daarvoor ontbreekt, zullen die bepalingen evenmin rechtskracht hebben.

4.2.3 Statuten onder vigeur van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Het stramien van de wet is in beginsel dwingend. Heeft een bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang dat tegenstrijdig is met het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie dan neemt hij niet deel aan de beraadslaging en de besluitvorming over het besluit waarbij die tegenstrijdigheid speelt. Is er een raad van commissarissen en kan door het tegenstrijdig belang geen besluit worden genomen door het bestuur, dan is besluitvorming aan de raad van commissarissen. Als een raad van commissarissen ontbreekt, ontstaat de vrijheid om af te wijken van het voorschrift dat dan besluitvorming aan de algemene vergadering is. Er is vrijheid om het besluit toch door het bestuur te doen nemen, ondanks dat onaantastbare besluitvorming in eerste instantie niet mogelijk was. Die aanvankelijk bestaande onmogelijkheid van besluitvorming kan verschillende oorzaken hebben. Ik noem het geval van de rechtspersoon met slechts één bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft, de rechtspersoon met een bestuur waarvan alle bestuurders een tegenstrijdig belang hebben, en het geval van de rechtspersoon waarvan een van de bestuurders een tegenstrijdig belang heeft, terwijl de statuten voor besluitvorming voorschrijven dat het desbetreffende besluit slechts kan worden genomen in een vergadering waarin het voltallige bestuur unaniem voor stemt. In de statuten kan worden bepaald dat dan het voorschrift vervalt dat het voltallige bestuur unaniem voor moet stemmen om tot een besluit te komen. Ook kan de bestuurder c.q. kunnen de bestuurders met het conflicterende belang onder die omstandigheden wel tot de beraadslaging en de besluitvorming worden toegelaten.³⁰ Die keuzevrijheid dient in de statuten te worden benut (art. 2:9 lid 5 Wetsvoorstel).

Zoals bekend is de achtergrond van deze vrijheid de onwenselijkheid besluitvorming te blokkeren ingeval de transactie voor de rechtspersoon³¹ niet nadelig is. In de toelichting op de Wet bestuur en toezicht is over de toegekende vrijheid voor de N.V. en de B.V. opgemerkt: 'Het is de verantwoordelijkheid van de vennootschap om te bepalen in welke gevallen een dergelijke gang van zaken wenselijk is.' Hier ligt een taak voor de rechtspersoon en voor de adviseurs. Het binnen de daartoe

29. M.J. van Uchelen-Schipper doet een suggestie om nu al in de statuten op het wetsvoorstel te anticiperen met de volgende tekst: '*Indien en zolang de wet dit bepaalt* kan de algemene vergadering in alle gevallen waarin de vereniging een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders of commissarissen een of meer personen aanwijzen om de vereniging te vertegenwoordigen', *JBN* 2015/30.

30. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 14 (MvT).

31. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 3, p. 14 (MvT) noemt in één adem dat de transactie ook voor de derde niet nadelig hoeft te zijn.

door de wetgever gelaten ruimte zonder meer wegschrijven van de tegenstrijdig-belangregeling lijkt mij zonder nadere rekenschap lichtvaardig, ondanks dat er altijd nog de noodrem is van de bestuurdersaansprakelijkheid. Het ligt voor de hand dat aan de mogelijkheid deze vrijheid te benutten, in de sectorale regelgeving bijzondere aandacht wordt besteed. In de statuten kan worden bepaald dat besluitvorming ondanks tegenstrijdig belang slechts mogelijk is voor rechtshandelingen met een bepaald, gelimiteerd financieel belang en/of dat daarvoor een *fairness opinion* van een externe adviseur noodzakelijk is. Wordt ondanks het tegenstrijdig belang van bestuurders van een vereniging, coöperatie dan wel onderlinge waarborgmaatschappij in de statuten van die rechtspersonen besluitvorming door het bestuur mogelijk gemaakt, dan lijkt mij het voorschrift zinvol zoals dat regelend recht is voor de stichting in art. 2:9 lid 5 slot Wetsvoorstel, namelijk dat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk worden vastgelegd. Daarmee zal de bewijsnood van een curator of een opvolgend bestuur omtrent de vraag of voldoende zorgvuldigheid is betracht, geledigd kunnen worden. Overigens lijkt mij het voorschrift dat de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk worden vastgelegd, meer dan louter een vormvoorschrift te zijn. De ratio van het voorschrift is dat op rationele wijze verantwoording wordt afgelegd. Wie ermee volstaat vast te leggen 'dat de transactie voordeel oplevert voor de rechtspersoon', voldoet niet aan het voorschrift. Dat opent om te beginnen de weg naar vernietiging van het besluit op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW.³² Een andere vorm van statutaire keuzevrijheid is die waarbij in geval van tegenstrijdig belang bij een of enkele bestuurders, de besluitvormingsregels juist worden aangescherpt, met de eis dat onder die omstandigheden een quorum geldt of een versterkte meerderheid.³³ De wet schrijft niet voor dat het bestuur van een rechtspersoon uit meer dan één persoon bestaat (dan wel dat indien dat zo is, de rechtspersoon een toezichthoudend orgaan kent). Dat hoort mijns inziens het uitgangspunt te zijn, ofschoon in bepaalde situaties bij rechtspersonen waarbij het vennootschappelijk doel in zeer grote mate overeenkomt met het belang van één persoon, een bestuur met die ene persoon als bestuurder praktisch en legitiem kan zijn.³⁴ Een bestuur met meerdere bestuurders is naar mijn mening een betere remedie tegen onregelmatigheden, waaronder belangenconflicten tussen de rechtspersoon en bestuurders,³⁵ dan een tegenstrijdig-belangregeling. Ik bepleit een regel die voorschrijft dat het bestuur uit meer dan één bestuurder bestaat, tenzij bij de statuten anders wordt bepaald. Dit dwingt tot reflectie van degenen die daar desalniettemin toe willen overgaan.

32. Zie ook de oproep om transparante notulen, onder meer van M. Pheijffer in *FD* 22 juni 2016.

33. Vergelijk M.J. van Uchelen-Schipper, *JBN* 2015/30.

34. Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 189. Genuanceerder: B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht (Deel 1)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 13.

35. Dijk/Van der Ploeg, a.w., p. 190, noemen ook het gevaar van machtsconcentratie en bestuurlijke discontinuïteit; m.b.t. bestuurlijke discontinuïteit zal art. 2:9 lid 6 Wetsvoorstel verlichting geven dat statutaire voorschriften eist op het punt van ontstentenis.

4.3 De statutaire inrichting met betrekking tot bestuur en toezicht

4.3.1 Algemeen

Lang voordat Angelsaksische invloeden ons inspiratie brachten voor de one tier board bij kapitaalvennootschappen, was in het Nederlandse verenigingsleven het fenomeen bekend van de aansturing van verenigingen door een dagelijks en een algemeen bestuur. Die tweedeling komen we ook tegen bij de stichting, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij. In statuten van vele verenigingen was een verdeling van bestuurstaken in die vorm te vinden. Zoals zo vaak loopt de praktijk op de wetgever vooruit. De steeds weer opkomende vraag is hoe het algemeen en het dagelijks bestuur juridisch moeten worden gekwalificeerd. Welke personen zijn nu de bestuurders en vormen het bestuur in de zin van de wet? Die vragen doen zich ook voor bij de rechtspersonen die een bestuur en een directie kennen. Er moet steeds weer voor ieder individueel geval een analyse plaatsvinden waarmee antwoord wordt gegeven op de vragen of het orgaan en de leden daarvan belast waren met het dagelijks beleid, of zij belast waren met strategie en of dat behoudens beperkingen volgens de statuten in onafhankelijkheid, autonoom gebeurde. Eerst bij bevestigende beantwoording is de kwalificatie bestuurder en bestuur terecht, hetgeen gevolgen heeft voor de wettelijke taak en aansprakelijkheid.³⁶ Ofschoon een statutaire verdeling van taken met een dagelijks en een algemeen bestuur, een bestuur en een directie, in de praktijk bestaansrecht hebben verworven,³⁷ juich ik een algemene grondslag in de vorm van art. 2:9a BW voor rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid toe; dat bevordert eenheid van denken.

4.3.2 Statuten onder vigueur van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

De notariële praktijk heeft in het verleden gehoor gegeven aan de diversiteit aan wensen vanuit de praktijk door die in statuten op te nemen. Met het wetsvoorstel wordt een duidelijker kader voorgelegd. In het bijzonder voor de vele verenigingen met een dagelijks en algemeen bestuur nodigt een wetswijziging langs de lijnen van het wetsvoorstel uit tot het creëren van meer duidelijkheid in de statuten. Het bekennen van kleur of herijking van ingenomen standpunten, liggen voor de hand; aansluiting dient te worden gezocht bij de nieuwe wettelijke terminologie. In de eerste plaats in de statuten (zie ook par. 4.1.3) maar ook in de uitingen naar derden. Bij dit laatste denk ik aan de functieomschrijving van functionarissen in het handelsregister als uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder. Ik denk dat het notariaat duidelijker stelling moet nemen indien bijvoorbeeld de wens wordt geuit te komen tot een statutaire inrichting met een afzonderlijk dagelijks bestuur en een afzonderlijk algemeen bestuur zonder dat er daarnaast een gezamenlijk bestuur hoeft te zijn. Een dergelijke opzet zou mogelijk zijn, ofschoon dat niet zou wegnemen dat indien de wet een opdracht kent voor 'het bestuur', aan die opdracht door beide organen dient te worden voldaan. Dortmund noemt hier de verplichting van art. 2:58 BW van het bestuur van een coöperatie of onderlinge waarborgmaatschap-

36. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 21 (MvT).*

37. Zie ook Dijk/Van der Ploeg, a.w., p. 195: 'Een wettelijke basis voor een dergelijke statutaire verdeling van bestuurstaken is voor verenigingen en stichtingen niet nodig (...).'

pij een jaarrekening op te maken, welke moet worden getekend door de bestuurders. Het opmaken van de jaarrekening is een verantwoordelijkheid voor beide 'besturen' gezamenlijk en het stuk zal volgens hem door alle bestuurders moeten worden getekend. Begrijp ik het goed, dan zou die verplichting gelden voor beide 'besturen', het algemene en het dagelijks bestuur, zonder dat sprake zou zijn van één bestuur (met bestuurders met verschillende taken) en zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de verantwoordelijkheid van ieder van het dagelijks en algemeen bestuur voor de algemene gang van zaken, vergelijk art. 9 lid 2 Wetsvoorstel.³⁸ Dat laatste lijkt mij juist maar de vraag is of de finesses van een dergelijke opzet voorzien worden door degenen die deel uitmaken van de respectieve organen en of meer duidelijkheid langs de lijnen van het wetsvoorstel niet meer bijdragen aan doorzichtigheid en rechtszekerheid.

4.4 Afronding

Met het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen wordt weer een kleine bijdrage gedaan aan de ontwikkelingsgeschiedenis van de rechtspersoon. De slinger van de klok wijkt de ene keer uit naar het benadrukken van de verschillen tussen rechtspersonen. Dat de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij van onder-soort van de vereniging in 1989 aparte soorten rechtspersonen werden, is daarvan een recent voorbeeld. De andere keer is de beweging die naar het zoeken naar overeenkomsten. De invoering en aanpassing in 1992 van Titel 1, Algemene bepalingen, Boek 2, was daarvan een uiting. Het wetsvoorstel hoort in die laatste beweging. De Vereniging Handelsrecht is in ieder geval al bijna een eeuw bij de tijd.

38. De mogelijkheid van een dergelijke inrichting wordt verdedigd door P.J. Dortmond, 'Het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2016/82, onder 4.

Hoofdstuk 5

Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen in relatie tot de onderwijssector

Mr. C.H.C. Overes *

5.1 Inleiding

Een belangrijke insteek van het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen is een verbetering van de kwaliteit van het bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector.¹ Verbetering van de kwaliteit van het bestuur en toezicht van instellingen in de semipublieke sectoren is urgent geworden na de misstanden die zich in de verschillende semipublieke sectoren hebben voorgedaan. Deze misstanden komen deels voort uit de gebrekkige governance van deze instellingen.² Gebleken is dat interne toezichthouders niet goed weten wat tot hun taak behoort, onvoldoende tegenwicht bieden aan het bestuur en niet ingrijpen daar waar dit wel had gemoeten.³ De praktijk heeft behoefte aan een aanvulling en verduidelijking van de wettelijke regeling van bestuur en toezicht van verenigingen en stichtingen. Die behoefte wordt ook gevoeld van de zijde van de overheid. In de semipublieke sectoren waar de rechtspersonen zich bezighouden met publieke taken en met de uitvoering waarmee publieke middelen zijn gemoeid, houdt het belang van de rechtspersoon nauw verband met publieke belangen. Publieke belangen als kwalitatief goede, toegankelijke en betaalbare zorg, huisvesting en onderwijs, voor de borging waarvan de overheid verantwoordelijk is, zijn door de misstanden in het gedrang gekomen. Het wetsvoorstel is een van de maatregelen waarmee het kabinet de kwaliteit van het bestuur en toezicht beoogt te verbeteren en daarmee te komen tot een betere borging van publieke belangen.⁴ Op sectorniveau zijn reeds maatregelen genomen om de governance van instellingen in de semipublieke sectoren te verbeteren,⁵ ook op het terrein van het onderwijs.⁶ Naar aanleiding van de wantoestanden bij onder meer Amarantis zijn voorstellen aangekondigd ter versterking van de bestuurskracht van de onderwijsinstellingen.⁷ Onderdeel van deze voorstellen vormden de uitbreiding van de interventiemogelijkheden van de minister om falende bestuurders en toezichthouders een halt toe

* Mr. C.H.C. Overes is universitair hoofddocent Vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

1. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 3.

2. *Kamerstukken II* 2014/15, 33822, 4, p. 1, erkend wordt overigens dat ook het externe toezicht niet altijd op orde is geweest.

3. *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, 31, p. 1.

4. *Kamerstukken II* 2013/14, 33750 VI, 31, p. 2-3.

5. De Woningwet is gewijzigd bij wet van 20 maart 2015, *Stb.* 2015, 145-146 (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting), en de Pensioenwet bij wet van 10 juli 2013, *Stb.* 2013, 302 (Wet versterking bestuur pensioenfondsen).

6. Zie wet van 4 december 2013, *Stb.* 2013, 558 (Wet versterking kwaliteitswaarborgen hoger onderwijs).

7. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10.

te kunnen roepen indien zij door hun gedrag de kwaliteit en het functioneren van het onderwijsstelsel in gevaar brengen.⁸

In het Voorontwerp van wet Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, dat in 2014 kort na het Voorontwerp van wet Bestuur en toezicht rechtspersonen ter consultatie werd voorgelegd, werden voorstellen gedaan voor wijziging van de onderwijswetgeving in aanvulling op de voorgestelde Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.⁹ Het Wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen is inmiddels tot wet verheven.¹⁰ Deze wet regelt onderwerpen die zijn gericht op de verbetering van de governance van onderwijsinstellingen maar deze staan niet in direct verband met het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.¹¹

Voorstellen die een overlap vormen met het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen zijn aangehouden in afwachting van het definitieve wetsvoorstel.¹²

In dit preadvies richt ik mij op de vraag wat het Wetsvoorstel bestuur en toezicht rechtspersonen betekent voor de onderwijssector. Boek 2 BW is onverkort van toepassing op privaatrechtelijke rechtspersonen die een of meer van Rijkswege bekostigde onderwijsinstellingen in stand houden. De vraag is hoe de voorgestelde wettelijke regeling zich verhoudt tot de bestaande onderwijswet- en regelgeving en of aanvullende regels noodzakelijk zijn dan wel bestaande regels kunnen vervallen. Ik zal mij in dit preadvies uitsluitend richten op onderwijsinstellingen die in stand worden gehouden door privaatrechtelijke rechtspersonen.¹³ Voor een goed begrip geef ik in par. 5.2 eerst een korte beschrijving van de onderwijssector.

In par. 5.3 ga ik in op de bestuursmodellen en de taken en bevoegdheden van het bestuur en de raad van commissarissen. De verschillende onderwijswetten houden voorschriften in omtrent het bestuur en toezicht. De voorschriften sluiten niet steeds goed aan op Boek 2 BW. Ik bespreek wat het wetsvoorstel betekent voor de bestuursmodellen zoals die in het onderwijs worden gehanteerd en of aanvullende regels nodig zijn.

De uniformering van de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich bij vervulling van hun taak hebben te richten komt in par. 5.4 aan bod. Daarin bespreek ik of deze norm aanvulling behoeft in verband met de aard van de door de rechtspersoon verrichte taken. Voor instellingen in de semipublieke sectoren wordt de opvatting verdedigd dat toezichthouders primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger hebben te dienen. Ook in het onderwijs wordt onderschreven dat bestuurders en toezichthouders naast een instellingsbelang een

8. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10, p. 23.

9. Voorontwerp Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen te raadplegen via www.internetconsultatie.nl.

10. Wet van 15 juni 2016, *Stb.* 2016, 273.

11. Het wetsvoorstel regelt onder meer de werving en selectie van bestuurders op basis van openbaar gemaakte profielschetsen die met inspraak van de medezeggenschapsorganen zijn vastgesteld, de verplichting van de raad van toezicht tot overleg met de medezeggenschapsorganen en een versterking van de positie van medezeggenschapsorganen in de verschillende onderwijssectoren.

12. *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 3, p. 24-25; *Kamerstukken I* 2015/16, 34251, C, p. 47-48.

13. Ook openbare scholen in het basis- en voortgezet onderwijs kunnen in stand worden gehouden door een stichting (wet van 14 november 1996, *Stb.* 1996, 580). Op deze stichtingen zijn naast de bepalingen van Boek 2 BW enkele bijzondere voorschriften voor wat betreft het toezicht op het bestuur van toepassing in verband met het openbare karakter van de scholen. Deze bijzondere voorschriften laat ik in dit preadvies buiten beschouwing.

breder publiek belang hebben te dienen.¹⁴ Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot het belang van de rechtspersoon en daarmee verbonden onderwijsinstelling (zie par. 5.4.1).

De taakstelling van bestuurders en commissarissen hangt nauw samen met het aansprakelijkheidsregime van deze functionarissen. Een heldere omschrijving van de taken en verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen is van belang voor de vraag naar de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Als gevolg van de misstanden die zich bij semipublieke sectoren hebben voorgedaan is de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen een hot item. Het aansprakelijkheidsrecht wordt door het kabinet ingezet als een instrument om goed bestuur en toezicht te stimuleren en ongewenst gedrag te ontmoedigen.¹⁵ Met de regeling van de aansprakelijkheid van toezichthouders van verenigingen en stichtingen op grond van onbehoorlijke taakvervulling en een uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid tot alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen komt het wetsvoorstel tegemoet aan de wensen van de Tweede Kamer.¹⁶ Of en in hoeverre aanvullende wetgeving nodig is voor de onderwijssector bespreek ik in par. 5.5.

In par. 5.6 ga ik nader in op de voorstellen tot modernisering en uitbreiding van de ontslaggronden van stichtingsbestuurders en de uitbreiding van het rechterlijk ontslag tot toezichthouders. De mogelijkheid om de rechter te kunnen verzoeken falende stichtingsbestuurders en toezichthouders te ontslaan wordt door de Minister van OCW gezien als een belangrijke aanvulling van haar interventiemogelijkheden.¹⁷ Het is de vraag of de voorgestelde wijziging tot ontslag van bestuurders en toezichthouders in het wetsvoorstel aan deze behoefte tegemoet kan komen. In par. 5.7 maak ik de balans op voor wat betreft de implicaties van dit wetsvoorstel voor de onderwijssector.

5.2 De onderwijssector op hoofdlijnen

De vraag wat het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen betekent voor de onderwijssector is niet eenvoudig te beantwoorden. Het onderwijsstelsel is een complex geheel, niet alleen door het onderscheid openbaar onderwijs en bijzonder onderwijs maar ook door de verschillende sectoren die van dit stelsel deel uitmaken en die door aparte wetten worden geregeld. Het is moeilijk te spreken van *de* onderwijssector.

Zoals in par. 5.1 geschetst is de overheid verantwoordelijk voor publieke belangen als goed onderwijs dat voor eenieder toegankelijk en betaalbaar is. Voor de behartiging van die publieke belangen schakelt de overheid privaatrechtelijke rechtspersonen in die zich op grond van de eigen statuten het verzorgen van onderwijs ten doel hebben gesteld.

Voor onderwijsinstellingen voor bijzonder onderwijs die voor bekostiging in aanmerking willen komen, geldt dat zij in stand moeten worden gehouden door een privaatrechtelijke rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich – kort

14. *Publieke belangen dienen, naar bestuurlijk evenwicht tussen overheid en onderwijsinstellingen*, Advies Onderwijsraad, Den Haag, 2013; *Kamerstukken II 2012/13*, 33495, 10, p. 15.

15. *Kamerstukken II 2013/14*, 33750 VI, 31, p. 2.

16. *Kamerstukken II 2012/13*, 33495, 10, p. 23.

17. *Kamerstukken II 2012/13*, 33495, 10, p. 23.

gezegd – op grond van statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt zonder daarbij het maken van winst te beogen.¹⁸ Hoewel de onderwijswetgeving geen rechtsvorm voorschrijft, wordt het merendeel van de onderwijsinstellingen in stand gehouden door een stichting.

Verenigingen en stichtingen die van Rijkswege worden bekostigd dienen aan de voorwaarden voor de bekostiging, zoals die in de onderwijswetgeving zijn neergelegd, te voldoen. Het algemeen vormend onderwijs wordt geregeld in de Wet op het primair onderwijs (WPO) en de Wet op het voortgezet onderwijs (WVO), het middelbaar beroepsonderwijs in de Wet educatie en beroepsonderwijs (WEB) en het onderwijs aan hogescholen en universiteiten in de Wet op het hoger onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek (WHW).

In de onderwijswetgeving worden regels gesteld aan de inrichting van het onderwijs die de kwaliteit van het onderwijs moeten borgen, aan de toegankelijkheid en aan het beheer en de besteding van de middelen die daarvoor van Rijkswege ter beschikking worden gesteld. De overheid houdt toezicht op de naleving van de onderwijswet- en regelgeving. Schieten de instellingen in de naleving tekort dan kan de overheid op basis van de onderwijswetgeving ingrijpen, met als ultieme sanctie de intrekking van (een deel van) de bekostiging.¹⁹

Bij het stellen van voorwaarden zal de overheid de regels van het privaatrechtelijk rechtspersonenrecht in acht moeten nemen.²⁰ De regels in de onderwijswetgeving die het bestuur en toezicht betreffen, beogen niet de interne verhoudingen binnen de privaatrechtelijke rechtspersonen voor te schrijven. Gezien de in art. 23 Gw vastgelegde vrijheid van onderwijs, die mede de vrijheid van (bestuurlijke) inrichting omvat, is terughoudendheid geboden met het stellen van eisen door de overheid aan de bestuurlijke inrichting van de rechtspersoon. Het is de verantwoordelijkheid van de privaatrechtelijke rechtspersonen, die op grond van haar statutaire doelstelling het verzorgen van onderwijs ter hand hebben genomen, invulling te geven aan haar bestuurlijke inrichting (zie nader par. 5.3).

Naast de regels van Boek 2 BW, de eigen statuten en de onderwijswet- en regelgeving zijn de onderwijsinstellingen gehouden aan de door de branche- en sectororganisaties vastgestelde governancecodes, voor zover zij bij deze organisaties zijn aangesloten.²¹ De codes geven een nadere invulling aan taken en verantwoordelijkheid van bestuur en het interne toezicht, houden bepalingen in omtrent het financieel beheer en regelen de verantwoording aan belanghebbenden.²² De meer recent vastgestelde codes besteden daarnaast, in navolging van de aanbevelingen van de commissie-Halsema, aandacht aan gewenste bestuurscultuur van onderwijsorgani-

18. Art. 55 WPO; art. 49 WVO; art. 9.1.1 WEB; art. 10.8.1 WHW.

19. Zie voor een uitgebreid overzicht van de verschillende interventiemogelijkheden M. Nolen, 'Privaatrechtelijke sturing in het onderwijs: bijzonder onderwijsrecht in nood?', in: *Sturing van prestaties in het onderwijs: afspreken, interveniëren en openbaar maken*, M. Laemers (red.), Preadviezen voor de Nederlandse Vereniging voor Onderwijsrecht, Den Haag: SDU 2014, p. 105.

20. T.J. van der Ploeg, *Recht in het maatschappelijk middenveld. Een privaatrechtelijke blik op de verhouding overheid - particuliere organisaties*, Preadvis voor de vergadering van de Calvinistische Juristen Vereniging, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 12.

21. Code Goed Bestuur in het primair onderwijs, PO-Raad 2014; Code Goed Onderwijsbestuur VO, VO-Raad 2015; Branchecode goed bestuur in het mbo, MBO-Raad 2014; Branchecode goed bestuur hogescholen, Vereniging Hogescholen 2013; Code goed bestuur universiteiten 2013, VSNU.

22. Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 285 e.v.

saties die uit de publieke middelen worden bekostigd en aan de kernwaarden die leidend zijn voor de manier waarop bestuurders en toezichthouders hun taken vervullen.²³ Voor het basis- en voortgezet onderwijs geeft de wet (minimale) voorschriften voor de inhoud van de code.²⁴

De codes gaan uit van het principe 'pas toe of leg uit'. Enkele codes kennen naast bepalingen waarvoor het 'pas toe of leg uit'-principe geldt, verplichtingen die als lidmaatschapseis van de branche- en sectororganisaties gelden en waarvan afwijking niet mogelijk is.²⁵ De door de sectororganisaties vastgestelde codes hebben een wettelijke grondslag. De rechtspersonen moeten in het jaarverslag verantwoording afleggen over de omgang met de code en voor alle sectoren geldt dat de minister een code kan aanwijzen.²⁶

5.3 Bestuursmodellen; taken en bevoegdheden bestuur en commissarissen

Het wetsvoorstel voorziet in een wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen bij verenigingen en stichtingen en – anders dan het voorontwerp – ook in een wettelijke grondslag voor een one tier-model. Hoewel de bewindslieden blijkens de toelichting op het voorontwerp meenden dat aan een one tier-model bij verenigingen en stichtingen in de praktijk vooralsnog geen behoefte bestaat²⁷ is men naar aanleiding van de consultatie op dit punt wijselijk tot inkeer gekomen.²⁸ Het one tier-model wordt in de praktijk gehanteerd, ook in het onderwijs. De wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen en het one tier-model voor verenigingen en stichtingen is weliswaar niet noodzakelijk om een raad van commissarissen in te stellen of een one tier-model te hanteren maar voorziet wel in een behoefte. In de praktijk is gebleken dat men zich als bestuurder of toezichthouder niet steeds bewust is van zijn taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden en dat dit leidt tot rechtsonzekerheid. Voor een verbetering van de kwaliteit van het bestuur en toezicht is een heldere verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van bestuur en toezichthoudend orgaan noodzakelijk.

Voor alle onderwijssectoren geldt voor privaatrechtelijke rechtspersonen die van Rijkswege bekostigde onderwijsinstellingen in stand houden dat zij op enigerlei wijze in het interne toezicht op het bestuur moeten voorzien. De regels die in de verschillende onderwijswetten zijn opgenomen, vertonen inhoudelijk raakvlakken maar zijn niet uniform. Voor instellingen in het basis- en voortgezet onderwijs zijn de regels gericht tot de *rechtspersoon* die de school of scholen in stand houden. Voor

23. *Een lastig gesprek*, Rapport van de Commissie Behoorlijk Bestuur (commissie-Halsema), 2013, p. 25-26; *Kamerstukken II 2015/16*, 34251, 6, p. 9; zie ook L.G.H.J. Houwen, 'De WBTR in het semipublieke domein: verhouding Boek 2 BW en sectorale governanceregulering', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 19 e.v. Zie hoofdstuk 2 *Code VO-Raad* waarin centrale uitgangspunten van de code zijn geformuleerd inhoudende regels die de 'zachte kanten van goed bestuur' betreffen. Ook in de Code MBO-Raad zijn zgn. 'soft controls' opgenomen.
24. Art. 171 lid 5 WPO; art. 103 lid 5 WVO.
25. Deze lidmaatschapseisen hebben betrekking op taken van het (college van) bestuur (*Code VO-Raad*, hfdst. 2/*Code MBO-Raad*, hfdst. 3).
26. Art. 171 lid 6 WPO; art. 103 lid 6 WVO; art. 2.5.4 WEB; art. 2.14 WHW.
27. Toelichting bij het Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 3.
28. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3, p. 4.

het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs gelden de regels voor het bestuur en toezicht voor de *instellingen* die door de rechtspersoon in stand worden gehouden. Deze inconsistentie van onderwijswet- en regelgeving voor de verschillende sectoren leidt nogal eens tot verwarring²⁹ en tot mijns inziens onwenselijke taferelen (zie par. 5.3.2/5.3.3 hierna).

5.3.1 Verhouding Boek 2 BW en sectorale wetgeving

De vraag is hoe deze sectorspecifieke regels zich verhouden tot de voorgestelde basisregeling. Het wetsvoorstel is blijkens de toelichting niet gekoppeld aan bepaalde huidige of toekomstige sectorspecifieke wet- en regelgeving. Het is de bedoeling dat in sectorspecifieke wetgeving bij de regeling in het wetsvoorstel wordt aangeknoopt. Als voorbeeld wordt onder meer verwezen naar het Wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen.³⁰ Met deze opzet, een basisregeling in Boek 2 BW die in sectorspecifieke wetgeving nader kan worden ingevuld, wordt volgens de toelichting de consistentie en toegankelijkheid van de wetgeving bevorderd.³¹ In deze opzet kan ik mij goed vinden. Een wettelijke regeling omtrent de taken en bevoegdheden van het bestuur en toezicht op het bestuur van verenigingen en stichtingen hoort thuis in Boek 2 BW en daar waar aanvullende regels nodig zijn, kunnen deze in sectorspecifieke wetten worden aangevuld, dan wel worden overgelaten aan de door sectororganisaties op te stellen codes.³² Zo nodig kan volgens de toelichting ook van de basisregeling worden afgeweken.³³ Op vragen van de Raad van State hoe de voorstellen zich verhouden tot sectorspecifieke regelgeving die met de voorstellen in tegenspraak zijn, wordt volstaan met de opmerking dat voor zover de voorgestelde basisregeling noopt tot aanpassing van bestaande wetgeving hierin in het wetsvoorstel wordt voorzien en dat het voorstel geen wijziging brengt in hetgeen in bijzondere wetgeving voor specifieke sectoren is bepaald.³⁴

29. De verwarring wordt voor een belangrijk deel veroorzaakt door het feit dat in de WEB en WHW niet de rechtspersoon die de instelling in stand houdt maar een orgaan van de instelling als 'bevoegd gezag' wordt aangeduid. Zie hierover uitgebreid P.W.A. Huisman & C.H.C. Overes, *De juridische adresant van de aanwijsbevoegdheid in de WEB en WHW*, Den Haag, 2014 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 33824, 2).
30. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3, p. 3. In de toelichting op het wetsvoorstel Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen wordt aangekondigd dat voor zover noodzakelijk wijzigingen van de onderwijswetgeving zullen worden ingediend in aanvulling op het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen (*Kamerstukken II 2014/15*, 34251, 3, p. 24-25).
31. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 4, p. 7.
32. C.H.C. Overes, 'Worstelen met governance van semipublieke instellingen en pensioenfondsen', *WPNR 2013/6996*, p. 1048.
33. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3, p. 3-4. In sectorspecifieke wetgeving kan toepassing van het one tier-model worden uitgesloten. Daaraan is reeds toepassing gegeven in art. 30 Woningwet. Voor toegelaten instellingen geldt dat het toezicht op het bestuur aan een raad van toezicht moet worden opgedragen. De uitsluiting van het one tier-model is in de literatuur bekritiseerd: Overes 2013, p. 1039-1041; H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMThemis* 2014, afl. 4, p. 163-164; L.G.H.J. Houwen, 'Herzieningswet bestuur en toezicht: effecten voor het semipublieke domein', *TvOB* 2014, afl. 4, p. 139-140.
34. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 4 (nader rapport), p. 7. Het wetsvoorstel voorziet wel in een aanpassing van de woningwet (art. XII Wv), maar niet voor wat betreft het voorgeschreven bestuursmodel.

Regels die afwijken van en inbreuk maken op het algemeen wettelijk kader zijn gelegitimeerd voor zover met die regulering een publiek belang wordt gediend.³⁵ Indien in sectorspecifieke wetgeving wordt afgeweken van de basisregeling in Boek 2 BW zal in ieder geval gemotiveerd moeten worden aangegeven waarom afwijking noodzakelijk is. In het belang van consistentie en een eenduidig begrip van de wet verdient het de voorkeur aan te sluiten op het algemeen wettelijk kader van Boek 2 BW.

5.3.2 Bestuursmodellen in het basis- en voortgezet onderwijs

Voor rechtspersonen die een of meer instellingen in het basis- en voortgezet onderwijs in stand houden, geldt sinds 2010 als voorwaarde voor bekostiging de verplichting dat zij zorg moeten dragen voor een scheiding van de functies bestuur en toezicht op het bestuur in functionele of organieke zin.³⁶

De verplichting tot scheiding van de functies bestuur en toezicht was niet zozeer ingegeven door incidenten met slecht functionerende bestuurders als wel door ontwikkelingen als autonomieversterking, bestuurlijke schaalvergroting, toegenomen bestedingsvrijheid en de professionalisering van de bestuurstaken.³⁷ Scheiding van bestuur en toezicht geldt als een algemeen maatschappelijk geaccepteerd uitgangspunt en bevordert een goede governance van onderwijsinstellingen.³⁸

Gelet op art. 23 Gw en de daaruit voortvloeiende vrijheid van (bestuurlijke) inrichting is het aan de instellingen zelf om aan de scheiding invulling te geven en laat het de rechtspersonen ook de vrijheid te kiezen voor een one tier-model.³⁹ Instellingen in het basis- en voortgezet onderwijs kennen een grote diversiteit voor wat betreft de omvang van de instellingen. Variërend van de zogenoemde eenpitters (rechtspersonen die één school in stand houden) tot rechtspersonen die tientallen onderwijsinstellingen in stand houden.⁴⁰ Gezien de vrijheid die aan de rechtspersonen gelaten is om bestuur en toezicht te scheiden, is er een grote differentiatie in bestuursmodellen en toezichtstructuren, met name in het primair onderwijs.⁴¹

De meest gehanteerde bestuursmodellen in het primair onderwijs zijn het raad van toezichtmodel, het gedelegeerd bestuursmodel en het one tier-model.⁴² Onder het gedelegeerd bestuursmodel wordt verstaan een model waarin het bestuur feitelijk wordt uitgevoerd door een directeur of directie onder de verantwoordelijkheid van het bestuur, dat de facto een toezichthoudende functie vervult. In de code wordt een nadere omschrijving gegeven van deze bestuursmodellen. Bij de vormgeving van het raad van toezichtmodel wordt aansluiting gezocht bij de taakom-

35. S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 96.

36. Art. 17b lid 1 jo. art. 1 WPO; art. 24e lid 1 jo. art. 1 WVO, ingevoerd bij wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010, 80.

37. *Kamerstukken II* 2004/05, 30183, 1, p. 6.

38. *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, 4, p. 9.

39. Dat art. 17a WVO en 24d WVO het one tier-model uitsluiten zoals in de bijlage bij het advies van de Raad van State (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 4, p. 15) wordt gesteld, is onjuist. Ook in literatuur wordt er ten onrechte van uitgegaan dat art. 17a WPO en 24d WVO een dualistisch bestuursmodel voorschrijven, Boschma e.a. 2014, p. 162.

40. M. Honingh & E. Hooge, *Goed bestuur in het primair onderwijs*, Eindrapportage Monitor Goed Bestuur in het primair onderwijs 2010-2012, Nijmegen/Amsterdam 2012, p. 14.

41. Honingh & Hooge 2012, p. 18; J.M.A. Wintgens-Van Luijn, 'De stichting in het onderwijs', *WPNR* 2015/7088.

42. Honingh & Hooge 2012, p. 17.

schrijving van de raad van commissarissen in Boek 2 BW en voor wat betreft de bevoegdheidsverdeling tussen de bestuurders in het one tier-model bij de wettelijke regeling van het one tier-model zoals geregeld voor de N.V. en B.V. in art. 2:129a/239a lid 1 BW.⁴³

In het voortgezet onderwijs is het raad van toezichtmodel het meest gehanteerde bestuursmodel, naast het gedelegeerd bestuursmodel en het one tier-model.⁴⁴ Bij de toepassing van het raad van toezichtmodel is in veel gevallen gekozen voor een eenhoofdig bestuur. Met name kleinere instellingen kiezen voor het gedelegeerd bestuursmodel of one tier-model.

De functiescheiding moet volgens de codes worden vastgelegd in de statuten en/of een reglement.⁴⁵ Beide codes geven een nadere invulling aan de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheid van het bestuur en interne toezichtsorgaan.

Hoewel men vrij is in de wijze waarop het toezicht op het bestuur wordt geregeld, worden in de wet regels gesteld aan de inhoud van het interne toezicht. De interne toezichthouder of het interne toezichthoudend orgaan houdt volgens de wet toezicht op de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden door het bestuur en staat het bestuur met raad terzijde.⁴⁶ Naast deze algemene taakomschrijving wordt een opsomming gegeven van wat in ieder geval zijn taken en bevoegdheden zijn, namelijk i) het goedkeuren van de begroting en het jaarverslag en indien van toepassing het meerjarenplan van de school, ii) het toezien op de naleving door het bestuur van de wettelijke verplichtingen, de code voor goed bestuur en afwijkingen van die code, iii) het toezien op de rechtmatige verwerving en doelmatige en rechtmatige bestemming en aanwending van de middelen van de school verkregen op grond van de wet, iv) de aanwijzing van de accountant als bedoeld in art. 2:393 BW en v) het jaarlijks afleggen van verantwoording over de uitvoering van deze taken en uitoefening van deze bevoegdheden in het jaarverslag.⁴⁷

Het in de wet genoemde 'toezichthoudende orgaan' hoeft niet per definitie een raad van toezicht te zijn. De onderwijswetgeving voor het basis- en voortgezet onderwijs verplicht niet tot instelling van een raad van toezicht. De toezichthoudende bevoegdheden kunnen ook worden uitgeoefend door een algemeen bestuur of binnen een vereniging door de algemene vergadering. Indien echter het interne toezicht wordt uitgeoefend door een statutair ingestelde raad van toezicht dan is deze op grond van de wet tevens belast met het benoemen, schorsen en ontslaan van het bestuur.⁴⁸

Van een scheiding van functies zoals voorgeschreven in de onderwijswetgeving is ook sprake in het gedelegeerd bestuursmodel, waarin het bestuur van de rechtspersoon belast is met de taken die de onderwijswetten toekennen aan het interne

43. Zie art. 5.2b Code Goed Bestuur in het primair onderwijs, PO-Raad 2014 en de toelichting daarop op p. 21. Voor wat betreft de bevoegdheden van de niet-uitvoerende bestuurders (zoals neergelegd in art. 2:129a/239a lid 1 BW) is de 'pas toe of leg uit regel' volgens de toelichting niet van toepassing.

44. Maar liefst 85% van de schoolbesturen kent een raad van toezichtmodel, zie hierover *De letter en de geest*, Adviezen voor versterking van de bestuurskracht in het voortgezet onderwijs, Eindrapport van de Commissie Goed Onderwijsbestuur VO, 2014, p. 4; Wintgens-Van Luijn 2015.

45. Code Goed Onderwijsbestuur VO, onder 4.1 sub 5; art. 5.3 Code Goed Bestuur in het primair onderwijs.

46. Art. 17c lid 1 aanhef WPO; art. 24e1 lid 1 aanhef WVO.

47. Zie art. 17c lid 1 sub a-e WPO en art. 24e1 lid 1 sub a-e WVO.

48. Art. 17c lid 3 WPO en art. 24e1 lid 3 WVO.

toezicht. In de situatie dat de schooldirectie op basis van volmacht feitelijk het bestuur uitoefent is het bestuur ook steeds zelf bevoegd tot uitoefening van de bestuursbevoegdheden. In het kader van de scheiding van bestuur en toezicht is dat uiteraard niet de bedoeling. Feitelijke scheiding van bestuur en toezicht via het geven van een volmacht 'doet zodoende in belangrijke mate een beroep op de zelfbeheersing (gedrag) van het bestuur', aldus de toelichting op de code.⁴⁹ Of een dergelijke feitelijke scheiding van bestuur en toezicht waarin het bestuur de uiteindelijke bestuursverantwoordelijkheid draagt een heldere verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van bestuur en toezichthouders waarborgt, waaraan in de praktijk behoefte bestaat, is zeer de vraag.

Is er sprake van een delegatie van bestuursbevoegdheden, door het overdragen van de bevoegdheden van de directie in de statuten van de rechtspersoon, dan is het bestuur niet bevoegd de aan de directie gedelegeerde bevoegdheden uit te oefenen. Zijn de bestuursbevoegdheden statutair toebedeeld aan de directie dan is de vraag welk orgaan het bestuur in de zin van Boek 2 BW vormt en of het bestuur, dat in het kader van de verplichte scheiding van bestuur en toezicht uitsluitend belast is met het toezicht op het bestuur, niet als een raad van commissarissen in de zin van Boek 2 BW kan worden aangemerkt.

Een verdeling van bestuurstaken tussen een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur is ook in de onderwijssector niet ongebruikelijk. Is er sprake van een bestuursorgaan waarin de leden van het dagelijks bestuur op grond van de statuten belast zijn met de dagelijkse gang van zaken dan is er sprake van een taakverdeling binnen het bestuur als bedoeld in art. 2:9 lid 2 BW. Het wetsvoorstel brengt hierin geen verandering. Houden de leden van het algemeen bestuur zich op grond van de statuten uitsluitend bezig met niet-uitvoerende taken dan kan dit worden uitgelegd als een one tier-model.⁵⁰ Voor de toepassing van de wettelijke regeling van Boek 2 BW maakt het immers niet uit hoe het orgaan door de rechtspersoon zelf wordt aangeduid maar zijn de taak en bevoegdheden van het statutaire orgaan beslissend voor de vraag of het orgaan een bestuur of toezichthoudend orgaan in de zin van de wet is, aldus ook de toelichting.⁵¹

Is de bestuurstaak statutair verdeeld over een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur met ieder eigen bevoegdheden dan is er van een one tier-model geen sprake.⁵² In die situatie geldt voor zowel de leden van het dagelijks bestuur en als die van het algemeen bestuur dat zij verantwoordelijk zijn voor de algemene gang van zaken en dat zij zullen moeten toezien op de taakvervulling door het andere bestuurlijke orgaan.⁵³

De Raad van State merkt terecht op dat hoewel het wetsvoorstel geen wijziging beoogt te brengen in bestaande bestuurs- en toezichtstructuren en veel ruimte laat voor eigen statutaire regelingen, de voorgestelde regels omtrent de raad van commissarissen en het one tier-model toch tot onduidelijkheid kunnen leiden over de

49. Toelichting Code PO, p. 22.

50. Zie hierover ook P.J. Dortmund, 'Het Wetsontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen en het verenigingsrecht', *Ondernemingsrecht* 2016/82.

51. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 20.

52. De literatuur is verdeeld over de vraag of de bestuurstaak over meer organen kan worden verdeeld, zie Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 193; Asser/Rensen 2-III* 2012/152; Dortmund 2016, par. 4 en W.J.M. van Veen, 'Het monistische stelsel en de Uitvoeringswet SE', *WPNR* 2004/6565, p. 121-124.

53. Zo ook Dortmund 2016, par. 4.

betekenis van de regels voor de statutair ingestelde organen.⁵⁴ Het is raadzaam de statutaire regelingen in het kader van het wetsvoorstel tegen het licht te houden of deze in overeenstemming zijn met de door de rechtspersoon gewenste bestuursstructuur.

5.3.2.1 *De verhouding wetsvoorstel vs. onderwijswetgeving*

Hoewel de bepalingen in Boek 2 BW en die van de onderwijswetgeving voor het basis- en voortgezet onderwijs niet een op een op elkaar aansluiten, zijn deze niet met elkaar in tegenspraak. Voor zover het interne toezicht is vormgegeven in een statutair ingestelde raad van toezicht die tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderwijsinstelling is dit orgaan te beschouwen als een raad van commissarissen in de zin van Boek 2 BW. De in de onderwijswetgeving geregelde bevoegdheden van de raad van toezicht kunnen worden gezien als een aanvulling op de voorgestelde basisregeling. De in art. 11 lid 8 Wv genoemde bevoegdheid tot schorsing van de bestuurders komt de raad van toezicht reeds toe op grond van de onderwijswetgeving als ook de bevoegdheid tot benoeming en ontslag van de bestuurders. Volgens art. 2:37 BW is in de vereniging in beginsel de algemene vergadering bevoegd tot benoeming, schorsing en ontslag van de bestuurders. Deze bepaling hoeft niet in de weg te staan aan een benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders door een raad van commissarissen, mits alle leden middellijk of onmiddellijk aan de benoeming van de leden van de raad van commissarissen kunnen deelnemen en de leden van de raad van commissarissen tevens lid zijn van de vereniging.⁵⁵

Voor de rechtspersonen die hebben gekozen voor een organieke scheiding van bestuur en toezicht binnen het bestuur zal na inwerkingtreding van het wetsvoorstel art. 9a (Wv) van toepassing zijn. De in de onderwijswetgeving opgesomde bevoegdheden van de toezichthouder kunnen binnen het one tier-model aan de niet-uitvoerende bestuurders worden toegekend. Ook in het one tier-model binnen een vereniging kan aan de niet-uitvoerende bestuurders, die door de leden zijn benoemd, de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van de uitvoerende bestuurders worden toegekend.⁵⁶ Hoewel men bij de vormgeving van dit model in de praktijk aansluiting heeft gezocht bij de regeling van art. 2:129a/239a BW, welke regeling is overgenomen in art. 9a Wv, zullen de statuten op dit punt in overeenstemming moeten zijn met de wet.

5.3.2.2 *Is aanvulling van het wetsvoorstel wenselijk?*

Het wetsvoorstel houdt geen bepalingen in omtrent de gewenste omvang en samenstelling van het bestuur. Aanvulling in sectorspecifieke wet- en regelgeving op dit punt is wenselijk. Om het toezicht op het bestuur effectief te laten zijn, is het wenselijk te regelen dat bij toepassing van het one tier-model de niet-uitvoerende bestuurders in de meerderheid zijn.⁵⁷ Op die manier kan worden gewaarborgd dat

54. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 4, p. 3.*

55. *Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 205.*

56. *Zie Dortmund 2016.*

57. *Overes 2013, p. 1041-1042; Boschma e.a. 2014, p. 164.*

de niet-uitvoerende bestuurders tegenwicht kunnen bieden aan de uitvoerende bestuurders. Daarbij moet worden voorkomen dat met toepassing van art. 9 lid 4 Wv uitvoerende bestuurders alsnog een bepalende stem toekomt indien besluiten door het bestuur als geheel moeten worden genomen.⁵⁸ Indien de rechtspersonen een raad van toezichtmodel hanteren verdient het de voorkeur dat het bestuur uit ten minste twee bestuurders bestaat.⁵⁹ Deze voorschriften vormen mijns inziens een waarborg voor goed bestuur en effectief toezicht. Hoewel art. 23 Gw de onderwijswetgever noodzaakt tot terughoudendheid daar waar het de bestuurlijke inrichting van de rechtspersonen betreft, kunnen deze voorschriften in de onderwijswetgeving worden opgenomen. Zonder voor te schrijven op welke wijze de rechtspersonen invulling moeten geven aan de vereiste scheiding van bestuur en toezicht kan door de onderwijswetgever worden bepaald dat indien zij toepassing geven aan een one tier-model zoals bedoeld in art. 9a Wv of het toezicht opdragen aan een raad van toezicht zij daarbij de voornoemde voorschriften in acht dienen te nemen.⁶⁰

5.3.3 Bestuursmodellen in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs

Voor instellingen in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs geldt dat het bestuur en toezicht in beginsel is opgedragen aan een college van bestuur respectievelijk een raad van toezicht.⁶¹

Voor het universitair onderwijs, dat zich kenmerkt door het onderscheid in openbare en bijzondere universiteiten, regelt de WHW de bestuurlijke inrichting van openbare universiteiten. Bijzondere universiteiten moeten de wettelijke regeling van de bestuurlijke inrichting van openbare universiteiten overnemen in een zgn. structuurregeling⁶² voor zover naar het oordeel van het college van bestuur de eigen aard zich daar niet tegen verzet.⁶³

De regels met betrekking tot het bestuur en toezicht hebben betrekking op het bestuur en toezicht van de *instellingen* die door de rechtspersonen in stand worden gehouden en betreffen in beginsel niet de bestuurlijke verhoudingen binnen deze rechtspersonen.⁶⁴ Houdt een rechtspersoon meer instellingen in stand dan moet voor elke instelling een college van bestuur en raad van commissarissen worden ingesteld. Dit betekent dat het college van bestuur en de raad van toezicht van de instelling niet per definitie het bestuur en de raad van commissarissen vormen in de zin van Boek 2 BW. In de statuten van de rechtspersoon kan bijvoorbeeld worden

58. Boschma e.a. 2014, p. 164; Dortmund 2016.

59. Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 189; Overes 2013, p. 1041 e.v.; 'Voor pensioenfondsen met een (uitvoerende) bestuur dat uit professionals bestaat en onafhankelijk is van belanghebbenden bij het fonds geldt dat het bestuur uit ten minste twee bestuurders bestaat', art. 101 Pensioenwet.

60. Een dergelijke regeling is vergelijkbaar met art. 17c lid 3 WPO en art. 24e1 lid 3 WVO waarin wordt voorgeschreven dat indien het toezicht is opgedragen aan een statutair ingestelde raad van toezicht, deze raad de bevoegdheid toekomt de bestuurders te benoemen, te schorsen en te ontslaan.

61. Art. 9.1.4 lid 1 WEB, 9.2, 9.7 jo. art. 9.51 WHW (universiteit), 10.2, 103d WHW (hogescholen).

62. Deze 'structuurregeling' ziet op de regeling van de bestuurlijke structuur en staat op geen enkele wijze in verband met de structuurregeling zoals we die in Boek 2 BW kennen.

63. Art. 9.51 lid 2 WHW.

64. Art. 9.2 lid 2 WHW bepaalt dat het college van bestuur van de universiteit in beginsel de taken en bevoegdheden uitoefent die bij of krachtens de wet aan het instellingsbestuur zijn opgedragen. Het instellingsbestuur is het orgaan dat in de statuten als zodanig is aangewezen (art. 1.1 sub j WHW).

bepaald dat het bestuur van de rechtspersoon mede de rol vervult van raad van toezicht van de instelling in de zin van de WHW. Zo worden bij twee van de drie bijzondere universiteiten de bevoegdheden die de WHW aan de raad van toezicht toekent, uitgeoefend door het bestuur van de stichting die de universiteit in stand houdt.⁶⁵ De Code goed bestuur universiteiten houdt hier nadrukkelijk rekening mee.⁶⁶ Men kan zich hierbij afvragen wat de taak en verantwoordelijkheid is van een stichtingsbestuur die niet het college van bestuur van de onderwijsinstelling is (en derhalve niet gaat over het bestuur en beheer van de onderwijsinstelling)⁶⁷ en die belast is met de taken die de onderwijswetgeving toekent aan de raad van toezicht. Door een dergelijke uitholling van de bestuurlijke taak functioneert het stichtingsbestuur niet als een bestuur als bedoeld in Boek 2 BW.

Hoewel de WEB en WHW daartoe niet verplichten kan het college van bestuur en de raad van toezicht in de statuten van de rechtspersoon als het bestuursorgaan en raad van toezicht van de rechtspersoon zijn aangewezen. Om juridisch een helder beeld te krijgen van de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de verschillende organen moeten dan ook de statuten van de rechtspersoon worden geraadpleegd.

5.3.3.1 Raad van toezichtmodel is uitgangspunt

De bepalingen zoals die in de WEB en WHW zijn gericht tot de instellingen in plaats van tot de rechtspersonen die de instellingen in stand houden, leiden tot verwarring. Zo is bijvoorbeeld volgens de WHW niet het bestuur van de rechtspersoon, die de universiteit in stand houdt, maar het college van bestuur bevoegd om de structuurregeling voor de bijzondere universiteit vast te stellen. Voor zover het college van bestuur niet het bestuur is van de rechtspersoon lijkt mij dat het – gezien de taak en verantwoordelijkheid van het bestuur van de rechtspersoon – aan het bestuur van de rechtspersoon is om te bepalen wat de eigen aard van de universiteit inhoudt en wat dit mogelijk meebrengt voor de bestuurlijke organisatie.⁶⁸

Voor instellingen in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs zijn de taak en bevoegdheden van de raad van toezicht vastgelegd in de wet.⁶⁹ De raad van toezicht heeft tot taak, *met het oog op de taken van de desbetreffende instelling*, toezicht te houden op de uitvoering van de werkzaamheden en de uitoefening van de bevoegdheden van het college van bestuur en staat het college met raad ter zijde. Wat de taak en de bevoegdheden zijn van het college van bestuur worden in de wet slechts sum-

65. Zie website Tilburg University (www.tilburguniversity.edu.nl) en Radboud Universiteit (www.ru.nl). Na de splitsing met VUmc zijn bij de Vrije Universiteit, die in stand gehouden wordt door een stichting, het college van bestuur en de raad van toezicht organen van de rechtspersoon.

66. Zie 1.4 en 3.1.2 Code goed bestuur universiteiten 2013 (VSNU).

67. Zie art. 9.2 lid 1 WHW.

68. Zo ook R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht. Een thematisch commentaar op de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek*, Leiden: University Press 2011, p. 371.

69. Art. 9.1.4 WEB; art. 9.8 jo. art. 9.51 lid 2 WHW en art. 10.3d WHW.

mierlijk omschreven.⁷⁰ De bevoegdheden van de raad van toezicht komen overeen met de bevoegdheden die de interne toezichthouder toekomt in het primair en voortgezet onderwijs (zie par. 5.3.2 hiervoor), waaronder de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van de leden van het college van bestuur en het goedkeuren van de jaarrekening. Daarnaast is de raad van toezicht bevoegd tot vaststelling van de beloning van de leden van het college van bestuur en het goedkeuren van het bestuurs- en beheersreglement.⁷¹

Hoewel de wet niet voorschrijft dat de raad van toezicht van de instelling ook als de raad van toezicht van de rechtspersoon heeft te gelden is het de vraag of de raad – gelet op de bevoegdheden die de wet aan de raad van toezicht toekent – de raad van commissarissen vormt in de zin van Boek 2 BW. Het antwoord op die vraag is mede van belang voor het aansprakelijkheidsregime dat op de leden van de raad van toezicht van toepassing is.⁷²

De bevoegdheden van de raad van toezicht, zoals opgesomd in de WEB en WHW, zijn bevoegdheden die op grond van Boek 2 BW aan de raad van commissarissen toekomen. De taakomschrijving van de raad van toezicht geeft evenwel reden tot twijfel. Zijn taak is het toezicht houden op het bestuur van de met de rechtspersoon verbonden *instelling* en niet ook op het beleid en de algemene gang van zaken in de *rechtspersoon*.⁷³ De statuten van de rechtspersoon zullen uitsluitend moeten geven of de raad als raad van commissarissen in de zin van Boek 2 BW kan worden aangemerkt.⁷⁴

5.3.3.2 *Mogelijkheid van functionele scheiding*

Hoewel de WEB en WHW uitgaan van een organieke scheiding van bestuur en toezicht kan van dit model worden afgeweken door het aanbrengen van een functionele scheiding tussen het bestuur en toezicht in een orgaan. Wordt toepassing gegeven aan een functionele scheiding dan zijn de bepalingen over de raad van toezicht van overeenkomstige toepassing op de bestuursleden die met het toezicht zijn belast. In de statuten of het bestuursreglement moet worden aangegeven hoe de functionele scheiding wordt gewaarborgd en jaarlijks moet in het jaarverslag de reden voor afwijking van het raad van toezichtmodel worden vermeld.⁷⁵

De bepalingen in de WEB en WHW zijn op dit punt niet eensluidend. Volgens de WEB kan een functionele scheiding tussen bestuur en toezicht worden aangebracht *binnen het bestuur van de rechtspersoon* die de instelling in stand houdt.

70. Alleen voor het college van bestuur van de universiteit is een algemene taakomschrijving opgenomen en geldt op grond van de wet een informatie- en verantwoordingsplicht aan de raad van toezicht (art. 9.6 jo. art. 9.51 WHW).

71. Art. 9.1.4 lid 3 WEB, art. 9.8 lid 1 jo. art. 9.51 lid 2 WHW en art. 10.3d lid 2 WHW.

72. Zie hierover ook M.J. van Uchelen-Schipper, 'Toezicht op het bestuur', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 5-7 en A.H.G. Wilod Versprille, 'Modellen, mogelijkheden en valkuilen bij het opstellen van statuten aan de hand van het Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen', *TvOB* 2016, afl. 1, p. 36-37.

73. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 20, waarin als wezenlijk element van de taak van raad van commissarissen wordt genoemd dat toezicht wordt gehouden op de algemene zaken in de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie.

74. Zoals ik in par. 5.3.3 heb aangegeven, kan het immers ook zo zijn dat het stichtingsbestuur de bevoegdheden uitoefent die de WHW aan de raad van toezicht toekent.

75. Art. 9.1.8 WEB; art. 9.51 lid 2 WHW en art. 10.3d lid 7 WHW.

De WHW schrijft voor dat *de universiteit of hogeschool* een functionele scheiding tussen het bestuur en toezicht kan aanbrengen indien dit op grond van de eigen (levensbeschouwelijke) aard van de instelling wenselijk wordt geacht.

Ook op dit punt geldt – zoals Louw terecht opmerkt – dat het aan het bestuur van de rechtspersoon is en niet aan een orgaan van de instelling die van de rechtspersoon uitgaat, om dit in de statuten te bepalen.⁷⁶ Het slaat naar zijn mening ‘helemaal nergens op om, zoals de wet doet, het college van bestuur op te dragen – en dan nog wel jaarlijks alsof de eigen aard jaarlijks ter discussie staat – in het verslag de reden voor een eventuele afwijking te vermelden’.⁷⁷ Zijn constatering dat de wetgever hier een aantal zaken door elkaar haalt is juist. Afgezien van het feit dat een college van bestuur, die niet het bestuursorgaan is van de rechtspersoon, niet de bevoegdheid heeft de statuten van de rechtspersoon te wijzigen is het aan het bestuur van de rechtspersoon om te bepalen hoe aan de bestuurlijke inrichting van de instelling vorm moet worden gegeven.

Waarom de keuze voor een one tier-model *jaarlijks* moet worden verantwoord, is niet duidelijk. De verplichting tot verantwoording van de keuze voor het one tier-model komt voort uit de gedachte dat een functionele scheiding tussen bestuur en toezicht in beginsel minder waarborgen biedt voor onafhankelijk toezicht dan een organieke scheiding.⁷⁸ Of er in geval van een functionele scheiding sprake is van een deugdelijke scheiding tussen bestuur en toezicht van de instelling dient door de minister te worden beoordeeld aan de hand van de volgende criteria:⁷⁹ i) de toezichthouders moeten in de meerderheid zijn ten opzichte van de bestuurders; ii) de voorzitter is altijd een toezichthouder; iii) de toezichthouders moeten onafhankelijk zijn van de bestuurders, de bestuurders mogen geen rol spelen op de benoeming, schorsing of het ontslag van de leden, en iv) de verantwoordelijkheden en bevoegdheden moeten goed zijn gedefinieerd. Louw merkt terecht op dat deze voorwaarden, die niet in de wet zijn neergelegd, niet gelden als bekostigingsvoorwaarden en de minister geen bevoegdheden heeft ten aanzien van de statuten van de rechtspersoon waar de instellingen van uitgaan.⁸⁰

Indien toepassing wordt gegeven aan een functionele scheiding tussen het bestuur en toezicht in een orgaan dat tevens het bestuursorgaan van de rechtspersoon vormt, kan mijns inziens de verplichting, om de keuze voor het one tier-model jaarlijks te moeten verantwoorden, vervallen. Met de voorgestelde wettelijke regeling van het one tier-model, ook voor verenigingen en stichtingen, is de wetgever kennelijk de mening toegedaan dat in dit model goed bestuur en actief en onafhankelijk toezicht mogelijk is.⁸¹

De wettelijke regeling waarborgt dat de voorzitter van het bestuur steeds een niet-uitvoerende bestuurder zal zijn. De taakverdeling tussen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders, die zijn basis moet hebben in de statuten, zal schriftelijk moeten worden vastgelegd.

76. Louw 2011, p. 373.

77. Art. 9.51 lid 2 en 10.3d lid 8 WHW.

78. *Kamerstukken II* 2007/08, 30599, 17, p. 2; *Kamerstukken II* 2008/89, 31821, 3, p. 72.

79. *Kamerstukken II* 2007/09, 30599, 17, p. 2; *Kamerstukken II* 2008/09, 31821, 3, p. 6.

80. Louw 2011, p. 374.

81. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 4 en 15, waarin de voordelen van het one tier-model ten opzichte van het raad van toezichtmodel worden geschetst.

Voor zover de wettelijke regeling van het one tier-model aanvulling behoeft bijvoorbeeld voor wat betreft de samenstelling van het bestuur (niet-uitvoerende bestuurders vormen de meerderheid van het bestuur) en de benoeming, schorsing en ontslag van de niet-uitvoerende bestuurders kunnen deze in de onderwijswetgeving worden geregeld.

5.3.3.3 *Verhouding wetsvoorstel en onderwijswetgeving*

De bepalingen omtrent bestuur en toezicht in de WEB en WHW sluiten niet goed aan op Boek 2 BW. Het stellen van regels aan het bestuur en toezicht van de door de rechtspersoon in stand gehouden onderwijsinstelling roept vragen op. Gelet op de behoefte in de praktijk aan een heldere verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van bestuur en toezicht verdient het aanbeveling om de onderwijswetgeving en Boek 2 BW beter op elkaar te laten aansluiten.

Het bestuur van de rechtspersoon is op grond van Boek 2 BW belast met het besturen van de rechtspersoon. Deze taak omvat ook het besturen van de onderneming of instelling die met de rechtspersoon verbonden is. Het zou de verhouding tussen de onderwijswetgeving en Boek 2 BW ten goede komen indien de WEB en WHW zich (net als de wetgeving voor het basis- en voortgezet onderwijs), voor wat betreft regels omtrent bestuur en toezicht, richten tot de rechtspersoon die de instelling in stand houdt.⁸² Zonder dat de onderwijswetgever zich mengt in de bevoegdheidsverdeling binnen de rechtspersoon kunnen de rechtspersonen, die de instellingen voor middelbaar beroeps- en hoger onderwijs in stand houden, worden verplicht om in het bestuur en toezicht te voorzien (door toepassing van een raad van toezichtmodel dan wel een one tier-model). In de onderwijswetten kunnen aanvullende bepalingen worden opgenomen voor wat betreft de toezichthoudende taak ongeacht of die door een raad van toezicht dan wel bij toepassing van een functionele scheiding door de niet-uitvoerende bestuurders wordt uitgeoefend. Daarbij kunnen ook voorschriften omtrent de omvang en samenstelling van het bestuur worden opgenomen, zoals voorgesteld in par. 5.3.2.2.

5.4 **Uniformering van de norm waarnaar de bestuurders en commissarissen zich bij de vervulling van hun taak hebben te richten**

Het wetsvoorstel voorziet in art. 9 lid 3/art. 11 lid 4 Wv in de uniforme norm dat bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak hebben te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden onderneming. Hoewel deze regel thans niet in Boek 2 BW is opgenomen voor bestuurders en toezichthouders van verenigingen en stichtingen is deze niet nieuw. In de literatuur en jurisprudentie wordt reeds aangenomen dat deze norm ook voor bestuur-

82. Naar aanleiding van het onderzoeksrapport (Huisman en Overes 2014) heeft de minister aangekondigd een wetswijziging te bevorderen waarbij niet een orgaan van de instelling maar de rechtspersoon die de instelling in stand houdt wordt aangewezen als het bevoegd gezag (*Kamerstukken II 2013/14, 33824, 3, p. 4*).

ders en toezichthouders van deze rechtspersonen heeft te gelden.⁸³ Het wettelijk regelen van een uniforme norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich hebben te gedragen voor alle rechtspersonen is een goede zaak. Het biedt helderheid voor wat betreft de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van bestuurders en toezichthouders en daaruit voortvloeiend eventueel hun aansprakelijkheid. De voorgestelde bepaling brengt tot uitdrukking dat bestuurders en toezichthouders bij de vervulling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen. Voor de situatie waarin bestuurders en toezichthouders een belang hebben dat strijdig is aan dat van de rechtspersoon geldt de voorgestelde tegenstrijdigbelangregeling van art. 9 lid 5/art. 11 lid 6 Wv, zie par. 5.4.3 hierna.

In sectorspecifieke wetgeving kan de voorgestelde taakomschrijving van het toezichthoudend orgaan nader worden ingevuld door voor te schrijven dat het toezichthoudend orgaan bij de vervulling van haar taak specifiek acht moet slaan op bepaalde nader aan te duiden publieke belangen.⁸⁴ Een dergelijke aanvulling vinden we reeds in de art. 31 Woningwet. Volgens deze bepaling dient de raad zich mede te richten naar 'het maatschappelijk belang en naar het belang van de betrokken belanghebbenden'.

In de literatuur is erop gewezen dat een dergelijke aanvulling niet wenselijk is omdat maatschappelijke/publieke belangen te onbepaald zijn om als richtsnoer voor het handelen van bestuurders en toezichthouders te kunnen gelden.⁸⁵

Door aanvulling van de taakomschrijving wordt bovendien de indruk gewekt dat de taak van een toezichthoudend orgaan van een semipublieke instelling een andere is dan die bij andere rechtspersonen, hetgeen niet in het belang is van een eenduidig begrip van de wet.⁸⁶ Die indruk wordt bevestigd door het standpunt van de Ministeriële Commissie Vernieuwing Publieke Belangen. Volgens deze Commissie hebben toezichthouders van semipublieke instellingen primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger te dienen en niet het belang van de instelling.⁸⁷ Deze opvatting lijkt moeilijk verenigbaar met de norm die geldt op grond van Boek 2 BW. De vraag is hoe het belang van de rechtspersoon zich verhoudt tot publieke belangen. Het antwoord op die vraag is van belang voor de inhoud van de taak van bestuur en het toezichthoudend orgaan, de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van bestuurders en toezichthouders (en in het verlengde daarvan hun aansprakelijkheid), als ook voor de mogelijkheden tot ontslag van bestuurders en toezichthouders wegens verwaarlozing van hun taak.

83. Asser/Rensen *2-III** 2012/127, 308; Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 192, 255, 264; Hof Arnhem 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0919; Hof Amsterdam 30 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4036; Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126; *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 4, p. 8.

84. In de toelichting op het voorontwerp wordt hier nadrukkelijk op gewezen (p. 18), de memorie van toelichting op het wetsvoorstel volstaat met de algemene opmerking dat de basisregeling in sector-specifieke regelgeving kan worden aangevuld (*Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 3). Zie bijv. art. 31 Woningwet waarin wordt voorgeschreven dat de toezichthouders zich mede hebben te richten op het maatschappelijk belang en het belang van betrokken belanghebbenden.

85. Overes 2013, p. 1043-1044; Boschma e.a. 2014, p. 165; Houwen 2014, p. 144; Houwen 2016, p. 24-25; T.J. van der Ploeg, 'De juridische inkadering van de "maatschappelijke onderneming"', in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg*, Preadvies voor de Vereniging 'Handelsrecht', Deventer: Kluwer 2008, p. 122.

86. De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht heeft hierop gewezen in zijn Advies over de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting van 20 oktober 2011, p. 3-4.

87. *Kamerstukken II* 2014/15, 33822, 4, p. 8.

5.4.1 Verhouding van het belang van de rechtspersoon en het publiek belang

De vraag hoe het belang van de rechtspersoon zich verhoudt tot publieke belangen is uitvoerig aan bod gekomen bij het Wetsvoorstel versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen naar aanleiding van de in dit voorstel opgenomen taak van de interne toezichthouder om risicovolle ontwikkelingen die publieke belangen, als de kwaliteit en de continuïteit van het onderwijs raken, te melden aan de Inspectie van het onderwijs. Een dergelijke meldplicht die aansluit bij art. 31 lid 3 Woningwet en die bedoeld is om het toezicht op semipublieke instellingen effectiever te maken, komt uit de hoed van de eerder genoemde Ministeriële Commissie Vernieuwing Publieke Belangen.

De Raad van State die in het advies over dit wetsvoorstel voor het eerst in de gelegenheid is te reageren op het standpunt van de Commissie maakt hiermee korte metten. 'Van een interne toezichthouder kan niet worden verlangd dat hij het belang van de rechtspersoon ondergeschikt maakt aan het publieke belang. Een dergelijk standpunt staat op gespannen voet met de wijze waarop het rechtspersonenrecht is ingericht en is onverenigbaar met de wijze waarop in onze samenleving inhoud is gegeven aan de vrijheid en autonomie van personen, die daartoe privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen oprichten. Bovendien is daarmee miskend dat het interne toezicht een eigen functie heeft, die met dit voorstel wordt ondermijnd. Het feit dat sprake is van een privaatrechtelijke rechtspersoon met een publieke taak die (deels) met publiek geld wordt gefinancierd, maakt dit niet anders. Indien de overheid dit wel anders wenst, dan dient hij die taak door een publiekrechtelijk orgaan te doen uitvoeren.'⁸⁸ Dit oordeel lijkt mij juist en laat aan duidelijkheid niets te wensen over.

Het belang van de vereniging en stichting wordt in belangrijke mate bepaald door haar statutaire doel.⁸⁹ Volgens de Raad van State wordt bij privaatrechtelijke rechtspersonen in de semipublieke sector het publieke belang gediend door te voldoen aan haar statutaire doel, aangezien daarin in de regel het publieke belang verweven is.⁹⁰

Voor verenigingen en stichtingen die onderwijsinstellingen in stand houden geldt als wettelijke bekostigingsvoorwaarde dat zij zich ten doel stellen het geven van onderwijs als bedoeld in de verschillende onderwijswetten zonder daarbij het maken van winst te beogen.⁹¹ Zij leveren daarmee een belangrijke bijdrage aan publieke belangen als goed onderwijs dat voor eenieder toegankelijk is. Het feit dat zij diensten verlenen die in het publiek belang zijn betekent nog niet dat de verantwoordelijkheid voor publieke belangen bij de rechtspersoon ligt en dat de raad van toezicht bij zijn toezichthoudende taak gehouden is toe te zien op publieke belangen.⁹² Het betreft hier privaatrechtelijke rechtspersonen die het verzorgen van onderwijs vrijwillig ter hand hebben genomen. Zij kunnen niet als 'opdrachtnemer' van deze publieke taak worden gezien en zij gelden niet als uitvoeringsorganen van de overheid. Niet de rechtspersonen maar de overheid is verantwoordelijk voor

88. *Kamerstukken II 2014/15, 34251, 4, p. 4.*

89. C.H.C. Overes, 'Aansprakelijkheid van stichtingsbestuurders: bestuurders opgelet!', *Ondernemingsrecht* 2015/103, p. 520; Houwen 2016, p. 24.

90. *Kamerstukken II 2014/15, 34251, 4, p. 4.*

91. Zie par. 5.2 hiervoor.

92. Overes 2013, p. 1044.

de borging van publieke belangen. Dit betekent voor het onderwijs dat de overheid zorg moet dragen voor kwalitatief goed en betaalbaar onderwijs dat voor eenieder toegankelijk is. De continuïteit van het aanbod (in zijn geheel) staat daarin centraal, niet de instelling die het onderwijs aanbiedt.⁹³ De overheid is niet verantwoordelijk voor de continuïteit van de instelling, dit is primair de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon.

De raad van toezicht heeft zich bij de vervulling van zijn taak net als het bestuur te richten op het belang van de rechtspersoon en de met rechtspersoon verbonden onderwijsinstelling. Terecht merkt de Raad op dat indien de interne toezichthouder zich primair kan richten op het belang van de rechtspersoon, zijn relatie met het bestuur onder druk kan komen te staan. Het risico bestaat dat zij verschillende belangen gaan dienen en elkaar daardoor gaan tegenwerken.⁹⁴

De regering erkent dat het belang van goed onderwijs niet op voorhand doorslaggevend is binnen het geheel van deelbelangen dat samen het belang van de rechtspersoon vormt, maar dit belang neemt wel een prominente plaats in binnen dat geheel.⁹⁵ Het statutaire doel van de rechtspersoon is sterk met dit belang verweven, 'ook omdat wettelijke bekostigingsvoorwaarden een directe invloed hebben op de doelstelling van de rechtspersoon en op de taken en verantwoordelijkheden van bestuur en interne toezichthouder (de statuten noemen als onderdeel van de doelomschrijving ook steeds het naleven van de verplichtingen uit de onderwijswetgeving). (...) Het statutaire doel en het dienen van het publieke belang liggen daarmee direct in elkaars verlengde. Het doel van de privaatrechtelijke rechtspersoon (en daarmee het belang van die rechtspersoon) en het publieke belang vertonen dus onderling een grote overlap.' De minister lijkt te suggereren dat de rechtspersonen bij wijze van bekostigingsvoorwaarde in de statutaire doelstelling moeten opnemen dat zij de verplichtingen uit de onderwijswetgeving naleven. Dit zou onjuist zijn, een dergelijke bekostigingsvoorwaarde kennen de onderwijswetten niet. Een dergelijke zienswijze biedt ruimte aan de gedachte dat het dienen van het publieke belang deel uitmaakt van de statutaire doelstelling van de rechtspersoon en het daarmee tot de taak van bestuurders en toezichthouders behoort dit belang te dienen.

Dat het belang van goed onderwijs deel uitmaakt van het belang van de rechtspersoon lijkt mij evident. Een rechtspersoon die zich het verzorgen van onderwijs ten doel stelt zal ernaar streven om goed onderwijs aan te bieden, al is het maar om het feit dat onderwijsprestaties inzichtelijk zijn voor de buitenwereld. Indien de kwaliteit van het onderwijs niet op orde is, verliest de instelling de concurrentieslag en kan daardoor de continuïteit van de instelling in gevaar komen. Het publieke belang van goed onderwijs kan in die zin verweven zijn met het belang van de rechtspersoon. Het belang van de rechtspersoon omvat meer dan het publieke belang. Naast de belangen van haar stakeholders heeft de rechtspersoon belang bij de continuïteit van de instelling en bij het tot uitdrukking brengen van de eigen godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging in het onderwijs. Het bestuur heeft bij de uitvoering van zijn taak alle in aanmerking komende belangen tegen

93. *Kamerstukken II 2014/15, 34251, 4, p. 7 en 12.*

94. *Kamerstukken II 2014/15, 34251, 4, p. 4.*

95. *Kamerstukken II 2014/15, 34251, 4, p. 7; Kamerstukken II 2015/16, 34251, 6, p. 29.*

elkaar af te wegen en de toezichthouder moet erop toezien dat het bestuur een zorgvuldige afweging heeft gemaakt. Het publiek belang mag dan wel in zekere zin verweven zijn met het belang van de rechtspersoon, het valt er niet mee samen en kan er ook mee botsen. Algemene publieke belangen als 'goed onderwijs' en 'continuïteit van het aanbod' zijn te onbepaald om als richtsnoer voor het handelen van bestuur en toezichthouder te dienen. Wat goed onderwijs in een bepaalde context meebrengt, is voor meerdere uitleg vatbaar. Het publiek belang is mijns inziens niet een zelfstandig te dienen belang, waarop de overheid, zonder dit nader te concretiseren in een regeling bij of krachtens de wet, van bestuurders of toezichthouders een bepaald gedrag kan eisen of beletten.⁹⁶ Het is aan de overheid om kaders te stellen om publieke belangen als kwaliteit, toegankelijkheid en doelmatigheid te borgen. Binnen de gestelde kaders zijn de rechtspersonen autonoom in de wijze waarop zij hun statutaire doel verwezenlijken.

Hoewel de minister erkent dat de interne toezichthouder als orgaan van de rechtspersoon het belang van die rechtspersoon voorop moet stellen, onderschrijft zij de opvatting dat interne toezichthouders in het onderwijs naast een instellingsbelang een breder publiek belang hebben te dienen.⁹⁷ De voorgestelde meldingsplicht van de interne toezichthouder is daar een voorbeeld van. Het dienen van publieke belangen brengt volgens de minister mee dat hij verplicht is risicovolle ontwikkelingen te melden aan de externe toezichthouder.⁹⁸ De verplichte melding, die tijdens de behandeling van het wetsvoorstel is gesneuveld, past niet bij de taak en verantwoordelijkheid van de interne toezichthouder binnen de rechtspersoon.⁹⁹ Het is primair de taak van het bestuur om aan de Inspectie te melden dat de kwaliteit of de continuïteit van het onderwijs in gevaar dreigt te komen. Anders dan voor toegelaten instellingen is voor het bestuur geen meldplicht in de wet opgenomen.¹⁰⁰ Het is de taak van de interne toezichthouder om toe te zien op het belang van de rechtspersoon en indien zich risicovolle ontwikkelingen voordoen is het zijn taak deze tijdig te signaleren en tot een oplossing te brengen. Het verplicht moeten melden bij de Inspectie zet zijn verhouding met het bestuur onder druk.¹⁰¹

96. Zijlstra 2009, p. 96.

97. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10, p. 14. Zie ook het advies van de Onderwijsraad 2013, p. 19.

98. *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, 6, p. 30.

99. *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, 10, net als de Raad van State was de Tweede Kamer ook niet overtuigd van de meerwaarde van de meldingsplicht gezien de reeds bestaande wettelijke mogelijkheden waardoor de Inspectie op de hoogte kan zijn van risicovolle ontwikkelingen. Bij eerdere misstanden zoals die zich hebben voorgedaan bij Amarantis en ROC Leiden was de Inspectie vroegtijdig op de hoogte van de problemen. Toch heeft dit niet kunnen voorkomen dat deze instellingen aan hun problemen ten onder gingen (*Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 4, p. 6).

100. Zie hierover L.W.J. Hoppenbrouwers, 'Wettelijke meldplicht voor raad van commissarissen woningcorporaties', *WPNR* 2016/7117.

101. Ook zonder wettelijke grondslag is de interne toezichthouder, volgens de minister, gehouden om risicovolle ontwikkelingen bij de Inspectie te melden en kan het niet melden een grond voor (interne) aansprakelijkheidsstelling zijn indien tijdige melding van (naderend) onheil (grotere) schade bij de instelling had kunnen voorkomen (*Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 4, p. 10). De vraag is of dit juist is. Gelet op de verantwoordelijkheid van de interne toezichthouder kan hij aansprakelijk worden gesteld indien hij zijn rechtspersonenrechtelijke taak onbehoorlijk heeft vervuld. Voor wat betreft de melding aan de Inspectie kan de interne toezichthouder mijns inziens alleen een verwijt worden gemaakt indien hij er onvoldoende op heeft toegezien dat het bestuur de Inspectie tijdig in kennis heeft gesteld.

5.4.2 Is aanvulling van de taakomschrijving wenselijk?

De verschillende onderwijswetten houden geen norm in waarnaar de bestuurders en toezichthouders van de rechtspersoon zich bij de vervulling van hun taak moeten richten. De regering heeft ook niet het voornemen om op het punt van de taakomschrijving van de raad van toezicht aansluiting te zoeken bij art. 31 Woningwet. De onderwijswetgeving is nadrukkelijk gericht op het dienen van een maatschappelijk belang. Onderdeel van het toezicht is het toezien op de naleving van de onderwijswetgeving. Om die reden richt de raad zich als vanzelfsprekend op het dienen van het maatschappelijk belang van goed onderwijs en wordt aanvulling niet nodig geacht.¹⁰²

De codes die in de verschillende sectoren zijn vastgesteld, kennen wel een nadere omschrijving van de taak van het bestuur en het toezichthoudend orgaan. De bepalingen in de verschillende codes zijn niet eenduidig.

Volgens de code voor het primair onderwijs dienen de bestuurders en interne toezichthouders zich bij hun taakvervulling te richten naar de in de code neergelegde opdracht, die vooral refereert aan de maatschappelijke functies van de onderwijsinstellingen en de specifieke verantwoordelijkheid die hieruit voortvloeit.¹⁰³ Voor de instellingen in het voortgezet onderwijs geldt volgens de code dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten naar het belang van leerlingen en hun ouders, de belangen van de overige stakeholders, het belang van de onderwijsorganisatie en naar het belang van de samenleving.¹⁰⁴ Deze norm stemt niet overeen met die voor het interne toezicht. Voor het interne toezicht geldt dat deze toeziet op de onderwijsorganisatie, in het bijzonder op het college van bestuur en houdt daarbij rekening met het organisatiebelang en het publieke belang.¹⁰⁵ Men kan zich afvragen wat de toegevoegde waarde is van deze nadere aanduidingen. Voor zover het de aanduiding van de belangen van stakeholders en het belang van de onderwijsorganisatie betreft, zijn dit reeds belangen waarvan het bestuur zich bij de vervulling van zijn taak rekenschap moet geven.¹⁰⁶ De verwijzingen naar het belang van de samenleving en het publiek belang voegen niets toe. Zonder nadere concretisering kunnen hieruit geen juridisch relevante gedragsnormen worden afgeleid.

5.4.3 Tegenstrijdig belang

Met de uniforme norm dat de bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten op het belang van de rechtspersoon en de met de rechtspersoon verbonden onderneming is bedoeld dat zij deze belangen moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen. Voor het geval dat bestuurders of toezichthouders direct of indirect een eigen belang hebben dat tegenstrijdig is aan

102. *Kamerstukken II* 2015/16, 34251, 6, p. 36.

103. Zie art. 14.1 en art. 21.1 jo. art. 7 Code Goed Bestuur in het primair onderwijs, PO-Raad 2014.

104. Hfdst. 4.1 onder 3 Code Goed Onderwijsbestuur VO, VO-Raad 2015.

105. Hfdst. 4.2 onder 18 Code Goed Onderwijsbestuur VO, VO-Raad 2015.

106. Zie ook art. 2.1, 3.1.1 Code goed bestuur universiteiten 2013, die een opsomming geeft van belangen waarnaar het college van bestuur en de raad van toezicht zich hebben te richten (namelijk de belangen van de universiteit en de belangen van de daarbij betrokken instanties, instellingen en personen). Voor de raad van toezicht geldt deze richtsnoer met als toevoeging 'overeenkomstig de visie op de maatschappelijke positie van de universiteit'.

dat van de rechtspersoon stelt het wetsvoorstel voor de besluitvormingsregeling zoals de wet die thans kent voor bestuurder en commissarissen van N.V.'s en B.V.'s te uniformeren waardoor deze ook op verenigingen en stichtingen van toepassing wordt. De voorgestelde regeling vervangt art. 2:47 BW volgens welk artikel de algemene vergadering in gevallen waarin de vereniging een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders of commissarissen een of meer personen kan aanwijzen om de vereniging te vertegenwoordigen. De regel leidt in de praktijk tot rechtsonzekerheid, aldus de toelichting.¹⁰⁷ Voor de stichting kent de wet geen tegenstrijdigbelangregeling. Het ontbreken van een tegenstrijdigbelangregeling leidt in de praktijk tot onduidelijkheid over de vraag of bestuurders met een tegenstrijdig belang bevoegd zijn de stichting te vertegenwoordigen.¹⁰⁸

In de consultatie zijn terecht kritische noten gekraakt over de voorgestelde regeling.¹⁰⁹ De commentaren hebben echter niet tot aanpassingen geleid in het uiteindelijke wetsvoorstel. Een uitgebreide inhoudelijke bespreking van de tegenstrijdigbelangregeling past niet binnen dit (onderdeel van het) preadvies (zie hierover de bijdrage van Waaijer). Om die reden beperk ik mij tot enkele opmerkingen die mijns inziens relevant zijn voor de toepassing van de voorgestelde regeling in de semipublieke sector.

Zo kan voor verenigingen en stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector de vraag worden gesteld of de voorgestelde tegenstrijdigbelangregeling, gezien de eigen aard van deze verenigingen en stichtingen wel voldoende bescherming biedt aan de belangen van de rechtspersoon en de daarbij betrokkenen, waarvoor de regeling is bedoeld.¹¹⁰ De bescherming die de voorgestelde regeling biedt, bestaat uiteindelijk uit de mogelijkheid om in het geval dat de handeling heeft geresulteerd in schade voor de rechtspersoon, de betreffende bestuurder gehouden kan worden om de eventuele schade te vergoeden, waarvoor steeds een gang naar de rechter nodig is.¹¹¹ In de consultatie is hierop gewezen en is een alternatieve regeling voorgesteld die meer recht doet aan de eigen aard van de vereniging en stichting.¹¹² Ook is gewezen op de mogelijkheid die de voorgestelde regeling (art. 9 lid 5 Wv) biedt om in de statuten van de stichting de schriftelijke verslaglegging weg te kunnen schrijven indien door het ontbreken van een raad van commissarissen (of in het geval dat ook alle leden van dit orgaan geconflicteerd zijn), het geconflicteerde bestuur toch het besluit neemt.¹¹³ Ter bescherming van het belang van de stichting lijkt mij een dwingendrechtelijke regeling op zijn plaats.

Ter zake van een tegenstrijdigbelangtransactie – in het geval dat alle bestuurders zijn geconflicteerd – lijkt een verschuiving van de bestuursverantwoordelijkheid

107. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 5.*

108. Hof Leeuwarden 9 september 2008, *JOR 2008/329 (Stichting Schaapstil)* waarin het hof impliciet aanneemt dat een statutaire beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid mogelijk is, zie hierover Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 247 e.v.; anders Asser/Rensen 2-III* 2012/336 die meent dat een dergelijke statutaire regeling slechts interne werking heeft.

109. Reactie consultatie Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen, Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO), 2004, p. 7-12; Boschma e.a. 2014, p. 166-167.

110. *Kamerstukken II 2015/16, 34291, 3, p. 5.*

111. ZIFO 2014, p. 10.

112. ZIFO 2014, p. 10-11, waarin wordt voorgesteld om voor wat betreft tegenstrijdigbelangtransacties aan te haken bij de systematiek van art. 2:44/291 lid 2 BW. Zie ook W.J.M. van Veen, 'Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in het rechtspersonenrecht', in: *Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht*, Uitgave ZIFO-reeks, deel 13, Deventer: Kluwer 2014, p. 67-68.

113. ZIFO 2014, p. 7-8; Boschma e.a. 2014, p. 167.

plaats te vinden naar de raad van commissarissen of algemene vergadering.¹¹⁴ De situatie dat alle bestuurders geconflieerd zijn zal zich bij semipublieke instellingen die een raad van toezichtmodel hanteren geregeld voordoen aangezien deze in veel gevallen een eenhoofdig bestuur kennen. Om te voorzien in de behoefte aan een heldere verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van bestuur en toezicht lijkt het juist om de bestuursverantwoordelijkheid bij het bestuur te laten en besluiten aan de goedkeuring van de raad van commissarissen of algemene vergadering te onderwerpen.¹¹⁵

5.4.3.1 *Tegenstrijdig belang in de onderwijswet- en regelgeving*

De verschillende onderwijswetten kennen geen tegenstrijdigbelangregeling. Voor interne toezichthouders wordt volstaan met de algemene regel dat de taken en bevoegdheden van het interne toezicht zodanig zijn dat hij een deugdelijk en onafhankelijk intern toezicht kan uitoefenen.¹¹⁶ Voor het basis- en voortgezet onderwijs geldt op grond van de wet dat de door rechtspersoon gehanteerde code ten minste bepalingen dient te bevatten over de wijze waarop invulling wordt gegeven aan een integere bedrijfsvoering, waaronder voorzieningen om verstrengeling van belangen tegen te gaan.¹¹⁷

In de codes die voor de verschillende sectoren zijn vastgesteld zijn, naast regelingen omtrent de onverenigbaarheid van functies, min of meer uitgebreide tegenstrijdigbelangregelingen opgenomen voor het bestuur en toezichthoudende orgaan.¹¹⁸ De regelingen in de verschillende codes maken een weinig afgewogen indruk.

In de code voor het primair onderwijs wordt volstaan met de regel dat iedere schijn van belangenverstrengeling tussen de organisatie en het schoolbestuur/intern toezichtsorgaan wordt voorkomen.¹¹⁹ Hoe dit wordt voorkomen, blijft in het midden en deze algemene regel kan dan ook niet worden opgevat als een voorziening om verstrengeling van belangen tegen te gaan. Op dit punt voldoet de code niet aan de wet. Andere codes houden een verplichting voor bestuurders en toezichthouders in om (potentieel) tegenstrijdige belangen te melden aan de voorzitter van het interne toezicht(houdende orgaan).¹²⁰ De toezichthouder beslist of er sprake is van een tegenstrijdig belang en hoe hiermee moet worden omgegaan.¹²¹ Niet alle codes verbinden aan de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang bij een bestuurder of toezichthouder ook de verplichting dat zij zich dienen te onthouden van de beraad-

114. ZIFO 2014, p. 12.

115. ZIFO 2014, p. 12.

116. Art. 17c lid 2 WPO; art. 24e1 lid 2 WVO; art. 9.1.4 lid 5 WEB; art. 9.7 lid 4 jo. art. 9.51 lid 2 en art. 10.3d lid 4 WHW. In de WHW wordt daaraan toegevoegd dat de leden van de raad van toezicht geen directe belangen mogen hebben bij de universiteit of hogeschool.

117. Art. 171 lid 5 sub b WPO; art. 103 lid 5 sub b WVO.

118. De code VSNU kent uitsluitend een tegenstrijdigbelangregeling voor het college van bestuur.

119. Art. 19 lid 3; art. 24 lid 3 Code PO-Raad.

120. Art. 11.2.2 Code Vereniging Hogescholen; art. 2.3.2 Code VSNU. Volgens de Code VO-Raad en de Code MBO-Raad gelden de verplichting van de bestuurder op dit punt als lidmaatschapsis (hfdst. 2 onder 6 Code VO-Raad en hfdst. 3 onder 12 MBO-Raad) waarvan niet kan worden afgeweken. Voor de toezichthouder geldt de meldingsplicht als richtlijn/aanbeveling waarvoor het 'pas toe of leg uit'-principe geldt (hfdst. 3 onder 12 Code VO-Raad en hfdst. 4 onder 17 Code MBO-Raad).

121. De Code VO-Raad schrijft tevens voor dat hiervan melding wordt gemaakt in het jaarverslag (hfdst. 2 onder 6, hfdst. 3 onder 40).

slaging en besluitvorming.¹²² Voor het college van bestuur van universiteiten¹²³ en het college van bestuur en de raad van toezicht van hogescholen¹²⁴ schrijven de codes voor dat besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen spelen de goedkeuring behoeven van de raad van toezicht. Met de invoering van het wetsvoorstel zal voor alle bestuurders en leden van de raad van toezicht gaan gelden dat zij niet mogen deelnemen aan de beraadslaging en besluitvorming indien zij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang van de vereniging of stichting en de daaraan verbonden onderwijsinstelling. Dat lijkt mij een belangrijke stap in de goede richting. De tegenstrijdigbelangregelingen zoals die in de verschillende codes zijn neergelegd zijn niet coherent en van de regels kan gemotiveerd worden afgeweken. Slechts een enkele code schrijft dwingend voor dat een geconflicteerde bestuurder niet mag deelnemen aan de discussie en besluitvorming.

5.4.3.2 *Is aanvulling op het wettelijk kader wenselijk?*

De vraag is of nadere invulling van de regeling voor het onderwijs wenselijk is en of dit in de onderwijswetgeving dan wel in codes kan worden vormgegeven. Een nadere regeling van de wettelijke regeling komt mij wenselijk voor wat betreft de melding van potentieel tegenstrijdige belangen en hoe hiermee om te gaan. De voorgestelde wettelijke regeling veronderstelt dat bestuurders en toezichthouders potentiële tegenstrijdig belangen melden, maar regelt dit niet. De regeling zoals die in enkele codes is neergelegd waarbij iedere bestuurder en toezichthouder gehouden is potentieel tegenstrijdige belangen te melden aan de overige leden van het orgaan en – in het geval het een bestuurder betreft – aan de interne toezichthouder, verdient mijns inziens de voorkeur. Niet ieder persoonlijk belang van een bestuurder of toezichthouder is immers een tegenstrijdig belang. Of er sprake is van een tegenstrijdig belang is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹²⁵ Het is aan de interne toezichthouder om te beoordelen of er sprake is van een tegenstrijdig belang. Door in het jaarverslag hiervan melding te doen wordt de transparantie binnen de rechtspersoon bevorderd.¹²⁶ Een volgende vraag is of deze aanvulling in de onderwijswetgeving moet worden geregeld dan wel kan worden overgelaten aan het zelfregulerende vermogen van de verschillende sectororganisaties. De onderwijswetgeving houdt geen bepalingen in omtrent de interne verhoudingen binnen de rechtspersoon. Gelet op het feit dat het hier een regeling betreft die een zorgvuldige besluitvorming beoogt te bevorderen binnen de organen van de rechtspersoon is het aan de rechtspersonen en de sectororganisaties om hier in de codes nader invulling aan te geven. Gezien de

122. Dit is wel het geval voor bestuurders en toezichthouders volgens de Code MBO-Raad (hfdst. 3 onder 12, hfdst. 4 onder 17) en voor leden van het college van bestuur van de universiteit (art. 2.3.3 Code VSNU). Voor leden van het college van bestuur geldt de verplichting zich te onthouden aan de beraadslaging en besluitvorming in geval van een tegenstrijdig belang niet, maar merkwaardig genoeg voor de leden van de raad van toezicht wel (art. III.4.5 Code Vereniging Hogescholen).

123. Art. 2.3.1 Code VSNU schrijft voor dat deze goedkeuring vooraf moet worden verleend.

124. Art. II.2.1, II.2.3 en III.4.4 Code Vereniging Hogescholen. Deze verplichting geldt alleen voor transacties die van materiële betekenis zijn voor de hogeschool en/of het lid van het college van bestuur. Van deze besluiten wordt melding gedaan in het jaarverslag.

125. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007/420 (*Bruil/Kombex*).

126. Zoals reeds is geregeld in de Code VO-Raad (hfdst. 2 onder 6 (ten aanzien van bestuurders geldt dit als lidmaatschapsis waarvan afwijking niet mogelijk is), hfdst. 3 onder 40 (toezichthouders)).

huidige regelingen in de verschillende codes (zie par. 5.4.3.1) is op dit punt nog wel wat werk te verrichten.

5.5 Aansprakelijkheid bestuurders en commissarissen

De verduidelijking van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheid van het bestuur en de raad van commissarissen van verenigingen en stichtingen in het wetsvoorstel en het wettelijk vastleggen van de norm over de wijze waarop bestuurders en commissarissen hun taak moeten vervullen, staat in direct verband met de vraag naar de aansprakelijkheid van deze functionarissen.

5.5.1 Uniformering van de interne aansprakelijkheid

Naar aanleiding van de misstanden bij semipublieke instellingen bestaat behoefte aan de mogelijkheid om ook interne toezichthouders hoofdelijk aansprakelijk te kunnen stellen voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling. Het ontbreken van een wettelijke grondslag in het huidige recht daarvoor staat volgens de heersende opvattingen in de literatuur en lagere jurisprudentie aan een hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling van commissarissen op grond van art. 2:9 BW in de weg.¹²⁷ Om falende toezichthouders hoofdelijk aansprakelijk te kunnen stellen in geval van onbehoorlijke taakvervulling is in art. 31 Woningwet en art. 104 Pensioenwet het bepaalde in art. 2:9 BW reeds van overeenkomstige toepassing verklaard op leden van de raad van toezicht. Ook voor de onderwijssector wordt een wettelijke regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheid van toezichthouders noodzakelijk geacht.¹²⁸

Het voorliggende wetsvoorstel voorziet in een uniformering van de aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen en in een uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid tot alle rechtspersonen ongeacht of zij aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen. De wettelijke grondslag voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van commissarissen voor schade als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling vormt een welkome aanvulling van Boek 2 BW.

Een wettelijke regeling in Boek 2 BW verdient de voorkeur boven de regeling in sectorspecifieke wetgeving. Dat de leden van de raad van toezicht hun taak jegens de rechtspersoon behoorlijk dienen te vervullen en dat zij in geval van onbehoorlijke taakvervulling hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade die daarvan het gevolg is, dient mijns inziens voor alle rechtspersonen te gelden ongeacht of de rechtspersoon in de semipublieke sector actief is.¹²⁹

127. Rb. Amsterdam 26 maart 2008, *JOR*2008/126 (*Hestia*); Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR*2014/126 (*Servatius*); M.L. Lennarts, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders van stichtingen', in: *De stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, M.L. Lennarts, W.J.M. van Veen & D.F.M.M. Zaman (red.), Den Haag: Sdu uitgevers 2011, p. 141; Asser/Rensen 2-III* 2012/345; D.F.M.M. Zaman, 'De toekomst van de stichting, de vereniging, de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij', *WPNR*2013/6973; anders Overes 2013, p. 1042-1043. Dit laat overigens onverlet dat commissarissen naar huidig recht wel kunnen worden aangesproken op grond van art. 6:162 BW, waarbij in geval van een aansprakelijkheidsstelling door de rechtspersoon het in art. 2:9 BW bepaalde wel doorwerkt in de wijze waarop art. 6:162 BW wordt toegepast (zie Rb. Oost-Brabant 26 februari, *JOR* 2014/126 (*Servatius*)).

128. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10, p. 23.

129. Zo ook Lennarts 2011, p. 141; Boschma e.a. 2014, p. 168.

5.5.2 Maatstaf voor bestuurders en toezichthouders van semipublieke instellingen

Op stichtingen en verenigingen die onderwijsinstellingen in stand houden is Boek 2 BW onverkort van toepassing. Dit betekent dat met de inwerkingtreding van het wetsvoorstel ook de leden van de raad van toezicht van de stichting of de vereniging die een onderwijsinstelling in stand houden op grond van art. 11b (Wv) hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade in geval van onbehoorlijke taakvervulling. Of bestuurders en toezichthouders ernstig verwijtbaar tekort zijn geschoten in de vervulling van hun taak hangt af van de omstandigheden van het geval. In aansprakelijkheidsprocedures tegen bestuurders van semipublieke instellingen is het feit dat de rechtspersoon handelt ter uitvoering van een publieke taak en daarbij afhankelijk is van publieke middelen een relevante omstandigheid.¹³⁰ Een stap te ver gaat mijns inziens de rechter die het niet naleven van een aanwijzing van de minister, gegeven op basis van de Woningwet om het algemeen volkshuisvestelijk belang te dienen, als een zwaarwegende omstandigheid aanmerkt die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. De rechter oordeelde dat het belang dat de minister nastreefde met de aanwijzing samenvalt met het belang van de rechtspersoon.¹³¹ Een dergelijke uitspraak waarin het belang van de rechtspersoon wordt opgerekt door daaronder publieke belangen te scharen waarvoor de bestuurder verantwoordelijkheid draagt, verdient mijns inziens geen navolging. Het niet naleven van een aanwijzing levert slechts onbehoorlijke taakvervulling op voor zover de bestuurder hiervan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹³²

De huidige maatstaf voldoet bij de beoordeling of er sprake is van onbehoorlijke taakvervulling van een bestuurder of toezichthouder.¹³³ De 'omstandigheden van het geval' laten de rechter voldoende ruimte te beoordelen in hoeverre de publieke taakvervulling daarbij een relevante omstandigheid is.

5.5.3 Uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid

Naast een uniformering van de aansprakelijkheidsregels voor bestuurders en commissarissen voorziet het wetsvoorstel in de uitbreiding van de faillissementsaansprakelijkheid tot alle rechtspersonen ongeacht de rechtsvorm. Het huidige onderscheid tussen commerciële en niet-commerciële verenigingen en stichtingen wordt niet langer gerechtvaardigd geacht, gezien de omstandigheid dat het maatschappelijk belang van niet-commerciële activiteiten van stichtingen en verenigingen in de afgelopen decennia aanzienlijk is gegroeid. Daarbij heeft men met name de stichtingen en verenigingen in de semipublieke sector op het oog. De uitbreiding

130. Een dergelijke omstandigheid noodzaakt onder meer tot een zorgvuldig financieel beheer, het lopen van financiële risico's is daarmee niet verenigbaar, zie Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR* 2008/222 (*Stoas*); Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40 (*Stichting Freule Lauta van Aysma*); Rb. Oost-Brabant 17 juli 2013, *RO* 2013/173 (*Stichting Bureau Jeugdzorg*).

131. Rb. Oost-Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90 (*Servatius*). Ook in de procedure tegen de bestuurder van Stichting Rentree Wonen overweegt de rechter dat het in strijd handelen met sectorspecifieke wetgeving een zwaarwegende omstandigheid kan vormen die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt (Rb. Midden-Nederland 17 december 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:6573*).

132. Overes 2015, p. 521-522; zo ook A. Hendrikse, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in de not-for-profit-sector: van liefdewerk, oud papier, de dingen die voorbijgaan', *Ondernemingsrecht* 2009/40, p. 179.

133. Overes 2015, p. 525; Hendrikse 2009, p. 182.

treft daarmee ook de bestuurders en toezichthouders van stichtingen en verenigingen die onderwijsinstellingen in stand houden.

Ook onderwijsinstellingen kunnen failliet gaan. De overheid is verantwoordelijk voor de continuïteit van het onderwijsaanbod, niet voor de continuïteit van de instelling die het onderwijs verzorgt.¹³⁴ Niet alle verenigingen en stichtingen die onderwijsinstellingen in stand houden zijn in dezelfde mate geprofessionaliseerd. In het basis- en voortgezet onderwijs zijn er verenigingen en stichtingen waar bestuurders en toezichthouders hun functie onbezoldigd vervullen. Voor onbezoldigde bestuurders en toezichthouders van een niet-commerciële vereniging of stichting¹³⁵ zijn in het wetsvoorstel naar aanleiding van de consultaties de scherpe kantjes eraf gehaald doordat de bewijsvermoedens die thans zijn geregeld in art. 2:138/248 lid 2 BW niet op hen van toepassing zijn (art. 9c lid 2 Wv). Daarnaast wordt opgemerkt dat de onbezoldigde taakvervulling een relevante omstandigheid is bij de beoordeling of sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Men kan aan de bestuurders van een kleine stichting waarbij de bestuurders voor hun bestuurswerk slechts een bescheiden vergoeding ontvangen niet dezelfde eisen stellen als aan professionele bestuurders van bijvoorbeeld een woningcorporatie of zorginstelling met een daaraan gekoppelde vergoeding.¹³⁶ De vraag is of dit helemaal juist is. In de literatuur bestaat hierover discussie¹³⁷ en uit jurisprudentie blijkt dat voor de beoordeling of sprake is van onbehoorlijk bestuur dezelfde maatstaf wordt aangelegd als voor een bezoldigd bestuurder.¹³⁸ Het feit dat een bestuurder zijn taak onbezoldigd vervult kan wel een rol spelen bij de beoordeling van een disculpatieverweer of kan een reden zijn om het bedrag waarvoor de bestuurder of toezichthouder aansprakelijk wordt gesteld te matigen.¹³⁹

Het is de vraag of het aanscherpen van de aansprakelijkheidsregels een bijdrage zal leveren aan de verbetering van het bestuur en toezicht.¹⁴⁰ Aanscherping van de aansprakelijkheidsregels voor bestuurders en toezichthouders van semipublieke instellingen kan als ongewenst effect hebben dat bestuurders en commissarissen risico's zullen mijden en dat de bereidheid om zitting te nemen in een bestuur of raad van commissarissen zal afnemen.¹⁴¹

134. *Kamerstukken II 2014/15*, 33822, 4, p. 4 waarin wordt benadrukt dat het afwentelen van bestuurlijk falen op de maatschappij tot het verleden moet gaan behoren. Zie ook *Kamerstukken II 2012/13*, 33495, 10, p. 17. Er zijn echter onderwijsinstellingen die als gevolg van de door de overheid gestimuleerde schaalvergroting 'too big to fall' zijn. Door het faillissement van deze 'mega'-instellingen kan het onderwijsaanbod in gevaar komen waardoor de overheid vanwege haar verantwoordelijkheid voor de continuïteit van het onderwijs genoodzaakt is maatregelen te nemen om het onderwijsaanbod te waarborgen (zoals bij ROC Leiden en Amarantis, *Kamerstukken II 2012/13*, 33495, 5, p. 5).

135. Niet-commerciële verenigingen of stichtingen zijn de verenigingen en stichtingen die niet aan de heffing van vennootschapsbelasting zijn onderworpen.

136. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 4, p. 10.

137. Zie voor overzicht van de discussie Overes 2015, p. 524.

138. Hof Arnhem 2 december 1997, *JOR 1998/28* (*Stichting Volwassenen Educatie Flevo*); Rb. Arnhem 23 april 2008, *RO 2008/54* (*Schuttersgilde*); Hof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR 2012/348* (*Nederlandse Rode Kruis*).

139. Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR 2011/40*; Hof 's-Hertogenbosch 20 december 2011, *JOR 2012/103*; Rb. Rotterdam 1 augustus 2012, *RO 2012/72*.

140. Het aansprakelijkheidsrecht wordt door het kabinet als een belangrijk instrument gezien om goed bestuur en toezicht te stimuleren in de zin dat de wetenschap van mogelijke aansprakelijkheid ongewenst gedrag zal ontmoedigen (*Kamerstukken II 2013/14*, 33750 VI, 31, p. 2).

141. Boschma e.a. 2014, p. 171; Overes 2015, p. 525.

5.5.4 Aanvullende regeling op de voorstellen noodzakelijk in onderwijswetgeving?

Wijziging van de onderwijswetgeving in aanvulling op art. 11b Wv zal volgens de minister alleen noodzakelijk zijn voor zover de interne toezichthouder niet opereert als orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon die de instelling in stand houdt, maar als orgaan van de instelling zelf. In dat geval valt de interne toezichthouder immers niet rechtstreeks onder art. 11b Wv.¹⁴²

Voor het hoger onderwijs is in het Voorontwerp Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen voor wat betreft de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders een uitbreiding voorgesteld van het huidige art. 2.9 lid 5 WHW. Op grond van deze bepaling zijn leden van het college van bestuur of het algemeen bestuur van een rechtspersoonlijkheid bezittende openbare instelling persoonlijk aansprakelijk jegens de instelling voor schade als gevolg van uitgaven die in strijd met de wet zijn gedaan.¹⁴³ Indien de openbare instelling niet binnen de door de minister gestelde termijn tot actie overgaat is de Minister van OCW bevoegd om namens en ten behoeve van de instelling de bestuurders aansprakelijk te stellen. Ten behoeve van een zo veel mogelijk gelijke behandeling en positie van de openbare en bijzondere instellingen in het hoger onderwijs wordt voorgesteld deze regeling uit te breiden tot bestuurders en toezichthouders van (zowel openbare als) bijzondere instellingen.¹⁴⁴

Het aansprakelijkheidsregime zoals geregeld in art. 2.9 lid 5 WHW is beperkt vergeleken met de hoofdelijke aansprakelijkheid wegens onbehoorlijke taakvervulling zoals geregeld c.q. voorgesteld in Boek 2 BW. De aansprakelijkheid op grond van art. 2.9 lid 5 WHW ziet blijkens de tekst alleen op uitgaven waarvan de minister heeft vastgesteld dat deze in strijd met de wet zijn gedaan. Voor de aansprakelijkheid op grond van art. 2.9 lid 5 WHW is niet vereist dat er sprake is van een onbehoorlijke taakvervulling.¹⁴⁵ Anders dan een aansprakelijkheidsprocedure op grond van Boek 2 BW kan de minister zelf een procedure aanhangig maken indien de rechtspersoon daarmee in gebreke blijft.

Een aansprakelijkheidsprocedure op grond van art. 2:9 BW (art. 9b/11b Wv) is voorbehouden aan de rechtspersoon. Wel oefent de overheid bij semipublieke instellingen waar publieke middelen in het geding zijn druk uit op de rechtspersoon om onderzoek te doen of er sprake is van feiten en gedragingen die als onbehoorlijk bestuur en toezicht kunnen worden aangemerkt.¹⁴⁶ Naar aanleiding van de mis-

142. *Kamerstukken II 2014/15, 34251, 3, p. 24-25.*

143. Art. 2.9 lid 5 WHW.

144. Voorontwerp Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen art. V, A, en de toelichting bij het voorontwerp p. 7 (te raadplegen via www.internetconsultatie.nl).

145. Zie Rb. Arnhem 21 mei 2008, *JOR 2008/222 (Stoas)*.

146. Bij het actief aansturen van semipublieke instellingen om tot aansprakelijkheidsstelling over te gaan blijkt vooral het afgeven van een signaal naar de rest van de branche een belangrijk motief. Zie hierover R.J.J. Eshuis e.a., *Het aansprakelijk stellen van bestuurders*, Den Haag: WODC 2011, p. 46.

standen bij Amarantis¹⁴⁷ en het ROC Leiden heeft de overheid zelf het onderzoek in gang gezet.¹⁴⁸

De overheid heeft in beginsel de mogelijkheid om bestuurders en toezichthouders aan te spreken op basis van een onrechtmatige daad. Dit is niet eenvoudig omdat onbehoorlijke taakvervulling jegens de rechtspersoon nog niet betekent dat zij jegens de overheid een zorgvuldigheidsnorm hebben geschonden. Voor de aansprakelijkheid van een bestuurder of toezichthouder tegenover een derde geldt een hoge drempel.¹⁴⁹ Aangevoerd zal moeten worden dat de bestuurder respectievelijk toezichthouder ter zake van de benadeling van de overheid een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarvan kan sprake zijn indien zij in hun handelwijze bewust hebben aangestuurd op het toebrengen van schade.¹⁵⁰

5.6 Modernisering van de ontslagregeling van bestuurders en commissarissen van stichting

5.6.1 Algemeen

Het wetsvoorstel Bestuur en toezicht voorziet in een verruiming van de ontslaggronden van stichtingsbestuurders. Op grond van Boek 2 BW is het bestuur het enige verplichte orgaan. De wetgever achtte volkomen onaantastbaarheid van stichtingsbestuurders maatschappelijk ongewenst en om die reden kent de wet in art. 2:298 BW een bijzondere regeling voor het ontslag van een stichtingsbestuurder door de rechter indien de bestuurder handelt in strijd met de wet of de statuten of hij zich schuldig maakt aan wanbeheer.

Deze ontslaggronden zijn in de jurisprudentie bewust beperkt uitgelegd. Volgens de Hoge Raad heeft de wetgever met art. 12 Wet op stichtingen 1956, waaraan art. 2:298 BW ontleend is, niet een algemene controle op het beleid van de bestuurders op het oog gehad, doch slechts een controle op de rechtmatigheid daarvan.¹⁵¹ Dit brengt mee dat het handelen in strijd met wettelijke of statutaire bepalingen slechts een grond oplevert voor ontslag als op het moment van het plegen van de handelingen redelijkerwijs geen verschil van mening over de onrechtmatigheid mogelijk was.¹⁵² In lijn hiermee ziet het begrip wanbeheer volgens de Hoge Raad niet op wanbestuur in het algemeen maar op tekortkomingen ten aanzien van het beheer

147. Naar aanleiding van de misstanden bij Amarantis is uitgebreid onderzoek gedaan door de Commissie onderzoek financiële problematiek Amarantis (*Stcrt.* 2012, 11267). De bevindingen van deze commissie (*Autonomie verplicht* (Den Haag 2012); *Niet onwettig, wel onwenselijk* (Rapport vervolgonderzoek Den Haag 2013)) zijn geen aanleiding geweest om oud-bestuurders en voormalige leden van de raad van toezicht aansprakelijk te stellen.

148. Op basis van het rapport van de Commissie onderzoek huisvesting ROC Leiden (*Stcrt.* 2015, 12679), *Ontspoorde ambitie* (Den Haag, 2015), heeft de Stichting ROC Leiden op aandringen van de minister nader onderzoek gedaan naar het persoonlijk verwijtbaar handelen van bestuurders en toezichthouders (*Kamerstukken II* 2015/16, 33495, 91, p. 2). Naar aanleiding hiervan stelt de stichting 13 oud-bestuurders en voormalige leden van de raad van toezicht gezamenlijk aansprakelijk voor een bedrag van 40 miljoen euro (bron: *Leidsch Dagblad* 25 augustus 2016).

149. Zie A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 2015/7087 en recent HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22.

150. Het onderzoek naar de misstanden bij ROC Leiden gaf op dit punt geen aanleiding voor nader onderzoek of bestuurders in hun handelwijze bewust hebben aangestuurd op het berokkenen van schade aan de minister (zie onderzoeksrapport *Ontspoorde ambitie* 2015, p. 88).

151. HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/222, m.nt. Scholten.

152. HR 20 april 2007, *NJ* 2007/241; Hof 's-Hertogenbosch 23 augustus 2005, *JOR* 2006/145.

over het vermogen van de stichting of de zorg voor het verkrijgen van voldoende inkomsten voor de stichting.¹⁵³

Volgens de toelichting op het wetsvoorstel zijn de ontslaggronden, vanwege de beperkte uitleg, in de praktijk niet toereikend om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat de continuïteit van de betreffende stichting in gevaar komt. In geval van stichtingen die actief zijn in de semipublieke sector kan daardoor mogelijk ook de uitvoering van diensten of taken van publiek belang in het gedrang komen.¹⁵⁴

Ik vraag mij af of de huidige ontslaggronden ontoereikend zijn om het ontslag van een bestuurder te bewerkstelligen indien hij het belang van de stichting zodanig schaadt dat het handhaven van de bestuurder niet langer verantwoord is. Ontslag is niet alleen mogelijk in geval van wanbeheer maar ook wegens het handelen in strijd met de wet of statuten. Verdedigbaar is dat een bestuur die zijn taak onbehoorlijk vervult of zich zo ernstig misdraagt dat hij redelijkerwijs niet als bestuurder kan worden gehandhaafd door de rechter kan worden ontslagen, wegens het handelen of nalaten in strijd met de wet of statuten.¹⁵⁵

Op advies van de commissie vennootschapsrecht is in het wetsvoorstel aansluiting gezocht bij de ontslaggronden zoals die gelden voor commissarissen van structuurvennootschappen (art. 2:161/271 lid 2 BW).¹⁵⁶ De wijziging betekent een aanmerkelijke verruiming van de gronden voor ontslag ten opzichte van de huidige regeling. De wijziging van art. 2:298 BW lijkt vooral ingegeven door de wens van de overheid om in te kunnen grijpen in geval van misstanden bij stichtingen die in de semipublieke sector actief zijn. De verruiming van de ontslaggronden lijkt volgens de toelichting ruimte te bieden voor een ontslag van de bestuurder en toezichthouder indien er sprake is van schending van een publiek belang.¹⁵⁷ Dit is mijns inziens een onwenselijke ontwikkeling. Zoals in par. 5.4.1 beschreven, vormt het belang van de stichting en de met haar verbonden onderneming het richtsnoer voor het handelen van de bestuurder en toezichthouder. Gezien de statutaire doelstelling van stichtingen in de semipublieke sector is het belang van deze stichtingen in zekere zin verweven met publieke belangen. Zonder nadere concretisering van deze publieke belangen in termen van taken en verantwoordelijkheden voor bestuurders en toezichthouders maken publieke belangen geen deel uit van het belang van de rechtspersoon en kan een bestuurder of toezichthouder niet door de rechter worden ontslagen op grond van schending van het publieke belang.

Een verzoek tot ontslag op grond van art. 2:298 BW is bedoeld als een uiterste middel, gezien ook het aan het ontslag gekoppelde bestuursverbod (lid 3) en de voorgestelde verzwaaring daarvan, en moet niet op lichtvaardige gronden kunnen worden gedaan.

153. HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/222; HR 23 april 2004, *JOR* 2004/160.

154. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7-8.

155. Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 274; Asser/Rensen 2-III*2012/349; T.J. van der Ploeg, 'Overheidstoezicht op stichtingen', in: *De Stichting. Kritische beschouwingen over de wettelijke regeling voor een veelzijdige rechtsvorm*, M.L. Lennarts e.a. (red.), Den Haag: Sdu uitgevers 2011, p. 89; E. Schmieman, 'De stand van zaken bij het toezicht van stichtingen', *TvOB* 2008, afl. 2, p. 48.

156. Advies Commissie Vennootschapsrecht 19 oktober 2015, p. 3-4.

157. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7-8.

De uitbreiding van de ontslagmogelijkheid tot de leden van de raad van toezicht in het wetsvoorstel acht ik overigens een goede zaak.¹⁵⁸

In het onderwijs staat de mogelijkheid om in te kunnen grijpen in het bestuur of toezichthoudend orgaan via een verzoek aan de rechter hoog op de politieke agenda.¹⁵⁹ De regering wil de ontslagmogelijkheid inzetten in situaties waarin gevaar dreigt voor de continuïteit van de stichting en de door haar geleverde diensten en voorgesteld wordt de regeling uit te breiden tot andere rechtspersoonsvormen.¹⁶⁰

Een verzoek tot ontslag op grond van art. 2:298 BW kan thans alleen worden gedaan door het Openbaar Ministerie of een belanghebbende. Door de uitbreiding van de ontslaggronden meent de regering evenwel dat de mogelijkheden om zich als belanghebbende te kwalificeren laagdrempeliger zijn dan nu het geval is.¹⁶¹ De vraag is of dit juist is.

5.6.2 De Staat als ‘belanghebbende’

De vraag wie belanghebbende is moet worden beoordeeld aan de hand van de door de Hoge Raad geformuleerde twee kringenleer. Volgens de Hoge Raad moet uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid of iemand belanghebbende is.¹⁶² Bij de beantwoording van die vraag speelt een rol i) in hoeverre de (rechts)persoon door de uitkomst van de betreffende procedure zodanig in een eigen belang wordt getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang of ii) in hoeverre hij anderszins zo nauw betrokken is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld, dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen.¹⁶³

Veel minder stellig dan in de toelichting op het voorontwerp¹⁶⁴ wordt in de toelichting op het wetsvoorstel opgemerkt dat voor de beantwoording van de vraag of de Staat als belanghebbende kan worden aangemerkt van belang is dat in gevallen waarin sprake is van een financieringsrelatie, de Staat in zijn belangen kan worden geraakt wanneer de stichtingsbestuurder het belang van de stichting schaadt. In de onderwijssector is ook mogelijk dat de Staat vanwege zijn stelselverantwoordelijkheid als belanghebbende wordt aangemerkt.¹⁶⁵

Ter ondersteuning van deze stellingname wordt verwezen naar de procedure inzake de Stichting Islamitische Scholen Helmond.¹⁶⁶ Nolen merkt terecht op dat deze verwijzing op zijn minst lichtvaardig is en weinig gedegen.¹⁶⁷ Deze casus, waarin – onder meer – sprake was van een onrechtmatige besteding van middelen, dateert

158. Ook instemmend Boschma e.a. 2014, p. 170; M. Koelemeijer, ‘De nieuwe ontslagregeling voor de stichting, naar een beter bestuur en toezicht’, *TvOB* 2016, afl. 1, p. 29. In de literatuur werd dit reeds eerder bepleit door Dijk/Van der Ploeg 2013, p. 275; Houwen 2014, p. 147.

159. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10, p. 23.

160. Voorontwerp van Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen art. IX.1.

161. Toelichting Voorontwerp van Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, p. 8, en *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 3, p. 25.

162. HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992/149 (*Stichting NIAO*).

163. HR 6 juni 2003, *JOR* 2003/161 (*Scheipar*); HR 20 november 2006, *JOR* 2007/16 (*Stichting IHD Zorg in het Buitenland*).

164. Toelichting op het Voorontwerp Bestuur en toezicht rechtspersonen, p. 33-34.

165. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 35.

166. Rb. ‘s-Hertogenbosch 30 januari 2008, *JOR* 2008/69, m.nt. Schmieman; Hof ‘s-Hertogenbosch 22 oktober 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG2138.

167. Nolen 2014, p. 145.

uit 2008. Destijds kon de minister alleen ingrijpen door middel van een bekostigings sanctie, hetgeen de voortzetting van de school in gevaar zou brengen. Sinds 2010 heeft de minister ten aanzien van rechtspersonen die een of meer scholen voor basis- of voortgezet onderwijs in stand houden, de bevoegdheid om in geval van financieel wanbeleid de rechtspersoon een aanwijzing te geven, welke aanwijzing ook kan inhouden het ontslag van een bestuurder of toezichthouder.¹⁶⁸ Deze aanwijzingsbevoegdheid is ingevoerd juist met het oog op het feit dat het geheel of gedeeltelijk intrekken van de bekostiging steeds ten koste zal gaan van het primaire proces, het verzorgen van onderwijs.¹⁶⁹

Als gevolg van de misstanden is de aanwijzingsbevoegdheid uitgebreid tot instellingen in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs en zijn de gronden voor het geven van een aanwijzing uitgebreid.¹⁷⁰ Een aanwijzing kan niet alleen worden gegeven in geval van financieel wanbeleid maar ook in geval van ernstige nalatigheid om maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn voor het waarborgen van de kwaliteit en goede voortgang van het onderwijs aan de onderwijsinstelling en om te voorkomen dat de kwaliteit van het onderwijsstelsel in gevaar komt.¹⁷¹ Indien de aanwijzing niet wordt gevolgd kan de bekostiging worden ingetrokken. Daarmee heeft de overheid voldoende publiekrechtelijke middelen in handen om bestuurders en toezichthouders in het onderwijs die het publieke belang in gevaar brengen een halt toe te roepen. Met het geven van een aanwijzing aan de rechtspersoon kan de facto een vergelijkbaar resultaat worden bewerkstelligd als via de civielrechtelijke procedure van art. 2:298 BW.¹⁷² Als het publieke belang publiekrechtelijk is beschermd en de overheid door gebruikmaking van een publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke weg behoort in beginsel de publiekrechtelijke weg te worden gevolgd.¹⁷³

5.6.3 Voorstellen tot aanvulling van de ontslagmogelijkheden van bestuurders en toezichthouders in het onderwijs

In aanvulling op het wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen is de regering voornemens de ontslagmogelijkheden ook te laten gelden ten aanzien van bestuurders en toezichthouders van andere rechtspersoonsvormen die onderwijsinstellingen in stand houden.¹⁷⁴ Indien een aanwijzing onvoldoende oplevert en acuut ingrijpen

168. Ingevoerd bij wet van 4 februari 2010, *Stb.* 2010, 80 (art. 163b WPO; art. 103g WVVO). Zie over de aanwijzingsbevoegdheid C.H.C. Overes, 'Een zorgplicht voor goed bestuur in het bijzonder onderwijs?', in: *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, C.E.C. Jansen e.a. (red.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 95-98.

169. *Kamerstukken II* 2008/09, 31828, 3, p. 5.

170. Wet van 4 december 2013, *Stb.* 2013, 558.

171. Art. 163b lid 2 a-b WPO; art. 103g lid 2 a-b WVVO; art. 9.1.4a lid 2 a-b WEB; art. 9.9a lid 2 a-b en 10.3e lid 2 a-b WHW.

172. Hoewel het aan de rechtspersoon is de aanwijzing al dan niet op te volgen heeft de rechtspersoon, gezien de mogelijke bekostigings sanctie, deze vrijheid in de praktijk niet (zie hierover *Handelingen II* 2008/09, 103, p. 108-8664, p. 108-8667).

173. HR 26 januari 1990, *NJ* 1991/393 (*Windmill*). Zie hierover Nolen 2014, uitgebreid p. 161 e.v.

174. *Kamerstukken II* 2014/15, 34251, 3, p. 25. In het Voorontwerp Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen werd, naast een uitbreiding van de ontslagmogelijkheid tot andere rechtspersonen, art. 2:298 BW van overeenkomstige toepassing verklaard op leden van het college van bestuur en de raad van toezicht van instellingen in het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs (art. IX.4 en IX.5 Voorontwerp). Reden daarvoor is ook hier dat het college van bestuur en de raad van toezicht bij bijzondere instellingen in die sectoren geen orgaan zijn van een stichting of vereniging die de instelling in stand houdt, maar orgaan van de instelling zelf (Toelichting voorontwerp, p. 8).

noodzakelijk is dan moet de minister de rechter kunnen verzoeken om bestuurders of toezichthouders te schorsen of te ontslaan, aldus de bewindslieden.¹⁷⁵ De uitbreiding tot andere rechtspersoonsvormen betreft met name verenigingen.¹⁷⁶ Aan een dergelijke uitbreiding bestaat in de onderwijssector behoefte met het oog op het publiek belang.¹⁷⁷ Van de algemene vergadering kan volgens de toelichting op het voorontwerp '(...) niet worden verwacht dat zij ook acht slaat op publieke belangen. Het is de taak van de Minister om dat wel te doen. De onderwijswetgeving zal specifiek om redenen van bescherming van het publieke belang, aanvullend op de beoogde nieuwe regels van het BW regelen dat ook bestuurders en interne toezichthouders van verenigingen op gronden volgens die nieuwe regels kunnen worden geschorst en ontslagen door de rechter op verzoek van de Minister indien de Minister (...) kan worden gekwalificeerd als belanghebbende.'¹⁷⁸

Deze toelichting op de voorgestelde aanvulling geeft duidelijk weer dat de minister door de verruiming van de ontslaggronden van art. 2:298 BW, ruimte ziet om de rechter te kunnen verzoeken een bestuurder of commissaris te ontslaan indien hij in strijd handelt met het publieke belang. Zoals ik hiervoor heb betoogd, leent art. 2:298 BW zich niet voor het borgen van publieke belangen. Het borgen van publieke belangen dient te worden bewerkstelligd langs publiekrechtelijke weg. Op grond van de onderwijswetgeving heeft de overheid voldoende publiekrechtelijke middelen in handen om bestuurders en toezichthouders die het publiek belang in gevaar brengen te doen ontslaan.

Een verdere uitbreiding van de ontslagmogelijkheid van art. 2:298 BW is bij de stichting niet wenselijk en dit geldt eveneens voor een uitbreiding van de ontslagmogelijkheid tot de vereniging. De voorgestelde uitbreiding van de ontslagmogelijkheid tot bestuurders en toezichthouders van verenigingen is daarbij ook in strijd met de materiële kenmerken van de vereniging. Het zijn de leden, die de basis vormen voor de vereniging, die bevoegd zijn tot benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen.¹⁷⁹ De wet kent bewust alleen voor de stichting de ontslagmogelijkheid via de rechter vanwege het ontbreken van een intern orgaan dat bevoegd is om wanpresterende bestuurders of toezichthouders te ontslaan. Weliswaar kan van Boek 2 BW worden afgeweken maar daarvoor dienen wel bijzondere redenen aanwezig te zijn die deze afwijking rechtvaardigen. Deze redenen zie ik voor de onderwijssector niet mede gezien de in art. 23 Gw gewaarborgde vrijheid van onderwijs die tot terughoudendheid noopt, ook voor zover het de inrichting van de rechtspersoon betreft die de onderwijsinstelling in stand houdt.

5.7 Het opmaken van de balans

Belangrijke aanleiding voor het wetsvoorstel is de noodzaak tot verbetering van de governance van verenigingen en stichtingen die actief zijn in de semipublieke

175. *Kamerstukken II* 2012/13, 33495, 10, p. 23.

176. Voorontwerp van Wet versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen art. IX.1 en IX.3 (art. 17c1; art. 24e1).

177. Toelichting Voorontwerp Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, p. 13.

178. Toelichting Voorontwerp Versterking bestuurskracht onderwijsinstellingen, p. 8-9 en 13. Zie hierover C.H.C. Overes, 'Bestuurlijke inrichting van semipublieke instellingen. Meer of minder sectorspecifieke regels?', in: *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht*, IVO-reeks nr. 98, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 60.

179. Zie ook Houwen 2014, p. 146.

sector. De aanvulling en verduidelijking van het wettelijk kader met een wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen en een regeling van het one tier-model voorzien in een behoefte van de praktijk. Blijkens de toelichting op het wetsvoorstel kan de voorgestelde basisregeling in sectorspecifieke wet- en regelgeving worden aangevuld en er kan – voor zover noodzakelijk – van worden afgeweken. Uit de beleidsvoornemens en voorstellen tot aanvullende wetgeving op onderwijs-terrein blijkt de wens van de regering om via het privaatrecht meer greep te krijgen op de onderwijsinstellingen om publieke belangen te borgen. Het wetsvoorstel, nadrukkelijk gepresenteerd als basisregeling die in sectorspecifieke wetgeving nader kan worden ingevuld en aangevuld, biedt daartoe de nodige ruimte. Hoewel voor het onderwijs geen voornemen bestaat de taakomschrijving van bestuurders en leden van de raad van toezicht aan te vullen met nader aan te duiden publieke belangen zien we in discussies over het belang van de rechtspersoon dat de regering publieke belangen nadrukkelijk als onderdeel ziet van het belang van de rechtspersoon. Heel expliciet blijkt dit bij de uitbreiding van de gronden voor ontslag van stichtingsbestuurders en toezichthouders en de voorstellen tot aanvulling hiervan. Gezien de publiekrechtelijke verhouding tussen de overheid en de privaatrechtelijke organisaties die onderwijsinstellingen in stand houden en de mede in verband met art. 23 Gw vereiste terughoudende opstelling van de overheid om zich te mengen in de bestuurlijke verhoudingen binnen de rechtspersonen, is het bieden van ruimte aan de overheid om via het privaatrechtelijk instrumentarium sturing te kunnen geven aan de uitvoering van taken door de privaatrechtelijke rechtspersonen mijns inziens een onwenselijke ontwikkeling. Het draagt niet bij aan een eenduidig begrip van de wet, creëert rechtsonzekerheid en doorkruist het doel van het wetsvoorstel om de regels met betrekking tot de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verduidelijken.

In dit preadvies ben ik voor de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel ingegaan op de vraag hoe het wetsvoorstel zich verhoudt tot de onderwijswetgeving en op de vraag of aanvullende regels nodig zijn. Ik ben daarbij ingegaan op de beleidsvoornemens en voorstellen die voor de onderwijssector zijn gedaan.

De wettelijke regeling van de grondslag voor de raad van commissarissen en de wettelijke regeling van het one tier-model kan zonder meer worden toegepast voor zover het instellingen in basis- en voortgezet onderwijs betreft (par. 5.3.2). De voorgestelde basisregeling beoogt geen wijziging te brengen in de bestaande bestuurs- en toezichtstructuren. Gelet op de variëteit in de statutaire regelingen waarop aan de verplichte scheiding van bestuur en toezicht is vormgegeven, zullen deze statutaire regelingen nader tegen het licht moeten worden gehouden of de statutaire organen als het bestuur of de raad van commissarissen in de zin van de wet kunnen worden aangemerkt. In de onderwijswetgeving kunnen nadere waarborgen omtrent de omvang en samenstelling van het bestuur worden opgenomen om de governance van de instellingen te verbeteren op de wijze zoals voorgesteld in par. 5.3.2.2.

Voor het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs is een betere aansluiting op Boek 2 BW wenselijk door de regels voor wat betreft het bestuur en toezicht te richten tot de rechtspersoon in plaats van tot de door de rechtspersoon in stand gehouden instelling (par. 5.3.3). Dit vergt een ingrijpender wijziging van de onderwijswetge-

ving. Voor rechtspersonen die instellingen in deze sectoren in stand houden dient zowel het raad van toezichtmodel als het one tier-model mogelijk te zijn. Zonder wettelijk voor te schrijven welk model dient te worden gevolgd, kunnen in de onderwijswetgeving de taken en bevoegdheden van de interne toezichthouder nader worden ingevuld. Ook de voorgestelde waarborgen voor wat betreft de omvang en samenstelling van het bestuur kunnen in de wet worden opgenomen. Indien in de onderwijswetgeving voor het middelbaar beroeps- en hoger onderwijs een betere aansluiting wordt gezocht met Boek 2 BW zullen aanvullende regels voor wat betreft de aansprakelijkheid van de leden van het college van bestuur en de raad van toezicht niet nodig zijn.

Een nadere invulling van de voorgestelde taakomschrijving van bestuurders en leden van de raad van commissarissen is onwenselijk (par. 5.4). Oprekking van het belang van de rechtspersoon door onder dit belang ook niet nader geconcretiseerde publieke belangen te scharen, leidt tot rechtsonzekerheid voor wat betreft de reikwijdte van de verantwoordelijkheid van bestuurders en toezichthouders en hun mogelijke aansprakelijkheid.

De wettelijke tegenstrijdigbelangregeling voor verenigingen en stichtingen is rechtstreeks van toepassing op stichtingen en verenigingen die onderwijsinstellingen in stand houden (par. 5.4.3). Tegenstrijdigbelangregelingen zijn thans opgenomen in de codes die voor de verschillende sectoren zijn vastgesteld. Deze codes sluiten niet aan op de voorgestelde regeling in het wetsvoorstel. Het verdient aanbeveling om in aanvulling op de wet in codes een regeling op te nemen over de melding van tegenstrijdige belangen, de wijze waarop met de melding wordt omgegaan en hoe hiervan verslag wordt gedaan.

De uniformering van de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in geval van onbehoorlijke taakvervulling is een welkome aanvulling op Boek 2 BW. Aan een nadere aan- of invulling van de aansprakelijkheidsregels voor bestuurders en toezichthouders bestaat geen behoefte (par. 5.5). De maatstaf voor de beoordeling of bestuurders en toezichthouders hun taak onbehoorlijk hebben vervuld laat voldoende ruimte om rekening te houden met de omstandigheid dat de rechtspersoon een publieke taak vervult en daarvoor uit algemene middelen wordt gefinancierd. Een aanscherping van de aansprakelijkheid door aan te nemen dat het schaden van publieke belangen of het niet naleven van sectorale wet- en regelgeving kan worden opgevat als een schending van een fundamenteel voorschrift die het belang van de rechtspersoon beoogt te beschermen is onwenselijk en mijns inziens onjuist.

De verruiming van de ontslaggronden dient mijns inziens kritisch te worden gezien gezien de ruimte die de voorgestelde regeling blijkens de toelichting biedt om bij semipublieke instellingen in te kunnen grijpen indien publieke belangen door het functioneren van bestuurders en toezichthouders in het gedrang komen (zie par. 5.6). De civielrechtelijke procedure van art. 2:298 BW leent zich niet voor het borgen van publieke belangen. Voor de onderwijssector geldt dat de minister voldoende interventiebevoegdheden heeft om op grond van het publiekrecht publieke belangen te borgen. De voor de onderwijssector voorgestelde uitbreiding van de regeling van art. 2:298 BW naar verenigingen is in strijd met de wezenskenmerken van de vereniging waarin het aan de leden/algemene vergadering is om bestuurders en toezichthouders te ontslaan. Er zijn geen bijzondere redenen die voor de onderwijssector een afwijking van Boek 2 BW op dit punt rechtvaardigen.

Hoofdstuk 6

De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen: een aanwinst voor de zorgsector?

Mr. dr. E. Plomp *

6.1 Inleiding

Naar aanleiding van een aantal incidenten in de zorg heeft de wetgever de afgelopen jaren verschillende pogingen gedaan om tot een meer uitgewerkte wettelijke regeling met betrekking tot het bestuur en toezicht van zorginstellingen te komen. Er werden voorstellen gedaan voor een Wet maatschappelijke onderneming, een Wet cliëntenrechten zorg en een Wet goed bestuur in de zorg. Geen van alle hebben echter de eindstreep gehaald. Onder andere naar aanleiding van adviezen van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg¹ en de Commissie Behoorlijk Bestuur (commissie-Halsema),² waarin de meerwaarde van aanvullende regulering werd genuanceerd en juist het belang van aspecten zoals een ‘cultuur van aanspreekbaarheid’ werd benadrukt, besloten de Minister en Staatssecretaris van VWS in januari 2015 uiteindelijk een pas op de plaats te maken en voorlopig af te zien van een publiekrechtelijke regeling met betrekking tot governance in de zorg.³

Het nieuwe beleid is erop gericht om een ‘goede balans te vinden tussen regelgeving door de overheid en de eigen verantwoordelijkheid van zorgaanbieders’. Daartoe hebben de minister en staatssecretaris vier ‘speerpunten’ geformuleerd: (i) aanscherpen van de verantwoordelijkheden van bestuurders en toezichthouders; (ii) versterken van het extern toezicht en aanpakken van onbehoorlijk bestuur en wanbeleid; (iii) optimaliseren van *checks and balances* langs de weg van medezeggenschap; en (iv) stimuleren van een debat over goed bestuur. Het beleid wordt nader uitgewerkt in verschillende maatregelen, waarmee inmiddels al de nodige vorderingen zijn gemaakt. Er komt onder andere een herziene versie van de Zorgbrede Governance-code, die op onderdelen uitgebreider is en die ook gaat gelden voor zorgaanbieders die niet bij de brancheorganisaties in de zorg zijn aangesloten. De Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) gaat goed bestuur meer bij het reguliere toezicht betrekken en zal daarbij de naleving van de code ‘prominent gaan gebruiken’. Zowel de IGZ als de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) zullen bovendien hun wettelijke instrumenten vaker inzetten om in te grijpen bij of richting zorgaanbieders die zich niet houden aan wettelijke eisen die verband houden met goed bestuur (zoals de eisen

* Mr. dr. E. Plomp (1976) studeerde farmacie, Nederlands recht en geneeskunde. Zij werkte bijna zes jaar als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek (Corporate Litigation en Banking & Capital Markets), promoveerde in het economisch gezondheidsrecht (*Winst in de zorg* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011) en specialiseerde zich in de psychiatrie in het UMC Utrecht (registratie 2013). Thans werkt zij als psychiater bij Altrecht op de crisisdienst in Zeist en als juridisch adviseur bij PSYCHOLEX, juridisch adviesbureau voor de zorgsector.

1. RVZ, *Garanties voor kwaliteit van zorg*. Advies aan de Minister van VWS, Den Haag: RVZ 2013.
2. Commissie-Halsema, *Een lastig gesprek*. Advies Commissie Behoorlijk Bestuur, september 2013.
3. Brief d.d. 22 januari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32012, 23.

ten aanzien van en kwaliteit van zorg, de administratie en de tariefstelling). Het voorstel voor de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (WBTR) wordt door de bewindslieden van het Ministerie van VWS als ‘complementair’ aan hun eigen ‘agenda goed bestuur’ beschouwd. Voor de zorgsector zien zij vooral een meerwaarde in de daarin opgenomen uniforme tegenstrijdigbelangregeling en in de uitbreiding van de mogelijkheden tot aansprakelijkstelling van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen.⁴

In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op de vraag welke betekenis de WBTR,⁵ mede in het licht van de sectorspecifieke regelgeving, voor de zorgsector zal hebben. Om een beeld te schetsen van de problemen waarvoor de WBTR – in combinatie met de andere voorgenomen maatregelen – een oplossing zou moeten bieden, wordt in par. 6.2 eerst een overzicht gegeven van de aard van de tekortkomingen die in recente onderzoeksrapporten zijn vastgesteld en de oplossingen die daarvoor zijn genoemd. In par. 6.3 wordt nader ingegaan op het huidige sectorspecifieke normenkader waarbinnen bestuurders en toezichthouders moeten opereren, bestaande uit publiekrechtelijke wet- en regelgeving en zelfregulering. In par. 6.4 wordt het voorstel WBTR in het licht van de sectorspecifieke regelgeving besproken. In het bijzonder zal worden nagegaan in hoeverre er sprake is van samenloop en consistentie tussen het wetsvoorstel en de sectorspecifieke regelgeving, op welke wijze de sectorspecifieke regelgeving doorwerkt in de bepalingen van de WBTR en in hoeverre te verwachten is dat de WBTR omgekeerd de sectorspecifieke regelgeving zou kunnen beïnvloeden. Ten slotte wordt in par. 6.5 afgesloten met een beschouwing en conclusie, waarin de gevolgen van de WBTR voor de zorgsector worden geëvalueerd.

6.2 Tekortkomingen in het bestuur en toezicht van zorginstellingen

In de afgelopen jaren hebben meerdere onafhankelijke commissies onderzoek gedaan naar het functioneren van het bestuur en toezicht van zorginstellingen, veelal naar aanleiding van ‘incidenten’ in de zorg. In de meeste gevallen hadden deze incidenten betrekking op: (i) problemen op het gebied van de kwaliteit van de zorg; (ii) financiële problemen, soms leidend tot een faillissement en discontinuïteit van zorg; en (iii) onregelmatigheden met declaraties. In deze paragraaf wordt eerst een beeld geschetst van de aard van de tekortkomingen in het bestuur en toezicht die daarbij zijn vastgesteld (par. 6.2.1). Vervolgens wordt kort aandacht besteed aan enkele aspecten die van belang zijn voor het kiezen van een goede oplossing (par. 6.2.2). Ten slotte wordt ingegaan op de vraag wat er nodig is om de governance meer toekomstbestendig te maken (par. 6.2.3).

4. Brief d.d. 22 januari 2015, *Kamerstukken II 2014/15*, 32012, 23, p. 4-7; brief d.d. 14 maart 2016, *Kamerstukken II 2015/16*, 32012, 37, p. 6.

5. Daarbij zal worden uitgegaan van de tekst van het wetsvoorstel, *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 2.

6.2.1 Aard van de tekortkomingen in het bestuur en toezicht

6.2.1.1 *Feilbaarheid van de leden van het bestuur en de raad van toezicht*

Belangrijk is allereerst vast te stellen dat bij verreweg de meeste incidenten in de gezondheidszorg in de afgelopen jaren niet zozeer sprake was van 'fraude' door bestuurders of toezichthouders, maar van een – achteraf gebleken – onjuiste inschatting van risico's, onvoldoende op de hoogte zijn van de wet- en regelgeving en de daaruit voortvloeiende verplichtingen, een onderschatting van de eigen taken en verantwoordelijkheden of een onfortuinlijke samenloop van meerdere – niet direct verwijtbare – factoren. Het besturen van en toezichthouden op een zorginstelling is mensenwerk en ook bestuurders en toezichthouders zijn niet onfeilbaar. In de literatuur worden diverse factoren genoemd die bijdragen aan het nemen van slecht overwogen beslissingen door raden van bestuur en raden van toezicht, zoals bepaalde persoonlijkheidskenmerken, disfunctionele gedragspatronen, een onveilige hechting, het denken in een tunnelvisie, de hardnekkigheid van de eigen perceptie, groepsdenken, het verijdelen van tegenspraak, onwil om terug te komen op eigen besluiten en ijdelheid.⁶ Hoewel deze factoren – voor zover mij bekend – niet specifiek zijn onderzocht voor de zorgsector, is aannemelijk dat deze ook hier bijdragen aan een suboptimale besluitvorming.

6.2.1.2 *Te beperkte taakopvatting*

Opvallend is dat in de onderzoeken die naar aanleiding van incidenten in de zorg zijn gedaan regelmatig kritiek wordt gegeven op de *taakopvatting* van het bestuur en de raad van toezicht, in het bijzonder met betrekking tot de kwaliteit van de geleverde zorg. Het betreft meestal gevallen waarin het bestuur zijn verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg onderschat en de raad van toezicht te veel gericht is op beheer en 'terugkijken'.⁷ Zo werden twee ernstige incidenten in ziekenhuizen voornamelijk geweten aan respectievelijk het feit dat het bestuur de bewaking van de kwaliteit van de zorg aan medisch specialisten overliet zonder daar zelf voldoende op te controleren⁸ en het feit dat het bestuur de verantwoordelijkheid voor de veiligheid van apparatuur aan een lager management had gedelegeerd zonder daar zelf controle op uit te oefenen en te sturen.⁹ In een andere casus werd vastgesteld dat het bestuur als vanzelfsprekend aannam dat de kwaliteit van de medisch-specialistische dienstverlening exclusief tot het professionele domein behoort en de verantwoordelijkheid voor de kwaliteit daarvan – ten onrechte –

6. Zie o.a. H.C. van Eyck van Heslinga, 'Functioneren en disfunctioneren van bestuurders', in: M.J.M.H. Lombarts e.a., *Functioneren en disfunctioneren*, Pre-Advies 2016 van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 89-138, met name p. 99-104; M.J. Kroeze, 'Sociale psychologie en besluitvorming in vennootschappen', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 865-906; commissie-Halsema 2013, p. 7.

7. R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties?*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2013, p. 42-43.

8. OVV, *Een onvolledig bestuur proces: hartchirurgie in UMC St. Radboud. Onderzoek naar aanleiding van berichtgeving op 28 september 2005 over hoge mortaliteit*, Den Haag: OVV 2008, p. 94-95.

9. OVV, *Brand in een operatiekamer Twenteborgziekenhuis, Almelo, 28 september 2006*, Den Haag: OVV 2008, p. 58-59.

bij de medische staf neerlegde.¹⁰ In een vierde geval werd geconstateerd dat de bestuurder vooral aandacht had voor bedrijfseconomische processen en het primaire proces overliet aan de directie, de zittende directie echter onvoldoende zorginhoudelijke kennis had en verzuisde te voorzien in een goed functionerende systematische terugkoppeling vanaf de werkvloer en de raad van toezicht onvoldoende had ingezien hoe kwetsbaar de bestuursstructuur en -samenstelling was.¹¹

6.2.1.3 *Onvoldoende tegenwicht van de raad van toezicht*

Een ander regelmatig terugkerend punt van kritiek is dat de raad van toezicht onvoldoende in staat blijkt om tegenwicht te bieden aan het bestuur, oftewel beschikt over onvoldoende *'countervailing power'*. Als oorzaken daarvoor worden onder andere genoemd dat de raad van toezicht op te grote afstand staat van het bestuur, te laat wordt geïnformeerd en te veel afhankelijk is van het bestuur voor zijn informatievoorziening.¹² Ook blijkt de raad van toezicht soms te veel of te lang vertrouwen te hebben in het bestuur. In een exploratief onderzoek naar het functioneren van raden van toezicht in de gezondheidszorg wordt geconcludeerd dat toezichthouders in de gezondheidszorg in principe veel vertrouwen in hun bestuurders hebben en zich zeer bewust zijn van het belang op gepaste afstand te blijven van het bestuur, maar dat deze afstand eerder te groot dan te klein is, waarbij bovendien 'de trend eerder vergroting dan verkleining van de afstand lijkt te zijn'. Het kritisch vermogen van de raden van toezicht is (mede) daardoor beperkt, tenzij zaken al langere tijd niet goed gaan en het vertrouwen in de bestuurder eigenlijk al zo goed als verdwenen is.¹³ Een voorbeeld betreft een academisch ziekenhuis waar de kwaliteit van het bestuur in de loop der jaren geleidelijk was uitgehold en de samenstelling van het bestuur uiteindelijk inhoudelijk en qua omvang niet meer was toegerust voor de complexiteit van de bestuurstaak. In een onderzoek hiernaar werd geconcludeerd dat de raad van toezicht te laat had ingegrepen en te lang vertrouwen had gehad in de wijze waarop het bestuur de gerezen problemen aanpakte. Factoren die hieraan hadden bijgedragen waren onder andere de groeiende complexiteit van het toezichtwerk, de onderschatting van de zwaarte van de taak, de werkwijze waardoor essentiële informatie te laat bij de voltallige raad van toezicht kwam en de toedekkende cultuur.¹⁴

6.2.1.4 *Afhankelijkheid van de samenwerking met professionals*

Bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen worden in hun taakuitoefening belemmerd, doordat zij in sterke mate afhankelijk zijn van een goede samenwerking met de medisch specialisten en andere professionals die werkzaam zijn in de instel-

10. Commissie-Lemstra, *En waar was de patiënt...? Rapport over het (dis)functioneren van een medisch specialist en zijn omgeving*, 2009, p. 45.
11. Commissie-Lemstra (Externe onderzoekscmissie MSZ), *'Oog voor het onzichtbare'*. Onderzoek naar de uitbraak van de *Klebsiella Oxa-48* bacterie in het Maastricht Ziekenhuis Rotterdam, 2012, p. 8-9 en 59-62.
12. Commissie-Lemstra, *En waar was de patiënt...? Rapport over het (dis)functioneren van een medisch specialist en zijn omgeving*, 2009, p. 45.
13. M. van Ooijen, *Toezichtdynamica. Een exploratief kwalitatief onderzoek naar het functioneren van Raden van Toezicht in de gezondheidszorg* (diss. Tilburg), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2013, p. 259-260.
14. P. Grinwis, F. van der Merché & E. Spaans, *'Weer in contact komen'*. Eindrapport Onderzoekscmissie Toezichtfunctie VUmc, 2012, p. 16-17.

ling.¹⁵ Doordat medisch specialisten en andere (medisch) beroepsbeoefenaren sterk hechten aan hun professionele autonomie, worden aanwijzingen over een verbetering van de zorgverlening soms geïnterpreteerd als ongewenste bemoeienis of strijdig met de professionele autonomie. Hoewel het bestuur van een zorginstelling eindverantwoordelijk is voor de kwaliteit van de zorg, wordt controle van de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening binnen zorginstellingen soms opgevat als een blijk van wantrouwen jegens de zorgverleners. Binnen instellingen voor medisch-specialistische zorg (*i.e.*, voornamelijk ziekenhuizen) wordt de bestuurstaak bovendien bemoeilijkt doordat medisch specialisten relatief veel 'macht' hebben ten opzichte van de raad van bestuur. Dit probleem is nog verder toegenomen sinds de invoering van de integrale bekostiging per 1 januari 2015. Als gevolg hiervan is de scheiding tussen de bekostiging en budgettaire sturing van ziekenhuizen en (vrijgevestigde) medisch specialisten verdwenen en onderhandelen zorgverzekeraars alleen nog met de raad van bestuur (en derhalve niet meer met afzonderlijke maatschappen). Om te voorkomen dat medisch specialisten – als gevolg van de verminderde financiële risico's – niet langer als 'fiscaal ondernemer' zouden worden gekwalificeerd, zijn in de aanloop naar de invoering van integrale bekostiging twee nieuwe besturingsmodellen ontwikkeld: (i) het samenwerkingsmodel, waarin (een groot deel van) de in een ziekenhuis werkzame medisch specialisten samenwerken in een medisch-specialistisch bedrijf (MSB), dat financiële risico's loopt en (ii) het participatiemodel, waarin medisch specialisten deelnemen in het ziekenhuis. Met name vanwege de nog onzekere status van het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg,¹⁶ heeft – voor zover mij bekend – nog geen enkel ziekenhuis gekozen voor het participatiemodel. Bij enkele ziekenhuizen zijn alle medisch specialisten in loondienst gegaan. Verreweg de meeste ziekenhuizen hebben derhalve gekozen voor het samenwerkingsmodel. Hoewel hierdoor de onderlinge relatie tussen de verschillende entiteiten binnen het ziekenhuis verbeterd zijn en er een meer gezamenlijk doel en belang is ontstaan,¹⁷ blijkt dit model in de praktijk ook negatieve gevolgen te hebben voor de bestuurbaarheid van ziekenhuizen. De machtspositie van het MSB lijkt in veel gevallen ten koste te zijn gegaan van de invloed en slagkracht van de raad van bestuur richting individuele medisch specialisten.¹⁸ Het bestuur is gedwongen om samen te werken met het MSB-bestuur om invulling te geven aan zijn eindverantwoordelijkheid voor de kwaliteit en veiligheid van de zorgverlening en derhalve (nog) meer afhankelijk geworden van een goede samenwerking met de medisch specialisten. De raad van toezicht dient toezicht te houden op de naleving van afspraken tussen het ziekenhuis en het MSB. De meeste raden van toezicht blijken zich echter nog onvoldoende bewust van deze taak en van hun mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de samenwerking tussen de raad van bestuur en het

15. Zie hierover R.M.A. van der Pennen, *Besluitvorming in het ziekenhuis* (diss. Tilburg), Enschede: Ipskamp Printing 2016.

16. Het wetsvoorstel is eind juni 2014 reeds goedgekeurd door de Tweede Kamer. Thans bereidt het Ministerie van VWS echter nog een novelle voor. Zie over het wetsvoorstel E. Plomp, 'Kanttekeningen bij het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg', *Ondernemingsrecht* 2014/146.

17. *Kamerstukken II 2015/16*, 34300 XVI, 155, p. 7.

18. W. Koelewijn e.a., *Op weg naar gezamenlijkheid. Rapportage quick scan integrale bekostiging en governance*, Tilburg: TIAS, 14 januari 2016, bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 32012, 36, p. 38.

MSB.¹⁹ Problematisch is ook dat het toezicht tot nu toe vooral indirect plaatsvindt – door tussenkomst van de raad van bestuur – doordat formele governancestructuren met een meer directe toezichtsrelatie nog grotendeels ontbreken. Hierdoor bestaat het risico dat de raad van toezicht op te grote afstand komt te staan van het primaire zorgproces en de feitelijke leiding van de ziekenhuisorganisatie.²⁰

6.2.1.5 *Complexiteit van de bestuurlijke belangenafweging*

Een laatste – maar zeker niet de minst belangrijke – oorzaak voor tekortkomingen in de zorg is het feit dat zorgbestuurders niet alleen het belang van de eigen instelling moeten dienen, maar ook worden geacht rekening te houden met de belangen van veel verschillende stakeholders en ter verantwoording worden geroepen over de behartiging van zowel private als publieke belangen. De introductie van gereguleerde marktwerking heeft de belangenafweging verder gecompliceerd, doordat deze ertoe heeft geleid dat van bestuurders van zorginstellingen wordt verlangd dat zij zich meer richten op de positie van de eigen zorginstelling ten opzichte van ‘concurrenten’. Om schaalvoordelen te behalen en de onderhandelingspositie ten opzichte van zorgverzekeraars te versterken, zijn veel instellingen gefuseerd. Een sturing op groei van omzet, schaal en rendement kan echter conflicteren met de belangen van patiënten, die in sommige gevallen meer belang hebben bij de samenwerking tussen zorginstellingen.²¹ Tegelijkertijd worden door de overheid steeds meer eisen gesteld en steeds meer taken en verplichtingen bij zorginstellingen gelegd.²² Dit alles maakt het voor bestuurders van zorginstellingen buitengewoon lastig om de vele, soms tegengestelde, belangen te dienen. Zij worden gesteld voor dilemma’s tussen de belangen van de eigen organisatie, het belang van de eigen cliënten en de publieke belangen zoals de toegankelijkheid van bepaalde vormen van zorg en raken soms ‘verstrikt’ in de uiteenlopende eisen die aan hen worden gesteld.²³ Complicerend daarbij is bovendien dat niet duidelijk is gedefinieerd wat de verantwoordelijkheid van (bestuurders van) zorginstellingen voor de behartiging van publieke belangen (anders dan de kwaliteit van zorg) inhoudt en hoe de verschillende publieke belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen.²⁴ Zorgbestuurders geven zelf ook aan te worstelen met ‘grijze gebieden’ waarin (i) er geen regels of normen bestaan waaruit kan worden afgeleid wat de meest integere handelwijze is en (ii) tussen verschillende partijen vaak tegenstrijdige verwachtingen bestaan ten aanzien van de wijze waarop een bestuurder deze belangen moet afwegen.²⁵

19. *Kamerstukken II 2015/16*, 32012, 39, p. 2-3.

20. Koelewijn 2013, p. 38.

21. Vgl. commissie-De Kluiver, *Governance in de zorg. Over besturing en bestuurders in de zorg anno 2015*, NVZD 2015.

22. De commissie-Halsema vat dit samen als ‘doe meer, voor minder geld en maak nooit fouten’. Zie commissie-Halsema 2013, p. 11-12.

23. Commissie-Halsema 2013, p. 5.

24. Vgl. commissie-Halsema 2013, p. 10-11; commissie-De Kluiver 2015, p. 9.

25. CEG, *Integriteit in zorgorganisaties: perspectieven van bestuurders*, Signalering Ethiek en Gezondheid 2016, p. 23-25.

6.2.2 Oplossingen voor tekortkomingen in het bestuur en toezicht

De hiervoor genoemde tekortkomingen vragen om verschillende oplossingen. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) maakt daartoe in zijn rapport 'Van tweeluik naar driehoeken' een – mijns inziens zinvol – onderscheid tussen drie typen maatregelen om de professionaliteit en verantwoord gedrag van bestuurders van semipublieke instellingen te bevorderen: (i) *preventieve maatregelen*, gericht op het vergroten van de professionele en morele competenties van bestuurders (bijvoorbeeld door een betere opleiding, selectie en training en door het ontwikkelen van normatieve kaders); (ii) het *verbeteren van de interne checks en balances en (interne) regulering van gedrag*; en (iii) *repressieve maatregelen*, in de vorm van externe regulering van gedrag en controle op bestuurders (bijvoorbeeld door het uitbreiden van de mogelijkheden van bestuurdersaansprakelijkheid en ministeriële ontslagbevoegdheden). Om moreel of professioneel onbekwame bestuurders te weren, is een betere selectie van bestuurders volgens de WRR het meest effectief. Gedragscodes kunnen nuttig zijn voor 'bestuurders bij wie het normatieve kompas nog gebrekkig is ontwikkeld'. Goede interne *checks and balances* kunnen volgens de WRR bijdragen aan het aan banden leggen van al te daadkrachtige bestuurders ('de entrepreneurs, visionairs en zonnekoningen die, gedreven door goede bedoelingen, ambitie of ijdelheid, de organisatie meenemen in al te grote avonturen') of 'onzekere, inerte bestuurders helpen met het gezamenlijk ontwikkelen van een langetermijnstrategie en het bewaken van de doelen en taken'. Repressieve maatregelen zijn vooral bedoeld om bestuurders die bewust frauderen of bij wie sprake is van 'bestuurlijk onvermogen' te weren.²⁶

In vrijwel alle onderzoeksrapporten van de afgelopen jaren wordt aanbevolen om terughoudend te zijn in het stellen van aanvullende regels. De commissie-Halsema pleit ervoor om de ministeriële verantwoordelijkheid voor de publieke belangen duidelijker te benoemen en vast te stellen waar deze ophoudt, het externe toezicht opnieuw te 'ijken' en in het Burgerlijk Wetboek een algemene taakomschrijving voor de interne toezichthouder bij stichtingen en verenigingen op te nemen. Als de publieke belangen duidelijk zijn geformuleerd en de wijze waarop de publieke taken kunnen worden uitgevoerd door de overheid zijn begrensd, is het verder aan de instellingen om keuzes te maken over de eigen interne organisatie. Volgens de commissie gedijen semipublieke instellingen namelijk beter bij een 'open cultuur van gesprek en discussie'.²⁷ Niettemin moeten de minister, cliëntenraden, bestuurders en leden van de raad van toezicht naar het oordeel van de commissie wel een verzoek tot enquête en tot ontslag kunnen indienen bij de Ondernemingskamer en moet 'waar mogelijk' de civiele aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders worden aangescherpt.²⁸

Ook het Centrum voor Ethiek en Gezondheid (CEG) concludeert op basis van interviews met leden van de raad van bestuur van zorgorganisaties dat benaderingen die primair op *regels* gericht zijn ('*rules-based*' benaderingen, in de vorm van wetten,

26. WRR, *Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2014.

27. Commissie-Halsema 2013, p. 13-16.

28. Commissie-Halsema 2013, p. 24.

codes en protocollen) niet toereikend zijn voor de genoemde ‘grijze gebieden’ waarin het voor bestuurders onduidelijk is wat integer handelen is. Interessant is dat zorgbestuurders zelf ook een duidelijke voorkeur blijken te hebben voor op *waarden*gerichte benaderingen (*‘values-based’* benaderingen, zoals het aangaan van de dialoog en het sturen op een aanspreekcultuur), om de integriteit in hun organisatie te bevorderen.²⁹ Aangenomen wordt dat op waarden gerichte benaderingen beter uitkomst kunnen bieden in gevallen waarin regels of waarden conflicteren, zijn gericht op ambities die hoger liggen dan de ondergrens waarop regels zich veelal richten, inzicht in (de toepassing van) waarden stimuleren en de morele competenties van werknemers bevorderen.³⁰

6.2.3 Oplossingen om de governance meer toekomstbestendig te maken

Om de governance van zorginstellingen meer toekomstbestendig te maken is er echter meer nodig. In de *cure* is er op dit moment vooral aandacht voor de integrale bekostiging, specialisatie en concentratie van de zorg. In de *care* staan vooral een andere rol van de cliënt, decentralisatie naar de gemeente en meer ketensamenwerking op de agenda. Dit brengt mee dat zowel in de *cure* als in de *care* het voortbestaan van de bestaande instellingen ter discussie staat. Er ontstaan andersoortige organisaties.³¹ Bestuurders en toezichthouders zullen daarom niet meer alleen ‘naar binnen gericht’ moeten zijn, maar zich ook meer moeten bezighouden met de *omgeving* van de zorgorganisatie. Zorgbestuurders worden de laatste jaren overigens reeds vaker op de maatschappelijke functie van de zorginstelling beoordeeld.³² Een commissie onder leiding van prof. mr. H.J. de Kluiver, die zich op verzoek van de Vereniging voor Bestuurders in de Zorg (NVZD) heeft gebogen over een aantal actuele vragen met betrekking tot de governance van de zorg, signaleert dat de zorgbestuurder steeds meer ‘dienend’ wordt geacht te zijn aan de cliënt en eindverantwoordelijk wordt gehouden voor de vraag of de zorg aan de cliënt optimaal is,³³ en tegelijkertijd ook in toenemende mate wordt gezien als een ‘medeverantwoordelijke voor een gezondheidszorg die ook is (in)gericht met het oog op de lange termijn’. Zorgbestuurders worden geacht ook aandacht te hebben voor de houdbaarheid en betaalbaarheid van de zorg op die langere termijn en voor de veranderende maatschappelijke vragen en behoeften.³⁴ Als gevolg van deze ontwikkelingen staat in toenemende mate ‘niet meer centraal wat goed is voor de eigen zorgonderneming, maar welke initiatieven kunnen worden ondernomen om het belang van de cliënten zo goed mogelijk te dienen, ook als dat niet in het belang is van de eigen zorgonderneming’.³⁵ De commissie wijst erop dat dit aanzienlijke implicaties

29. CEG, *Integriteit in zorgorganisaties: perspectieven van bestuurders*, Signalering Ethiek en Gezondheid, CEG 2016, p. 41.

30. CEG 2016, p. 36-41.

31. Commissie-Brenninkmeijer (Commissie Toezien met Hart voor de Zaak), *De vrijblijvendheid voorbij. Bouwstenen voor goed toezicht in zorg en welzijn*, NVTZ 2014, p. 1.

32. W. van der Scheer, *Onder zorgbestuurders – omgaan met bestuurlijke ambiguïteit in de zorg* (diss. Rotterdam), Amsterdam: Reed Business Education 2012, p. 153.

33. Commissie-De Kluiver (Commissie Governance NVZD), *Governance in de zorg. Over besturing en bestuurders in de zorg anno 2015*, NVZD 2015, p. 4. Zie aldus ook het rapport van de commissie-Brenninkmeijer 2014.

34. Commissie-De Kluiver 2015, p. 6 en 10.

35. Commissie-De Kluiver 2015, p. 10.

kan hebben voor het denken over de governance van een zorginstelling en over de rol van het bestuur en de raad van toezicht daarbinnen: 'Waar de klassieke corporate governance in ondernemingen en vergelijkbare organisaties nu juist het belang, de winst, de groei en de continuïteit van de eigen onderneming centraal stelt – en het belang van de klant daarvan een afgeleide is – wordt in het denken over de zorg nu juist steeds meer het omgekeerde benadrukt.' Zorgbestuurders krijgen een veel bredere verantwoordelijkheid, die ook ziet op het bieden van meerwaarde op korte en lange termijn en een duurzaam en betaalbaar stelsel.³⁶ Dit vergt van zorgbestuurders dus een breder perspectief, waarin het vooral gaat om de vraag hoe het bestuur een bijdrage kan leveren aan betere zorg voor de cliënt.

Voor de raad van toezicht ligt volgens de commissie een rol weggelegd om het bestuur te stimuleren, motiveren en faciliteren in een bredere taakopvatting en tegelijkertijd met het bestuur 'goede en scherpe gesprekken' te voeren.³⁷ Die gesprekken zouden niet alleen moeten gaan over de besturing van de organisatie, maar ook over (i) het doel van die besturing in breder verband; (ii) maatschappelijke vragen; en (iii) de ruimte van de bestuurder om invulling te geven aan maatschappelijke doelen die organisatie overstijgend zijn.³⁸ De rol van de raad van toezicht 'paart betrokkenheid en noodzakelijke afstand'. Zoals de commissie-Brenninkmeijer eerder ook stelde,³⁹ dient daarbij de volgende vraag centraal te staan: 'Doen we de goede dingen en doen we de dingen goed?'⁴⁰

Essentieel is volgens de commissie-De Kluiver dat 'governance in functie staat van het uiteindelijke doel', namelijk het optimaliseren van de zorg voor individuele cliënten en voor de samenleving als geheel. Daartoe zou in het bestuur en toezicht van zorginstellingen ruimte moeten worden gemaakt voor 'bredere afwegingen dan uitsluitend het belang van de instelling'. Gelet op de bredere verantwoordelijkheid, zouden bestuurders niet alleen, en wellicht ook niet primair, moeten worden aangesproken en beoordeeld op de groei en bloei van de zorginstelling. In de visie van de commissie zou veeleer bepalend moeten zijn 'in hoeverre, mede dankzij de inzet van zorgbestuurder, sprake is van "meerwaarde" voor de kwaliteit van leven van cliënten en een optimale inrichting van de zorg in het werkgebied niet alleen op de korte termijn, maar juist ook op de lange termijn met oog voor de houdbaarheid, duurzaamheid en betaalbaarheid van de zorg.'⁴¹ Om recht te doen aan de bredere verantwoordelijkheid die de maatschappij verwacht, zou de handelingsvrijheid van zorgbestuurders moeten worden vergroot. Tegelijkertijd zal het bestuur de raad van toezicht van (meer) informatie moeten voorzien, die de raad nodig heeft om zijn nieuwe rol goed te vervullen. Dat betreft niet primair 'klassieke management informatie', maar 'informatie die de dilemma's en uitdagingen belicht waarmee zorgbestuurders worden geconfronteerd'.⁴²

36. Commissie-De Kluiver 2015, p. 11.

37. Commissie-De Kluiver 2015, p. 13.

38. Commissie-De Kluiver 2015, p. 16.

39. Commissie-Brenninkmeijer 2014, p. 4.

40. Commissie-De Kluiver 2015, p. 14 en 17.

41. Commissie-De Kluiver 2015, p. 15-16.

42. Commissie-De Kluiver 2015, p. 13.

6.3 Huidig sectorspecifiek normenkader

Het huidige sectorspecifieke normenkader voor bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen bestaat uit (i) publiekrechtelijke wet- en regelgeving, die gehandhaafd wordt door externe toezichthouders, in het bijzonder de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA); en (ii) zelfregulering, in de vorm van diverse codes die door brancheorganisaties en beroepsverenigingen zijn opgesteld. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van enkele onderdelen hiervan (resp. par. 6.3.1 en 6.3.2), voor zover deze relevant zijn voor het inzicht in de betekenis van de WBTR voor de zorgsector. Par. 6.3.3 bevat een tussenconclusie.

6.3.1 Relevante publiekrechtelijke wet- en regelgeving

6.3.1.1 *Wet toelating zorginstellingen*

De Wet toelating zorginstellingen (WTZi) en het bijbehorende Uitvoeringsbesluit WTZi bevatten enkele (relatief summiere) bepalingen met betrekking tot de governancestructuur van zorginstellingen. Op grond van art. 5 lid 1 WTZi dienen zorginstellingen die – kort gezegd – verzekerde zorg verlenen te beschikken over een toelating van de Minister van VWS.⁴³ Deze toelating wordt slechts verleend indien de zorginstelling voldoet aan de in het Uitvoeringsbesluit WTZi gestelde eisen met betrekking tot de bestuursstructuur en de waarborgen voor een ordelijke en controleerbare bedrijfsvoering,⁴⁴ gezamenlijk ook wel aangeduid als de ‘transparantie-eisen’. Eenmaal toegelaten instellingen moeten aan deze eisen blijven voldoen; indien zij dat niet doen, kan de minister de toelating weer intrekken.⁴⁵ Ten aanzien van de bestuursstructuur bepaalt het Uitvoeringsbesluit WTZi dat (de meeste) toegelaten instellingen⁴⁶ dienen te beschikken over een orgaan dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat. Om de onafhankelijkheid te waarborgen, bepaalt het Uitvoeringsbesluit dat geen persoon tegelijk deel kan uitmaken van het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding en dat het toezichthoudend orgaan zodanig dient te zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de dagelijkse en algemene leiding van de instelling en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.⁴⁷ Een dualistische bestuursstructuur is derhalve verplicht. Het toezicht op de naleving van de transparantieregels in het Uitvoeringsbesluit WTZi berust bij de IGZ.⁴⁸

43. Dit geldt voor alle instellingen als bedoeld in art. 1.2 Uitvoeringsbesluit WTZi, met uitzondering van (bepaalde) militaire instellingen. Zie art. 2.1 lid 1 en 2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

44. Art. 9 lid 1 sub b WTZi.

45. Art. 13 lid 1 en 2 WTZi.

46. Dit geldt voor instellingen voor medisch-specialistische zorg (uitgezonderd academische ziekenhuizen), alsmede instellingen voor persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding en behandeling (anders dan psychologische behandeling). Zie art. 2.1 lid 1-5 jo. art. 1.2 jo. art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

47. Art. 6.1 lid 1 sub a en b Uitvoeringsbesluit WTZi.

48. Art. 35 WTZi.

6.3.1.2 *Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg*

De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz),⁴⁹ die op 1 januari 2016 in werking is getreden, bevat bepalingen met betrekking tot de kwaliteit van de zorg, de melding van incidenten en het omgaan met klachten en geschillen. De wet vervangt de Kwaliteitswet zorginstellingen (KZi) en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) en wordt gehandhaafd door de IGZ. Een deel van de bepalingen is nader uitgewerkt in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz.⁵⁰ Kort gezegd, is de Wkkgz van toepassing op alle zorgaanbieders die worden gefinancierd vanuit de Zorgverzekeringswet of de Wet langdurige zorg.

In de Wkkgz wordt de verantwoordelijkheid voor de zorgverlening en voor de organisatie die nodig is voor een goede zorgverlening expliciet bij de zorginstelling gelegd, met derhalve het *bestuur* van de zorginstelling als eindverantwoordelijke. Op grond van art. 2 Wkkgz dient de zorgaanbieder 'goede zorg' aan te bieden, waaronder wordt verstaan: 'zorg van goede kwaliteit en van goed niveau: (a) die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en cliëntgericht is, tijdig wordt verleend, en is afgestemd op de reële behoefte van de cliënt, (b) waarbij zorgverleners handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de professionele standaard (...) en (c) waarbij de rechten van de cliënt zorgvuldig in acht worden genomen en de cliënt ook overigens met respect wordt behandeld.' Art. 3 Wkkgz bepaalt vervolgens dat de zorgaanbieder de zorgverlening op zodanige wijze dient te organiseren dat dit redelijkerwijs moet leiden tot het verlenen van goede zorg. Het gaat daarbij niet alleen om kwalitatief en kwantitatief voldoende inzet van personeel en materieel en bouwkundige voorzieningen, maar ook om een juiste toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden en afstemmings- en verantwoordingsplichten. Ook moet de zorginstelling zorgdragen voor de systematische bewaking, beheersing en verbetering voor de kwaliteit van de zorg, beschikken over een adequaat werkende meldcode van huiselijk geweld en kindermishandeling en een adequaat systeem voor het registreren en verwerken van incidenten. Verder dient de zorginstelling zich systematisch te vergewissen van de referenties van nieuw personeel of opdrachtnemers en met hen schriftelijk overeenkomsten te sluiten waarin de aan een goede zorgverlening gestelde eisen zijn vastgelegd.

De Wkkgz kent – overigens net als de KZi – onder andere aan de Minister van VWS de bevoegdheid toe om aanwijzingen te geven aan een zorgaanbieder indien deze de verplichtingen uit de Wkkgz met betrekking tot het verlenen van goede zorg niet naleeft.⁵¹ Indien de organisatiestructuur van een zorgaanbieder in ernstige mate afbreuk doet aan het verlenen van goede zorg, kan een dergelijke aanwijzing ook betrekking hebben op de organisatiestructuur.⁵² Doordat de minister deze bevoegdheid per 1 januari 2016 heeft gemandateerd aan de IGZ, kan de IGZ nu ook namens de minister een aanwijzing opleggen. Opmerkelijk is echter dat de reikwijdte van deze aanwijzingsbevoegdheid tegelijkertijd lijkt te zijn uitgebreid, zoals blijkt uit het hierna te bespreken beleidskader.

49. Wet van 7 oktober 2015, *Stb.* 2015, 407.

50. Besluit van 13 november 2015, *Stb.* 2015, 447.

51. Art. 27 Wkkgz.

52. Art. 28 Wkkgz.

6.3.1.3 *Beleidskader goed bestuur*

In hun brief van 13 januari 2016 hebben de Minister en Staatssecretaris van VWS het beleidskader 'Goede zorg vraagt om goed bestuur' geformuleerd.⁵³ Hierin geven zij aan wat de overheid van bestuurders en interne toezichthouders in de zorg verwacht, wat het wettelijk kader is voor goed bestuur en wat de rol is van de externe toezichthouders, de IGZ en de NZa. Voor een beschrijving van het begrip 'goed bestuur' verwijzen de bewindslieden van VWS allereerst naar het rapport van de commissie-Halsema, waarin gesteld wordt dat 'goed bestuur in de publieke sector alles te maken heeft met een zorgvuldige balans tussen dienstbaarheid aan burgers en professionals en degelijk financieel en organisatorisch beheer' en dat het tegelijkertijd 'een balans [is] tussen publieke belangen die gediend moeten worden en het private belang van de organisatie, te weten continuïteit'.

De minister en staatssecretaris onderschrijven dat 'interne en externe toezichthouders gescheiden verantwoordelijkheden hebben' en dat 'het externe toezicht de interne toezichthouder niet de verantwoordelijkheid uit handen moet nemen om het bestuur te corrigeren wanneer dat nodig is'. Niettemin menen zij dat 'er risicovolle situaties kunnen zijn waarin de externe toezichthouder in contact treedt met de interne toezichthouder, bijvoorbeeld om zich ervan te vergewissen of de waarschuwendende signalen die het externe toezicht aan de bestuurders heeft afgegeven ook aan hen zijn doorgegeven'. Daarnaast menen zij dat externe toezichthouders ook mogen verwachten dat interne toezichthouders bij hen problemen melden die binnen de organisatie zelf niet worden opgelost.⁵⁴ Vooralsnog is er echter geen sprake van een wettelijke meldplicht.

Als blijkt dat het bestuur niet in staat is de kwaliteit van zorg op het vereiste peil te houden en/of bedrijfsmatig en financieel tekortschiet en als de interne en externe stakeholders niet in staat zijn dit te veranderen, dan is er volgens de bewindslieden mogelijk sprake van 'bestuurlijk onvermogen' en zullen externe toezichthouders maatregelen nemen. Een van de mogelijke maatregelen is het geven van een ministeriële aanwijzing. Benadrukt wordt dat het beoogde doel van een aanwijzing altijd 'het in overeenstemming brengen van de praktijk met de wettelijke normen' moet zijn. Zo kan bij geconstateerde risicovolle situaties of tekortkomingen met het oog op het opheffen daarvan en een structureel herstel van goede zorgverlening een aanwijzing worden gegeven in de vorm van bestuurlijke ondertoezichtstelling. Het beleidskader vermeldt vervolgens: 'Het kan bijvoorbeeld gaan om een concrete opdracht of om het verplicht bijplaatsen van een deskundige aan de Raad van Bestuur of Raad van Toezicht. Als "*ultimum remedium*" kan de aanwijzing ook inhouden dat de Raad van Bestuur of Raad van Toezicht wordt uitgebreid of dat een of meer leden daarvan worden vervangen.'⁵⁵ In de literatuur worden – mijns inziens terecht – vraagtekens geplaatst bij de rechtmatigheid en proportionaliteit van het op deze wijze gebruiken van de aanwijzingsbevoegdheid. Op grond van art. 28 Wvkkz kan een aanwijzing weliswaar ook de vorm van een structurele maatregel hebben als de organisatiestructuur in ernstige mate afbreuk doet aan het verlenen van goede zorg, maar betwijfeld kan worden of hieronder ook het functioneren

53. *Kamerstukken II 2015/16, 32012, 35.*

54. *Kamerstukken II 2015/16, 32012, 35, p. 6.*

55. *Kamerstukken II 2015/16, 32012, 35, p. 8.*

van individuele bestuurders kan worden gerekend. De aanwijzingsbevoegdheid lijkt in elk geval niet met dat doel voorgesteld.⁵⁶ Zo oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State recent nog dat de aanwijzingsbevoegdheid van – het vergelijkbare – art. 8 KZi niet met het doel was gegeven om een beroepsverbod op te leggen aan (schijnbaar) disfunctionerende beroepsbeoefenaren.⁵⁷ In 2002 gaf de Minister van VWS ook al eens op grond van de KZi een aanwijzing om in te grijpen in de bestuursstructuur van een ziekenhuis. Deze werd toen niet juridisch aangevochten, maar achteraf in de literatuur wel gekwalificeerd als misbruik van bevoegdheden (*détournement de pouvoir*).⁵⁸ Door het ingrijpen in de samenstelling van het bestuur of de raad van toezicht worden de bevoegdheden die de organen van de rechtspersoon op grond van Boek 2 BW toekomen in vergaande mate beperkt. Mede in het licht van de mandatering van deze bevoegdheid aan de IGZ (die een toets door de minister overbodig maakt), kan men zich afvragen of de beperkte rechtsbescherming in het bestuursrecht wel in verhouding staat tot de potentieel verstreckende gevolgen van de aanwijzing voor de betrokken bestuurders en toezichthouders.⁵⁹

6.3.1.4 *Wet marktordening gezondheidszorg*

De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) vereist kort gezegd dat de zorg rechtmatig wordt verleend. Hieruit vloeien voor de zorginstelling eisen voort ten aanzien van de bedrijfsvoering, de administratie en wijze van declareren (inclusief de hoogte van de tarieven) van de zorg en de transparantie van kwaliteitsinformatie en tarieven. Zo wordt onder andere bepaald dat zorgaanbieders een administratie moeten voeren waaruit in ieder geval moet blijken welke prestaties zijn overeengekomen en geleverd, wanneer die prestaties zijn geleverd, aan welke patiënt of verzekerde die prestaties zijn geleverd, welke tarieven daarvoor in rekening zijn gebracht en welke betalingen of vergoedingen in verband daarmee zijn verricht of ontvangen.⁶⁰ Ook wordt bepaald dat zorgaanbieders hun patiënten tijdig en zorgvuldig moeten informeren omtrent het voor de prestatie in rekening te brengen tarief⁶¹ en informatie openbaar moeten maken over de eigenschappen van aangeboden prestaties en diensten, waaronder in ieder geval de tarieven en de kwaliteit van de aangeboden prestaties en diensten, op een zodanige wijze dat deze gegevens voor consumenten gemakkelijk vergelijkbaar zijn.⁶² Het bestuur van de zorginstelling is eindverantwoordelijk voor de naleving van deze eisen. Daarnaast zijn in de Wmg de verantwoordelijkheden rond continuïteit van zorg nader bepaald en is de verplichting opgenomen tot een fusie-effect-rapportage, waarin relevante stakeholders betrokken moeten zijn. De NZa houdt toezicht op de naleving van deze bepalingen.

56. Vgl. J.G. Sijmons, 'Over de "open normen" van goed bestuur en handhaving na invoering van de Wkkgz', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016, afl. 2, p. 84-91.

57. RvS 12 augustus 2015, nr. 201407341/1/A2 (*Cardiologen Ruwaard van Puttenziekenhuis/IGZ*), ECLI:NL:RVS:2015:2588.

58. Het betrof hier een bestuurscrisis in de IJsselmeerziekenhuizen. Zie hierover Ph.S. Kahn, 'Toezicht en (overheids)interventie in de zorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2004, afl. 2, p. 2-10.

59. Vgl. Sijmons 2016.

60. Art. 36 lid 1 Wmg.

61. Art. 38 lid 1 Wmg.

62. Art. 38 lid 4 Wmg.

6.3.1.5 Toezichtkader IGZ/NZa

De IGZ en de NZa hebben in juli 2016 een gezamenlijk toezichtkader 'Toezicht op Goed Bestuur'⁶³ voor bestuurders en toezichthouders in de zorgsector opgesteld. Daarin geven zij aan wat zij onder 'goed bestuur' in de zorg verstaan, welke taken de beide toezichthouders op dat gebied hebben en wat zij doen om goed bestuur te bevorderen. Het is de bedoeling dat hiermee het optreden van deze toezichthouders meer eenduidig en voorspelbaar wordt. Elementen die volgens hen essentieel zijn voor goed bestuur worden onderscheiden in drie gebieden: (i) gedrag en cultuur; (ii) de inrichting van de organisatie; en (iii) de naleving van wettelijk verplichte systemen. Ten aanzien van elk van deze gebieden vermeldt het toezichtkader wat de IGZ en de NZa van bestuurders verwachten.

Uit de gegeven opsomming van 'verwachtingen' wordt duidelijk hoe omvangrijk de taak van bestuurders en toezichthouders eigenlijk is. De meeste verplichtingen op het gebied van de inrichting van de organisatie en de naleving van wettelijk verplichte systemen zijn terug te vinden in de publiekrechtelijke wet- en regelgeving. Het toezichtkader bevat echter ook 'verwachtingen' waarvoor dat niet geldt. Zo stelt het toezichtkader bijvoorbeeld: 'Goed bestuur heeft tot resultaat dat zorgverleners hun patiënten/cliënten goede en veilige zorg verlenen. *Die zorg is betaalbaar, transparant en toegankelijk* [cursivering EP].' En: 'Zorgaanbieders horen goede, toegankelijke en betaalbare zorg te verlenen.' Aangezien in de publiekrechtelijke wet- en regelgeving niet is vastgelegd dat (het bestuur van) een zorginstelling verantwoordelijk is voor de betaalbaarheid en toegankelijkheid van de zorg, is aannemelijk dat het bestuur hierop niet bestuursrechtelijk kan worden aangesproken.

Daarnaast lijken de IGZ en de NZa hun toezicht ook te willen uitbreiden tot de naleving van het privaatrecht en vormen van zelfregulering. Zo wordt bepaald dat het bestuur: (i) verantwoording aflegt over beleid, kwaliteit, veiligheid, continuïteit en financiën; (ii) open en integer is, leiderschap toont, zorgvuldig handelt, zich consistent gedraagt en een duidelijke visie op leidinggeven uitdraagt en daar ook naar handelt; (iii) voortdurend in dialoog is met de interne toezichthouder, de cliëntenraad, de ondernemingsraad en de zorgverleners; (iv) continu zijn prestaties en die van de organisatie verbetert en een open werkklimaat bevordert; (v) doelgericht is en doelmatig en rechtmatig omgaat met publieke middelen en voor een transparante bedrijfsvoering zorgt. Dit zijn aspecten die (deels) ook in de ZGC en de Gedragscode voor bestuurders (zie par. 6.3.2) zijn geregeld en die in beginsel behoren tot het domein van het interne toezicht. Vermeld wordt ook dat de IGZ en de NZa van het bestuur verwachten dat het zich houdt aan bestuurlijke en professionele gedragscodes, evenals aan andere verplichte codes en veldnormen voor kwaliteit en veiligheid, waaronder in elk geval de ZGC wordt gerekend. Ook van de raad van toezicht wordt verwacht dat hij de ZGC toepast.

Opvallend is verder dat zowel het bestuur als de raad van toezicht de opdracht krijgt om de publieke belangen in de besluitvorming te betrekken. Zo wordt bijvoorbeeld vermeld: 'Het bestuur weegt conflicterende doelen en belangen zorgvuldig, is daar transparant over en bespreekt dilemma's met interne belanghebbenden. *Besluitvorming vindt altijd plaats met het oog op patiënten en cliënten, interne betrokkenen en het publieke belang* [cursivering EP].' En ten aanzien van de raad van toezicht: 'De

63. IGZ & NZa, *Toezicht op Goed Bestuur*, juli 2016, te downloaden via de websites van de IGZ en de NZa.

interne toezichthouder waakt over de kwaliteit en veiligheid van de zorg en over de naleving van wet- en regelgeving. Publieke belangen en organisatiebelangen lopen vaak parallel, maar niet altijd. *Voor de raad van toezicht zijn deze publieke belangen onderdeel van het belang van de zorginstelling als maatschappelijke onderneming. De IGZ en de NZa zullen altijd de publieke belangen vóór die van de organisatie stellen* [cursivering EP].⁶⁴ Zoals hierna nog aan de orde zal komen, betekent dit dat de verwachtingen die de IGZ en de NZa van bestuurders en toezichthouders hebben in sommige gevallen conflicteren met hun verplichtingen uit hoofde van het rechtspersonenrecht.

6.3.2 Zelfregulering

6.3.2.1 Zorgbrede Governancecode

Een belangrijk deel van de regels met betrekking tot de governance van zorginstellingen is vastgelegd in de Zorgbrede Governancecode. In 2005 verscheen de eerste Zorgbrede Governancecode, die in 2010 is herzien. Eind september 2016 is een conceptversie van een vernieuwde 'Zorgbrede Governancecode 2017' (ZGC 2017) gepubliceerd,⁶⁴ die waarschijnlijk op 1 januari 2017 in werking zal treden. Omdat het voorstel WBTR in elk geval niet vóór die datum in werking zal treden, is in dit kader vooral deze nieuwe code relevant.

Anders dan de ZGC 2010, is de ZGC 2017 op *principes* gebaseerd. De principes zijn uitgewerkt in gedragsregels die de concrete toepassing van het principe beschrijven. Vermeld wordt dat de principes leidend zijn. De ruimte om van de gedragsregels af te wijken is echter ook gering. De ZGC 2017 is namelijk niet meer gebaseerd op het 'pas toe of leg uit'-beginsel. Om de bedoeling en de dialoog weer centraal te laten staan, wordt beoogd op een 'actuele en vernieuwende manier' om te gaan met dit beginsel. Daaronder wordt verstaan dat soms *bij toepassing* juist uitleg nodig is (pas toe *en* leg uit) en soms afwijking niet aan de orde kan zijn (pas toe!). Alleen als in een concrete situatie de toepassing van de code haar doel voorbij dreigt te schieten, zal de zorgorganisatie een beter alternatief (moeten) kiezen en ook daarover transparant zijn en verantwoording afleggen.⁶⁵

De toepassing van de code is verplicht voor alle zorgorganisaties die lid zijn van een van de brancheorganisaties en voor de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen die zorg verlenen.⁶⁶ Daarnaast wordt het wenselijk geacht dat de code zo veel mogelijk ook wordt nageleefd door zorgaanbieders die geen lid zijn van een van de betrokken brancheorganisaties.⁶⁷ Zoals in de inleiding reeds vermeld, wordt dat in de toekomst mogelijk zelfs verplicht.

De maatschappelijke doelstelling is in de nieuwe code stevig verankerd. Deze komt in vier van de zeven principes tot uitdrukking: (i) de maatschappelijke doelstelling en legitimatie van de zorgorganisatie is het bieden van goede zorg aan cliënten; (ii) de raad van bestuur en raad van toezicht hanteren waarden en normen die

64. ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016. Eind mei 2016 is reeds een consultatieversie gepubliceerd, maar deze is nadien nog ingrijpend gewijzigd.

65. ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016, p. 4.

66. Voor kleine zorgorganisaties waar minder dan vijftig medewerkers in dienstverband werkzaam zijn of als zzp'er zorg verlenen en universitair medische centra zijn niet alle bepalingen van toepassing. Zie art. B.1, resp. art. C.1 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

67. ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016, p. 3-4.

passen bij de maatschappelijke positie van de zorgorganisatie; (iii) de raad van bestuur bestuurt de zorgorganisatie gericht op haar maatschappelijke doelstelling; en (iv) de raad van toezicht houdt toezicht vanuit de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie. Het begrip 'goede zorg' ziet – net als in art. 2 Wkkgz – vooral op de kwaliteit van de zorg, maar is iets anders gedefinieerd.⁶⁸ Met name worden de behoeftes, wensen, ervaringen en belangen van cliënten meer centraal gesteld en worden de dialoog en samenwerking met cliënten hier expliciet vermeld. Opvallend is verder dat de ZGC 2017 – anders dan de ZGC 2010 – ook een gedragsregel bevat die bepaalt dat zorgorganisaties bijdragen aan de publieke belangen van de gezondheidszorg: niet alleen kwaliteit (door goede zorg te bieden), maar ook toegankelijkheid (door beschikbaarheid) en betaalbaarheid (door sober om te gaan met de publieke en private middelen waaruit de zorg bekostigd wordt).⁶⁹ De ZGC 2017 lijkt (vooralsnog) echter geen grote rol voor de *raad van toezicht* te zien in de informatie-uitwisseling van en naar externe toezichthouders, getuige de volgende introducerende tekst: 'De raad van toezicht neemt geen taken of functies van het externe overheidstoezicht over, maar kan wel kijken naar de aspecten waar externe toezichthouders op toezien. Het is vanzelfsprekend dat de raad van bestuur de raad van toezicht informeert over bevindingen van het externe toezicht.'⁷⁰

6.3.2.2 Gedragscode voor de goede bestuurder

De NVZD, Vereniging van bestuurders in de gezondheidszorg, heeft in 2007 de 'Gedragscode voor de goede bestuurder' gepubliceerd.⁷¹ De code 'stelt normen aan de individuele functie-uitoefening van de bestuurder en is daarmee een aanvulling op de wet- en regelgeving die ten aanzien van zijn of haar functie-uitoefening geldt' en vormt, samen met die formele en algemene vereisten, 'de basis waarop de raad van toezicht de bestuurder kan toetsen'. Zij legt vast wat voor bestuurders 'passend en geoorloofd handelen' is en hoe bestuurders op een verantwoorde manier dienen om te gaan met bestuurlijke dilemma's. Zij beoogt: (i) een norm te stellen voor goed bestuur; (ii) de kwaliteit van het bestuur van zorginstellingen te versterken en zeker te stellen; en (iii) de kwaliteit van het bestuur zichtbaar en toetsbaar te maken. Naleving van de code is niet vrijblijvend. De NVZD beveelt haar leden dringend aan de code integraal op te nemen bij de arbeidsovereenkomst. Individuele bestuurders kunnen door de raad van toezicht worden aangesproken op niet-naleving. In het jaarverslag dient te worden aangegeven of de gedragscode is opgevolgd en nageleefd en zo niet, op welke punten van de code is afgeweken, op welke wijze dat is gebeurd en waarom.

De code bestaat uit uitgangspunten en gedragsregels, die in een toelichting nader worden uitgewerkt. De uitgangspunten zijn te beschouwen als 'gedeelde basiswaarden waarop bestuurders hun handelen baseren'. De gedragsregels vertalen deze waarden naar 'richtinggevende normen'. Als uitgangspunt geldt, kort gezegd, dat de bestuurder resultaatgericht, maatschappelijk betrokken, deskundig en competent, proactief, integer en toetsbaar dient te zijn.

68. Art. 1.1 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

69. Art. 1.3 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

70. Introductie bij art. 6.2 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

71. NVZD, *Gedragscode voor de goede bestuurder*, Utrecht, 2007, te downloaden via de website van de NVZD.

De maatschappelijke betrokkenheid komt op meerdere onderdelen tot uitdrukking. Zo bepaalt de code onder andere dat bestuurders tegenover de maatschappij verantwoordelijk zijn voor het doelmatig en effectief functioneren van de organisatie bij het realiseren van publieke doelstellingen ten aanzien van de zorg.⁷² De bestuurder is een maatschappelijk ondernemer: 'Zij of hij onderneemt om de organisatie-doelstellingen te realiseren, en is gericht op een effectieve en creatieve aanpak van maatschappelijke problemen in de zorg. De bestuurder is transparant in de keuzes die daarbij noodzakelijk zijn.' Uit het uitgangspunt van integriteit vloeit voort dat de bestuurder 'beslissingen ten aanzien van de organisatie altijd in hun effect op de belangen van cliënten, die van interne betrokkenen en op het maatschappelijk belang [bezielt]'.⁷³ De gedragsregels bepalen verder onder andere dat de bestuurder verantwoordelijk is voor een 'kwalitatief goede en toegankelijke zorgverlening' en een 'doelmatige, doeltreffende en verantwoorde aanwending van middelen'. Bovendien is de bestuurder 'medeverantwoordelijk voor het bereiken van maatschappelijke doelen ten aanzien van de gezondheidszorg en heeft [hij] een actief aandeel in de meningsvorming hierover', wat onder andere meebrengt dat hij zich 'een betrouwbare partner [toont] in het nastreven van maatschappelijke doelstellingen' en 'de opvattingen van verschillende belanghebbenden [verbindt] en de condities [creëert] om tot goede afwegingen te komen'.⁷⁴

6.3.3 Tussenconclusie

Hoewel het begin 2015 ingezette beleid van de Minister en Staatssecretaris van VWS – om een einde te maken aan de gestage uitbreiding van de publiekrechtelijke wet- en regelgeving en meer te vertrouwen op het privaatrecht en zelfregulering – naar mijn mening valt toe te juichen,⁷⁵ zijn er ook enkele kanttekeningen bij de uitwerking te plaatsen. Vooralsnog lijkt namelijk allereerst vooral sprake van een toenemende *stapel* van verschillende vormen van regulering (publiekrechtelijk, privaatrechtelijk en zelfregulering) met deels overlappende normen en verschillende – naast elkaar bestaande – vormen van handhaving. Niet alleen in de ZGC 2017 en de Gedragscode voor de goede bestuurder van de NVZD, maar ook in het gezamenlijke toezichtkader van de IGZ en NZa zijn gedragsregels opgenomen voor bestuurders en toezichthouders. In de verschillende codes en regelingen worden deels verschillende formuleringen gebruikt, waardoor zij onderling niet helemaal consistent zijn. Dit maakt het voor bestuurders en toezichthouders lastig om aan alle regels te voldoen. Een potentieel ongewenst gevolg van de veelheid aan gedragsregels is bovendien dat bestuurders en toezichthouders (opnieuw) vooral gefocust worden op het zo goed mogelijk aan de regels voldoen ('*compliance*'), terwijl het op dit moment juist van belang wordt geacht dat zij een eigen moreel kompas ontwikkelen.

Opvallend is daarnaast dat enerzijds sprake is van een geleidelijke *uitbreiding* van de reikwijdte van het externe toezicht van (met name) de IGZ tot onderwerpen en

72. *Gedragscode voor de goede bestuurder*, par. 3, p. 9.

73. *Gedragscode voor de goede bestuurder*, par. 4.

74. *Gedragscode voor de goede bestuurder*, par. 4, gedragsregels 1, 2 en 7.

75. Zie reeds Plomp 2015 (noot 137). Kennelijk anders: A.G.H. Klaassen, 'Geen wetsvoorstel Goed bestuur in de zorg: terecht of niet?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2016, afl. 3, p. 128-140.

regels die tot het domein van het privaatrecht en zelfregulering gerekend kunnen worden (zoals interne governance, cultuur en risicobeheersing, met gebruik van de ZGC als veldnorm voor het toezicht en een aanwijzingsbevoegdheid bij 'bestuurlijk onvermogen') en anderzijds van het bestuur en (met name) de raad van toezicht van zorginstellingen juist in toenemende mate wordt verwacht dat zij zich ook richten op de behartiging van de publieke belangen. Zo blijkt uit het gezamenlijke toezichtkader van de IGZ en de NZa dat zij van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen 'verwachten' dat zij zich (mede) richten op of althans rekening houden met de publieke belangen van de toegankelijkheid en de betaalbaarheid van de zorg en is in de ZGC 2017 – waarvan de inhoud overigens deels door de minister is 'voorgeschreven' – een gedragsregel opgenomen die bepaalt dat zorgorganisaties bijdragen aan de publieke belangen van de gezondheidszorg: kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid. De interne toezichthouder en de externe toezichthouder komen derhalve steeds meer in elkaars vaarwater en het onderscheid tussen publiekrecht, privaatrecht en zelfregulering vervaagt. In de zorgsector is (vooralsnog) geen sprake van een wettelijke meldplicht van interne toezichthouders jegens externe toezichthouders. De Minister en Staatssecretaris van VWS menen echter al wel dat externe toezichthouders mogen verwachten dat interne toezichthouders bij hen problemen melden die binnen de organisatie zelf niet worden opgelost. De ZGC 2017 lijkt daar (vooralsnog) niet van uit te gaan.

Een laatste opmerking betreft de publiekrechtelijke wet- en regelgeving. In beginsel is het positief dat de regering terughoudender is geworden ten aanzien van het opstellen van nieuwe publiekrechtelijke wet- en regelgeving in reactie op incidenten. Dit neemt echter niet weg dat zowel een kritische heroverweging ten aanzien van de bestaande wet- en regelgeving als het opnemen van noodzakelijke wettelijke normen nog steeds aandacht behoeven. In de huidige publiekrechtelijke wet- en regelgeving bestaat nog steeds een zekere onevenwichtigheid in die zin dat sommige onderwerpen – deels als gevolg van het 'oude' beleid, waarin onvoldoende tegenwicht werd geboden aan de 'risicoregelreflex' – (te) nauwkeurig zijn uitgewerkt, terwijl andere ontbreken. Zo valt bijvoorbeeld niet goed te begrijpen waarom er enerzijds geen sprake is van extern financieel toezicht op zorginstellingen en de verantwoordelijkheid voor de continuïteit van zorginstellingen volledig bij (de bestuurders en toezichthouders van) zorginstellingen is gelegd, maar de IGZ anderzijds wel de bevoegdheid wordt toegekend om in te grijpen in (de samenstelling van) het bestuur en toezicht van zorginstellingen. Verder zijn in de publiekrechtelijke wet- en regelgeving voor zorginstellingen wel uitgebreide verplichtingen met betrekking tot de *kwaliteit* van de zorg vastgelegd, maar geen (expliciete) verplichtingen om de publieke belangen van de *toegankelijkheid* en *betaalbaarheid* van de zorg te borgen.⁷⁶ Voor een deel van de 'verwachtingen' die de IGZ en de NZa van bestuurders en toezichthouders hebben ontbreekt derhalve een wettelijke norm en dus ook een bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheid.

76. Een uitzondering hierop is de zogenaamde '45-minutennorm' in de beleidsregels WTZi, op grond waarvan deelnemers aan het regionale overleg acute zorgketen alleen (tijdelijk) kunnen stoppen met het aanbieden van (functies van) acute zorg op een bepaalde locatie als deze binnen 45 minuten bereikbaar blijven voor ambulances.

6.4 De WBTR in het licht van de huidige sectorspecifieke regelgeving

6.4.1 Inleiding

Uit de memorie van toelichting bij het voorstel WBTR blijkt dat hiermee beoogd wordt de regeling voor bestuur en toezicht bij de verschillende soorten rechtspersonen – in het bijzonder de vereniging, de coöperatie, de onderlinge waarborgmaatschappij en de stichting – aan te vullen en te verduidelijken. Hiermee wordt volgens de wetgever voorzien in een behoefte van de praktijk.⁷⁷ De wet beoogt geen wijziging te brengen in de bestaande bestuurs- en toezichtsstructuren. Naar het oordeel van de wetgever noodzaakt het evenmin tot het wijzigen van de statuten.⁷⁸ Door de verplaatsing van een aantal regels die reeds gelden voor de N.V. en de B.V. naar het algemene gedeelte van Boek 2 BW kan de uitleg die bij de N.V. en de B.V. aan de betreffende regel is gegeven ook worden toegepast op de andere rechtspersonen.⁷⁹ Het is de bedoeling dat door de aanvulling en verduidelijking die de wet aanbrengt, de regeling van Boek 2 BW ook beter bruikbaar wordt als ‘basisregeling’, waarbij in sectorspecifieke regelingen kan worden aangeknoopt. In sectorspecifieke regelgeving kunnen aanvullende regels worden gesteld en kan ook van de algemene basisregeling worden afgeweken.⁸⁰

Voor zorginstellingen zijn vooral de wijzigingen in de wettelijke regeling van de stichting van belang, omdat verreweg de meeste zorginstellingen de stichting als rechtsvorm hebben. Om die reden zal ik mij primair richten op de betekenis van de wijzigingen van het stichtingenrecht voor de zorgsector. Omdat de achtergronden hiervan in de voorgaande hoofdstukken van dit preadvies reeds uitgebreid aan bod zijn gekomen, volsta ik met een relatief summiere weergave van de relevante wijzigingen en besteed ik vooral aandacht aan de betekenis daarvan voor de zorgsector. In par. 6.4.2 wordt nagegaan in hoeverre sprake is van samenloop en consistentie van de bepalingen uit het wetsvoorstel met de reeds bestaande sectorspecifieke regelgeving. In par. 6.4.3 wordt ingegaan op de doorwerking van de sectorspecifieke regelgeving in de open norm van de behoorlijke taakvervulling en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid. In par. 6.4.4 wordt ten slotte aandacht besteed aan de vraag in hoeverre de WBTR – omgekeerd – de sectorspecifieke regelgeving zou kunnen beïnvloeden.

6.4.2 Samenloop en consistentie tussen de WBTR en sectorspecifieke regelgeving

6.4.2.1 *Wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen*

De WBTR introduceert voor de stichting een wettelijke grondslag voor de raad van commissarissen (art. 2:11 (nieuw) BW). Zoals in par. 6.3.1.1 reeds vermeld, dienen de meeste toegelaten instellingen op grond van het Uitvoeringsbesluit WTZi te beschikken over een orgaan dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of

77. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 1.*

78. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 8.*

79. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 2.*

80. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 3; Kamerstukken II 2015/16, 34491, 4, p. 7.*

algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat. De aanwezigheid en samenstelling van het toezichthoudend orgaan, alsmede de verantwoordelijkheidsverdeling en de wijze van omgaan met conflicten tussen het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding, dienen te worden vastgelegd in de statuten.⁸¹ De taken van het toezichthoudend orgaan zijn in de sectorspecifieke wet- en regelgeving niet nader uitgewerkt. In de ZGC 2017 worden de taken toezicht, goedkeuring van bestuursbesluiten, advisering en de werkgeverfunctie genoemd.⁸² Bepaald wordt dat de raad van toezicht verantwoordelijk is voor 'het toezicht op het beleid van de raad van bestuur en de algemene gang van zaken in de zorgorganisatie'.⁸³ In de statuten dient te worden vastgelegd welke besluiten van de raad van bestuur voorafgaande goedkeuring van de raad van toezicht behoeven.⁸⁴ De ZGC 2017 bepaalt verder dat de raad van toezicht de leden van de raad van bestuur benoemt, schorst, ontslaat en décharge verleent en de beloning, de contractduur, de rechtspositie en de andere voorwaarden van de individuele leden van de raad van bestuur vaststelt.⁸⁵ De raad van toezicht is ook bevoegd tot benoeming, schorsing en ontslag van, alsmede het verlenen van décharge aan de eigen leden, tenzij deze bevoegdheden wettelijk of statutair aan de algemene vergadering of een andere instantie zijn toegekend.⁸⁶ Bovendien bepaalt de raad zijn eigen honorering.⁸⁷ Op grond van art. 2:11 lid 11 (nieuw) BW dient dit bij de stichting in de statuten te worden opgenomen. Aangezien art. 2:11 lid 2 (nieuw) BW bepaalt dat de *statuten* aanvullende bepalingen kunnen bevatten omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad van commissarissen en zijn leden, verdient het aanbeveling om ook de in de ZGC 2017 genoemde aanvullende taken en bevoegdheden van de raad van toezicht – voor zover niet reeds door de code en door het Uitvoeringsbesluit WTZi vereist – in de statuten vast te leggen.

Het voorstel WBTR bepaalt voorts dat het bestuur de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens dient te verschaffen en ten minste een keer per jaar schriftelijk op de hoogte dient te stellen van de hoofdlijnen van het strategisch beleid van de algemene en financiële risico's en

81. Art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

82. De adviestaak wordt niet nader uitgewerkt, maar blijkt wel uit de bepaling dat de raad van toezicht zijn 'toezicht-, goedkeurings-, advies- en werkgeversfuncties' op een evenwichtige wijze vervult. Zie art. 6.4.1 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

83. Art. 6.1 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

84. Dit geldt in elk geval voor: (i) de vaststelling van de begroting, het jaarverslag, de jaarrekening en de resultaatbestemming; (ii) de vaststelling van (strategische) beleidsplannen van de zorgorganisatie; (iii) de vaststelling van de randvoorwaarden en waarborgen voor een adequate invloed van belanghebbenden; (iv) het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking van de zorgorganisatie met andere rechtspersonen of vennootschappen indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de zorgorganisatie; (v) het bestuursreglement van de raad van bestuur; (vi) een voorstel tot ontbinding van de zorgorganisatie; (vii) aangifte van faillissement en aanvraag van surseance van betaling; (viii) gelijktijdige beëindiging of beëindiging binnen een kort tijdsbestek van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers, of van het verbreken van een overeenkomst met een aanmerkelijk aantal personen dat als zelfstandige of als samenwerkingsverband werkzaam is voor de zorgorganisatie. Zie art. 5.2.2 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

85. Art. 6.5.2 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

86. Art. 6.2.2 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

87. Art. 6.2.5 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016. Voor zorgorganisaties met de rechtsvorm van een N.V. of B.V. is deze bepaling overigens in strijd met de wet, omdat art. 2:11 lid 11 (nieuw) BW vereist dat de bezoldiging van commissarissen in dat geval dient te worden vastgesteld door de algemene vergadering.

van de gebruikte beheers- en controlesystemen (art. 2:11a (nieuw) BW). In de ZGC 2017 wordt de verantwoordelijkheid voor de informatievoorziening van de raad van toezicht daarentegen bij zowel het bestuur als de raad van toezicht gelegd. Bepaald wordt dat de raad van bestuur niet alleen de raad van toezicht tijdig alle informatie verschaft die nodig is voor een goede uitoefening van zijn functie, maar ook op verzoek van de raad van toezicht het contact van de raad van toezicht met functionarissen of (medezeggenschaps)organen uit de organisatie faciliteert.⁸⁸ Daarnaast stelt de code dat de raad van toezicht en elk van zijn leden afzonderlijk een eigen verantwoordelijkheid hebben voor de eigen informatievoorziening, waaronder wordt verstaan dat de informatie die de raad van toezicht van de raad van bestuur en de accountant ontvangt naar het eigen oordeel passend moet zijn om de eigen taak adequaat te kunnen vervullen. Indien de raad van toezicht dit geboden acht, kan hij informatie inwinnen bij functionarissen, de diverse organen en (externe) adviseurs van de zorgorganisatie.⁸⁹ Daarnaast moeten de raad van bestuur en raad van toezicht de afspraken over de informatievoorziening voor de raad van toezicht ook vastleggen.⁹⁰ Daarbij wordt overigens niet vermeld of dit in statuten of in een intern reglement dient te gebeuren. Niet helemaal duidelijk is bovendien waarom niet volstaan kan worden met de regeling in de ZGC 2017, in aanvulling op de wettelijke regeling in de WBTR.

6.4.2.2 *Wettelijke grondslag voor monistisch bestuur*

De WBTR introduceert een wettelijke grondslag voor monistisch bestuur bij (onder andere) de stichting (art. 2:9a BW). Daarmee wordt de mogelijkheid geboden tot instelling van een monistisch bestuur. De memorie van toelichting vermeldt expliciet dat de mogelijkheid om te kiezen voor een monistisch bestuursmodel in sectorspecifieke regelgeving kan worden uitgesloten.⁹¹ Zoals in par. 6.3.1.1 reeds vermeld, bepaalt het Uitvoeringsbesluit WTZi dat geen persoon tegelijk deel kan uitmaken van het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding en dat het toezichthoudend orgaan zodanig dient te zijn samengesteld dat de leden ten opzichte van elkaar, de dagelijkse en algemene leiding van de instelling en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren.⁹² Voor zorginstellingen die onder de reikwijdte van het Uitvoeringsbesluit vallen is een dualistische bestuursstructuur derhalve verplicht. De meeste zorginstellingen hebben een raad van toezichtmodel, waarin de raad van bestuur de dagelijkse leiding heeft en een raad van toezicht toezicht houdt op het bestuur. Ook toegestaan is echter een raad van beheermodel, waarin het bestuur toezicht houdt op een directie die de dagelijkse leiding uitoefent.⁹³ Hoewel in de literatuur wel gepleit is voor het toelaten van een monistische bestuursstructuur, is de Minister van VWS (vooralsnog) niet voornemens om hieraan gehoor te geven.

88. Art. 5.6 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

89. Art. 6.4.3 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

90. Art. 5.6 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.

91. Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 4.

92. Art. 6.1 lid 1 sub a en b Uitvoeringsbesluit WTZi.

93. Zie nota van toelichting bij Uitvoeringsbesluit WTZi, *Stb.* 2005, 575, p. 25.

6.4.2.3 *Uniformering van de norm voor taakvervulling van bestuurders en commissarissen*

Door inwerkingtreding van de WBTR gaat de norm dat bestuurders en commissarissen zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daaraan verbonden onderneming of organisatie, ook gelden voor bestuurders en commissarissen van de stichting (art. 2:9 lid 3 en 2:11 lid 4 (nieuw) BW). Voor commissarissen van de niet-commerciële stichting (zoals de meeste zorginstellingen)⁹⁴ krijgt bovendien ook de – voor bestuurders en commissarissen van een commerciële stichting reeds geldende⁹⁵ – (bredere) norm van behoorlijke taakvervulling (art. 2:11 lid 4 (nieuw) BW) en de daarbij behorende mogelijkheid tot de aansprakelijkstelling van leden van de raad van commissarissen ter zake van onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:11b (nieuw) BW) een wettelijke basis. In de sectorspecifieke wet- en regelgeving voor zorginstellingen is een dergelijke norm niet opgenomen.⁹⁶ Wel bepaalt de ZGC 2010 reeds dat de raad van bestuur en de raad van toezicht zich naar het belang van de zorginstelling ‘als maatschappelijke onderneming’ dienen te richten en daartoe de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden dienen af te wegen.⁹⁷ De ZGC 2017 bepaalt dat de raad van bestuur zich bij de vervulling van zijn taak richt op ‘het belang van de zorgorganisatie’⁹⁸ op korte en lange termijn, vanuit het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de cliënt daarin’. Daarbij maakt de raad van bestuur ‘een zorgvuldige en evenwichtige afweging tussen de belangen van de cliënten, de publieke en maatschappelijke belangen, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden’.⁹⁹ Voor de raad van toezicht geldt dat hij zijn toezicht-, goedkeurings-, advies- en werkgeversfuncties op een evenwichtige wijze dient te vervullen en zich daarbij dient te richten op ‘het belang van de zorgorganisatie, vanuit het perspectief van het realiseren van de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie en de centrale positie van de cliënt daarin’. Voorts dient de raad van toezicht te toetsen of de raad van bestuur alle in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden zorgvuldig en evenwichtig heeft afgewogen.¹⁰⁰ De normen die de code stelt voor de taakvervulling zijn – door de verwijzingen naar de maatschappelijke doelstelling en de centrale positie van de cliënt binnen de zorgorganisatie – derhalve iets enger geformuleerd dan de norm voor de taakvervulling van bestuurders en commissarissen in Boek 2 BW. In par. 6.4.3.3 ga ik hier nader op in.

94. Zorginstellingen zonder winstoogmerk zijn in beginsel vrijgesteld van het betalen van vennootschapsbelasting. De Minister van Veiligheid en Justitie stelt in het nader rapport d.d. 3 juni 2016 ten onrechte dat aannemelijk is dat alle zorginstellingen tot de commerciële rechtsvormen gerekend kunnen worden. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 4, p. 16.

95. Art. 2:9 lid 1 BW en 2:300a BW.

96. De Minister van Veiligheid en Justitie stelt in het nader rapport d.d. 3 juni 2016 ten onrechte dat ‘in de zorg (...) bij of krachtens de wet [is] vastgelegd naar welke norm de bestuurders en toezicht-houders zich moeten richten’. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 4, p. 15.

97. Zie art. 3.1 lid 2 en art. 4.1 lid 3 ZGC 2010.

98. Het begrip ‘zorgorganisatie’ is in de ZGC 2017 niet gedefinieerd, maar uit art. 1.2 kan worden afgeleid dat deze min of meer wordt vereenzelvigd met de privaatrechtelijke – of (bij UMC’s) publiekrechtelijke – rechtspersoon waaraan de organisatie verbonden is.

99. Art. 5.3 ZGC 2017, *ALV-versie*, 21 september 2016.

100. Art. 6.4.1 ZGC 2017, *ALV-versie*, 21 september 2016.

6.4.2.4 *Uniformering van de tegenstrijdigbelangregeling*

De WBTR introduceert voor de stichting de regel dat een bestuurder of commissaris met een tegenstrijdig belang niet deelneemt aan de beraadslaging of de besluitvorming. Wanneer door een tegenstrijdig belang van een bestuurder geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen (art. 2:9 lid 5 (nieuw) BW). Wanneer bij het volgen van deze regel door een tegenstrijdig belang van een commissaris door de raad van commissarissen geen besluit kan worden genomen, wordt het besluit in geval van een stichting toch door de raad van commissarissen genomen onder schriftelijke vastlegging van de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen, tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:11 lid 6 (nieuw) BW). De regeling beoogt te bevorderen dat bestuurders en commissarissen zich bij hun taakvervulling daadwerkelijk richten naar het belang van de stichting en de daaraan verbonden onderneming of organisatie en bij te dragen aan de rechtszekerheid.¹⁰¹

De ZGC 2017 bepaalt dat elke vorm van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstremgeling tussen enig lid van de raad van bestuur of van de raad van toezicht en de zorgorganisatie dient te worden voorkomen en dat de schijn hiervan dient te worden vermeden. Voorts wordt bepaald dat in de reglementen van de raad van bestuur en raad van toezicht wordt vastgelegd hoe met tegenstrijdige belangen en de schijn hiervan wordt omgegaan. Het is de vraag of dit nog nodig is na inwerkingtreding van de WBTR. De ZGC 2017 bepaalt dat een lid van de raad van bestuur of de raad van toezicht elke vorm en/of schijn van belangenverstremgeling terstond aan de voorzitter van de raad van toezicht en aan de overige leden van de raad meldt en daarover alle relevante informatie verschaft. De raad van toezicht besluit buiten aanwezigheid van het betrokken lid of er sprake is van belangenverstremgeling en hoe daarmee wordt omgegaan.¹⁰² Daarnaast bepaalt de ZGC 2017 onder andere dat de raad van toezicht of zijn afzonderlijke leden geen verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de raad van bestuur overnemen en niet de bestuursfunctie vervullen.¹⁰³ De regeling in de ZGC 2017 is derhalve niet geheel consistent met de tegenstrijdigbelangregeling in het wetsvoorstel. Om rechtsonzekerheid te voorkomen, verdient het dan ook aanbeveling om de conceptcode op dit punt – bij voorkeur vóór de inwerkingtreding – aan te passen.

6.4.2.5 *Uniformering van de regels voor aansprakelijkstelling in geval van faillissement*

Door middel van de WBTR wordt in art. 2:9c (nieuw) BW een uniforme regeling gecreëerd voor de aansprakelijkstelling van bestuurders bij faillissement, die in art. 2:11c (nieuw) BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op commissarissen. Daardoor kunnen ook bestuurders en commissarissen van stichtingen die niet onderworpen zijn aan de heffing van de vennootschapsbelasting – zoals (de meeste) zorginstellingen – voortaan door de faillissementscurator *hoofdelijk* worden aangesproken voor schade die wordt veroorzaakt door onbehoorlijk bestuur. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever deze uitbreiding van belang

101. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 5.*

102. *Art. 2.6.1 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.*

103. *Art. 4.1.3 ZGC 2017, ALV-versie, 21 september 2016.*

acht, omdat het 'ook bij die rechtspersonen kan voorkomen dat bestuurders en commissarissen zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim'. Naar het oordeel van de wetgever dient de curator dan adequate middelen te hebben om de geleden schade te verhalen op de bestuurders en commissarissen die hun taken ernstig hebben verzuimd.¹⁰⁴ Voor de zorgsector bestond nog geen vergelijkbare bepaling. In par. 6.4.3.4 ga ik hier nader op in.

6.4.2.6 *Modernisering van de criteria voor het ontslag van bestuurders en commissarissen*

De WBTR vervangt de huidige regeling van art. 2:298 BW voor het ontslag van een bestuurder van de stichting¹⁰⁵ door de bepaling dat een stichtingsbestuurder op verzoek van een belanghebbende of van het Openbaar Ministerie door de rechtbank kan worden ontslagen wegens (i) verwaarlozing van zijn taak, (ii) andere gewichtige redenen, (iii) ingrijpende wijziging van omstandigheden op grond waarvan het voortduren van het bestuurderschap in redelijkheid niet geduld kan worden of (iv) het niet of niet behoorlijk voldoen aan een bevel van de voorzieningenrechter (art. 2:298 lid 1 (nieuw) BW). De rechtbank kon reeds, hangende het onderzoek, voorlopige voorzieningen treffen en een bestuurder schorsen (art. 2:298 lid 2 BW). Door de WBTR gaan deze bepalingen bovendien ook voor de commissaris van de stichting gelden (art. 2:298 lid 4 (nieuw) BW). Aannemelijk is dat de nieuwe regeling in elk geval (gedeeltelijk) tegemoetkomt aan de kritiek die in de literatuur bestaat op (i) de beperkte uitleg die de Hoge Raad heeft gegeven aan de gronden voor het ontslag van bestuurders in de huidige wettelijke regeling; (ii) de onduidelijkheid over de precieze reikwijdte van de ontslaggronden; en (iii) het ontbreken van een mogelijkheid tot ontslag door de rechter van toezichthouders van de stichting.¹⁰⁶ Daarmee wordt het probleem dat de huidige regeling in de praktijk niet altijd toereikend blijkt om het ontslag te bewerkstelligen van een bestuurder die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem als bestuurder te handhaven waarschijnlijk (grotendeels) verholpen.¹⁰⁷ Tot nu toe werd aangenomen dat in de sectorspecifieke regelgeving nog geen vergelijkbare verplichting was opgenomen. Zoals in par. 6.3.1.3 reeds vermeld, hebben de Minister en Staatssecretaris van VWS echter recent in het 'Beleidskader goed bestuur' laten weten dat de aan de minister toekomende en recent aan de IGZ gemandateerde bevoegdheid om aanwijzingen te geven op grond van art. 27 Wkkgz in geval van 'bestuurlijk onvermogen' ook kan inhouden dat het bestuur of de raad van toezicht wordt uitgebreid of dat een of meer leden daarvan worden vervangen. Op de consequenties van deze samenloop ga ik in par. 6.4.4 verder in.

104. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7.

105. Op grond van het huidige art. 2:298 BW kan de bestuurder van een stichting door de rechter op verzoek van het Openbaar Ministerie of van een belanghebbende worden ontslagen indien de bestuurder handelt in strijd met de wet of de statuten of hij zich schuldig maakt aan wanbeheer.

106. Zie H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra & J.B. Wezeman, 'Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector', *RMThemIs* 2014, afl. 4, p. 159-171.

107. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7-8.

6.4.3 Doorwerking van sectorspecifieke regelgeving in de WBTR

Om na te gaan in hoeverre de sectorspecifieke regelgeving doorwerkt in (met name) de open norm van de behoorlijke taakvervulling – en daarmee ook aanleiding kan geven tot aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling – wordt in deze paragraaf, na een inleidende paragraaf over de inhoud van deze norm (par. 6.4.3.1), ingegaan op de vraag (i) in hoeverre de norm van behoorlijke taakvervulling nader wordt ingevuld door verplichtingen die voortvloeien uit sectorspecifieke regelgeving (par. 6.4.3.2); (ii) in hoeverre deze norm ruimte biedt om andere belangen dan het belang van de rechtspersoon – in het bijzonder de belangen van patiënten en de publieke belangen – mee te wegen bij de taakvervulling (par. 6.4.3.3); en (iii) welke gevolgen de sectorspecifieke regelgeving heeft voor de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in faillissement (par. 6.4.3.4).

6.4.3.1 *Behoorlijke taakvervulling en aansprakelijkheid voor onbehoorlijke taakvervulling*

Zoals vermeld, bepaalt het wetsvoorstel ook voor leden van de raad van commissarissen van de *niet-commerciële* stichting dat elke commissaris jegens de rechtspersoon is gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Voor bestuurders en commissarissen van de *commerciële* stichting bestond deze norm reeds. Als maatstaf voor de behoorlijke taakvervulling van een bestuurder geldt 'wat van een nauwgezet en voor zijn taak berekende bestuurder mag worden verwacht'. In deze maatstaf is de zorgplicht te herkennen die de bestuurder jegens de rechtspersoon heeft.¹⁰⁸ De gedragsnorm van de behoorlijke taakvervulling heeft een open karakter en wordt nader ingevuld door de omstandigheden van het geval, zoals de aard en activiteiten van de rechtspersoon en de sector waarin zij opereert. Pas als een bestuurder of commissaris tekortschiet in de inspanning die in de gegeven omstandigheden van hem mocht worden gevergd *en* hem daarvoor een ernstig verwijt kan worden gemaakt, kan hij daarvoor aansprakelijk worden gesteld. Volgens vaste jurisprudentie moet het antwoord op de vraag of de bestuurder of commissaris een ernstig verwijt kan worden gemaakt, worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de door de rechtspersoon uitgeoefende activiteiten, de in het algemeen daaruit voortvloeiende risico's, de taakverdeling binnen het bestuur, de eventueel voor het bestuur geldende richtlijnen, de gegevens waarover de bestuurder beschikte of behoorde te beschikken ten tijde van de aan hem verweten beslissingen of gedragingen, alsmede het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak is berekend en deze nauwgezet vervult.¹⁰⁹

Ook voor *toezichthouders* binnen de niet-commerciële stichting is de norm van behoorlijke taakvervulling echter niet echt 'nieuw'. Naar huidig recht kunnen leden van de raad van toezicht immers reeds door de stichting aansprakelijk worden gesteld op grond van een actie uit onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) dan wel wanprestatie vanwege het niet nakomen van een behoorlijke vervulling van de hun

108. A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 173-189.

109. HR 10 januari 1997, NJ1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

verstrekke opdracht (art. 7:401 e.v. jo. art. 6:74 BW). In de literatuur wordt reeds aangenomen dat in beide gevallen de gehanteerde norm voor het beoordelen van het handelen van de toezichthouders identiek is aan die van art. 2:9 BW.¹¹⁰ De Rechtbank Oost-Brabant hanteerde voor de beoordeling van aansprakelijkheid van de leden van de raad van toezicht van woningcorporatie Servatius uit hoofde van onrechtmatige daad ook als maatstaf of zij hun toezichthoudende taak onbehoorlijk hadden vervuld en hun daarvan een ernstig verwijt kon worden gemaakt, rekening houdend met alle relevante omstandigheden van het geval en beoordeeld naar de situatie ten tijde van de verweten gedragingen. Nu het bij deze aansprakelijkheidsvraag evenzeer gaat om de interne verhouding ten opzichte van de rechtspersoon – Servatius – is er naar het oordeel van de rechtbank ‘alle redenen’ om de zwaardere eis van ‘ernstige verwijtbaarheid’ van art. 2:9 lid 2 BW ook te stellen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de toezichthouders jegens Servatius. De rechtbank benadrukt daarbij nog dat het toezicht binnen een stichting niet fungeert als een ‘bestuur boven het bestuur’ en dat toezichthouders van een stichting geen eindverantwoordelijkheid dragen voor het bestuurlijk handelen binnen de stichting en in die zin dus een beperktere taak hebben dan bestuurders: ‘Zij hebben een eigen adviserende en controlerende taak met de daarbij horende bevoegdheden, en zijn aansprakelijk te houden wegens falend toezicht indien zij bij de uitoefening van die taak hebben gehandeld zoals geen redelijk handelend toezichthouder in de gegeven omstandigheden zou hebben gehandeld.’¹¹¹ Uit de eindbeschikking van de Ondernemingskamer in de enquêteprocedure met betrekking tot Meavita kan worden afgeleid dat (ook) toezichthouden op een zorginstelling (inmiddels) door de Ondernemingskamer als een serieuze en omvangrijke taak wordt beschouwd en dat dit voor interne toezichthouders niet zonder risico’s is.¹¹² Aannemelijk is dat zij hierdoor ook (vaker) persoonlijk aansprakelijk zullen worden gesteld.¹¹³ Eerder achtte de Rechtbank Amsterdam aansprakelijkstelling van de leden van de raad van toezicht van Stichting Hestia op grond van art. 2:9 BW overigens nog niet mogelijk.¹¹⁴ Een belangrijk verschil van art. 2:11b (nieuw) BW ten opzichte van de huidige mogelijkheden voor aansprakelijkstelling van leden van de raad van toezicht is uiteraard wel dat art. 2:11b (nieuw) BW uitgaat van een *hoofdelijke* aansprakelijkheid van leden van de raad van toezicht.

110. Zie bijv. A. Hammerstein, ‘De zorginstelling heeft een professionele toezichthouder nodig’, in: M.J.M.H. Lombarts e.a., *Functioneren en disfunctioneren*, Pre-Advies 2016 van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 139-170, in het bijzonder p. 158-159.

111. Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126 (*Servatius*), m.nt. U.B. Verboom.

112. In de enquêteprocedure werd wanbeleid bij Meavita vastgesteld en werden de bestuurders en commissarissen veroordeeld in de kosten van de enquête ter hoogte van € 1 miljoen. Opgemerkt moet echter worden dat cassatie is ingesteld en dat de conclusie van A-G Timmerman strekt tot vernietiging van de beschikking, onder andere omdat de OK haar oordeel over het verhaal van de onderzoekskosten onvoldoende heeft gemotiveerd. In het bijzonder is naar het oordeel van de A-G onvoldoende duidelijk welke persoonlijke verwijten de OK ieder van de bestuurders en commissarissen maakt. Zie conclusie A-G Timmerman d.d. 2 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:856.

113. Het oordeel van de OK dat sprake is van wanbeleid kan het leveren van bewijs in een civiele aansprakelijkheidsprocedure immers gemakkelijker maken. Zie HR 8 april 2006, *JOR* 2006/119 (*Laurus*), m.nt. M. Brink.

114. Rb. Amsterdam 26 maart 2008, *TvGR* 2009, afl. 8, m.nt. J.G. Sijmons. Hammerstein 2016, p. 159 acht deze uitspraak onjuist.

6.4.3.2 Invulling van de norm van behoorlijke taakvervulling door sectorspecifieke regelgeving

De norm van behoorlijke taakvervulling wordt in de zorgsector allereerst nader ingekleurd door de voor zorginstellingen geldende publiekrechtelijke wet- en regelgeving. Het behoort tot de taak van het bestuur om ervoor te zorgen dat de instelling de wet naleeft en tot de taak van de raad van toezicht om erop toe te zien dat het bestuur deze taak op adequate wijze vervult. Indien een zorginstelling de wet- en regelgeving niet naleeft, kan dit leiden tot aansprakelijkheid van bestuurders of toezichthouders jegens de zorginstelling indien de zorginstelling als gevolg daarvan schade lijdt. Uit de rechtspraak volgt dat handelen in strijd met statutaire of wettelijke bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen een zwaarwegende omstandigheid is die in beginsel leidt tot aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de zorginstelling, tenzij hij aantoont dat hem geen persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.¹¹⁵ Zoals in par. 6.3.1 vermeld, voorziet met name de Wkkgz in een grote hoeveelheid kwaliteits-, veiligheids- en organisatienormen voor zorginstellingen en bevat daarnaast ook de Wmg specifieke bepalingen met betrekking tot onder andere de administratie, wijze van declareren en transparantie over kwaliteit en tarieven. De kans dat een van deze normen niet voldoende wordt nageleefd, is reëel. Met name voorschriften op het gebied van correct declareren blijken in de praktijk soms zo onduidelijk of ingewikkeld, dat een groot deel van de onregelmatigheden in de declaraties wordt veroorzaakt door een onjuiste interpretatie hiervan.¹¹⁶ Aannemelijk is dat ten minste een deel van de verplichtingen in de sectorspecifieke wet- en regelgeving – met name de verplichtingen tot het voeren van een deugdelijke administratie en correct declareren, maar mogelijk ook verplichtingen op het gebied van de kwaliteit van zorg¹¹⁷ – kan worden beschouwd als wettelijke bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen. Veelal zal door de IGZ of de NZa worden vastgesteld dat de zorginstelling deze onvoldoende heeft nageleefd. Hoewel dit in een civiele procedure in beginsel nog wel ter discussie kan worden gesteld, zal dit in de praktijk meestal lastig zijn. Doordat een groot deel van deze verplichtingen als resultaatsverbintenis is geformuleerd¹¹⁸ en het bestuur in beginsel eindverantwoordelijk is voor de naleving van deze normen, zal een bestuurder die vanwege de niet-naleving daarvan aansprakelijk wordt gesteld waarschijnlijk bovendien niet gemakkelijk kunnen aantonen dat hem ter zake geen ernstig verwijt treft en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen. Het behoort immers tot de verantwoordelijkheid van het bestuur om de organisatie zodanig in te richten dat aan deze normen wordt voldaan. In de (weinige) jurisprudentie met betrekking tot de aansprakelijkheid

115. HR 29 november 2002, NJ 2003/455 (*Berghuizer Papierfabriek*). Een voorbeeld uit de zorgsector is Scheidsgerecht Gezondheidszorg 20 augustus 2006, *TvGR* 2007, afl. 2, p. 149-160 (*De Bruggen*).

116. T.A.M. van den Ende, 'Zorgfraude: van handhaving en hoe systemen hun eigen ongelukken genereren', in: E. Steyger e.a., *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terug- en vooruitblik*, Pre-Advies 2015 van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 169-208.

117. In dit kader is interessant dat de Rechtbank Noord-Nederland in de in par. 6.4.3.4 nog te bespreken uitspraak met betrekking tot Diogenes oordeelde dat ook tekortkomingen op het gebied van de kwaliteit van de zorg grote gevolgen kunnen hebben voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming. Zie Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, *JOR* 2016/2.

118. Bijv. 'de zorgaanbieder biedt goede zorg aan' en 'de zorgaanbieder organiseert de zorgverlening op zodanige wijze (...) dat een en ander moet leiden tot het verlenen van goede zorg'. Zie par. 6.3.1.2.

van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen tot nu toe zijn er – voor zover mij bekend – (nog) weinig aanwijzingen te vinden dat de complexiteit van de taken van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen (zie par. 6.2.1.4 en 6.2.1.5) ertoe leidt dat hun minder snel een ‘ernstig verwijt’ wordt gemaakt. Wel zijn er aanwijzingen dat de complexe externe omstandigheden een *hogere* mate van zorgvuldigheid van hen vergen. Zo oordeelde de Ondernemingskamer bijvoorbeeld in de eindbeschikking met betrekking tot Meavita: ‘In ieder geval vormden deze en dergelijke omstandigheden voor het geconstateerde gebrek aan aandacht en voor de overige tekortkomingen, zoals ten aanzien van het schenden van *governance*- en medezeggenschapsregels, geen rechtvaardiging. De Ondernemingskamer concludeert: er was inderdaad een cumulatie aan moeilijke tot zeer moeilijke externe factoren. In plaats van die tegemoet te treden met extra zorgvuldigheid en aandacht, vervielen bestuurders en toezichthouders in een cumulatie van tekortkomingen.’¹¹⁹ En in haar beschikking naar aanleiding van een verzoek van de ondernemingsraad van Fundis Holding B.V. (een aanbieder van AWBZ-zorg en Wmo-zorg) om ontbinding van het bestuursbesluit om met een achtergestelde lening te participeren in het LangeLand Ziekenhuis¹²⁰ overwoog de Ondernemingskamer dat er rekening mee moet worden gehouden dat ‘zorginstellingen opereren in een economisch onzeker tijdsgewricht en (...) voor een belangrijk deel van hun bedrijfsvoering afhankelijk zijn van door het politieke veld gemaakte keuzes en bepaalde waarden’, aangezien ‘(ook) het beleid van het huidige kabinet evenals dat van de zorgverzekeraars erop [is] gericht om de zorgkosten in te dammen althans te beheersen en (...) er niet van [kan] worden uitgegaan dat een geprognosticeerde omzetgroei vanzelfsprekend kan worden behaald.’ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Ondernemingskamer de relatief hoge financiële risico’s en afhankelijkheid van externe omstandigheden meebrengen dat het bestuur van een *zorginstelling* in het algemeen een hogere mate van zorgvuldigheid in acht dient te nemen bij een besluit tot overname (van een andere instelling).

Vermoedelijk wordt de norm van behoorlijke taakvervulling daarnaast ook ingevuld door (een deel van) de bepalingen in de Zorgbrede Governancecode. Dit geldt in elk geval voor zorginstellingen die zich hebben geconformeerd aan de toepassing van de code, maar (binnenkort) mogelijk ook voor instellingen die de code niet toepassen.¹²¹ In dit kader is van belang dat naar het oordeel van de Hoge Raad in de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC) de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging tot uiting komt en dat die rechtsovertuiging mede inhoud geeft aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) en de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW).¹²² Hoewel naleving van de ZGC 2010 – anders dan de NCGC – niet wettelijk vereist is,¹²³ en de code in de (ondernemingsrechtelijke) rechtspraak tot nu toe een nog relatief bescheiden rol heeft gespeeld,¹²⁴ zijn er aanwijzingen dat aan de toepassing van de sectorale

119. Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 (*Meavita*), m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 13.19.

120. Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *JOR* 2014/129 (*Fundis*).

121. De groep instellingen die de code niet toepast zal overigens steeds kleiner worden. Zie par. 6.3.2.1.

122. HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (*ABN AMRO*), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 (*ASMI I*), r.o. 4.4.2.

123. De verwijzing in de bijlage bij de Regeling verslaggeving WTZ1 naar de code is niet vergelijkbaar met een aanwijzing als gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 5 BW.

124. Zie bijv. Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *JOR* 2008/302 (*Stichting de Grote Rivieren*), r.o. 3.6.

codes in de rechtspraak wel *steeds meer* waarde wordt toegekend. Zo verwijst de Rechtbank Oost-Brabant voor de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de raad van toezicht van woningcorporatie Servatius – behalve naar de statuten en het huishoudelijk reglement – ook naar de Governancecode Woningcorporaties.¹²⁵ De Ondernemingskamer verwijst in haar eindbeschikking in de enquêteprocedure met betrekking tot Meavita – bij gebrek aan een wettelijke regeling – voor de beschrijving van de taken en verantwoordelijkheden van de raad van toezicht naar bepalingen in de ZGC 2010.¹²⁶ Er zijn echter ook enkele andere ontwikkelingen die eraan bijdragen dat de ZGC steeds meer wordt gezien als een uiting van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging. Zo stellen zorgverzekeraars naleving van de code steeds vaker als voorwaarde voor de zorginkoop, waarbij zij bovendien ook regelmatig eisen dat bepalingen uit de code in de statuten worden opgenomen.¹²⁷ Zoals reeds aan de orde kwam, beschouwt de IGZ de code inmiddels als veldnorm, die zij gebruikt bij de handhaving. Aangezien de ZGC 2017 niet langer is gebaseerd op het ‘pas toe of leg uit’-beginsel, is er in de nieuwe code bovendien nog maar weinig ruimte voor afwijkingen. Ten slotte heeft de Minister van VWS laten weten dat de code ook gaat gelden voor instellingen die niet lid zijn van de brancheorganisaties die gezamenlijk de code hebben opgesteld. Aannemelijk is mijns inziens dan ook dat in elk geval de *principes* en – vanwege het (grotendeels) dwingende karakter van de code – mogelijk ook een deel van de *gedragsregels* uit de ZGC 2017 na de invoering van deze code zullen worden beschouwd als een ‘uiting van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging’. Dit brengt mee dat niet-naleving van deze bepalingen uit de ZGC 2017 vermoedelijk in elk geval een *rol van betekenis* kan spelen bij de onderbouwing van het oordeel dat bestuurders en toezichthouders aansprakelijk zijn jegens de zorginstelling vanwege onbehoorlijke taakvervulling. Niet uitgesloten is echter dat ook de niet-naleving van de code *op zichzelf* reeds een grond voor aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders kan opleveren. In dit kader is van belang dat de ZGC 2017 de verantwoordelijkheid voor de naleving van de code expliciet bij de raad van bestuur en de raad van toezicht legt.¹²⁸ Daarnaast is van belang dat de Hoge Raad tegenwoordig ruimere mogelijkheden lijkt te zien voor toetsing door de rechter aan vormen van private regelgeving. In het arrest *Achmea/Rijnberg* oordeelde de Hoge Raad immers in relatief algemene bewoordingen dat indien een verzekeraar in strijd met de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek van het Verbond van Verzekeraars – eveneens een vorm van zelfregulering – handelt, sprake is van ongerechtvaardigde en derhalve onrechtmatige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verzekerde.¹²⁹ Uiteraard betekent dit niet dat het handelen in strijd met elke vorm van zelfregulering een onrechtmatige daad oplevert. De Hoge Raad baseert

125. Rb. Oost-Brabant 26 februari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:866, r.o. 4.7 en 4.8.

126. Opgemerkt moet worden dat niet helemaal duidelijk is wat de Ondernemingskamer bedoelt met haar daarop volgende overweging dat deze bepalingen ‘geen doorslaggevende betekenis voor het hier gegeven oordeel hebben gehad’ en dat het oordeel ‘niet anders [zou] luiden indien die normen niet waren vastgelegd’. Zie Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, *JOR* 2016/61 (*Meavita*), m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 6.25. Niet uitgesloten is dat zij hiermee heeft willen uitdrukken dat nog onduidelijk is of de ZGC 2010 ook inderdaad een uiting vormt van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging, op een vergelijkbare wijze als de NCGC dat doet.

127. A.G.H. Klaassen, ‘Zorgverzekeraars stellen eisen aan statuten van zorgaanbieders’, *WPNR* 2015/7106.

128. *ZGC* 2017, art. 4.1.1, als uitwerking van het principe dat de raad van bestuur en de raad van toezicht ieder vanuit hun eigen rol verantwoordelijk zijn voor de governance van de zorgorganisatie.

129. HR 18 april 2014, *NJ* 2015/20, m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans (*Achmea/Rijnberg*).

zijn oordeel mede op de 'inhoud en opzet' van de betreffende gedragscode. Niettemin valt niet uit te sluiten dat deze ontwikkeling meebrengt dat de rechter ook het handelen van bestuurders en toezichthouders eerder aan de ZGC zal toetsen en dat dit eerder tot aansprakelijkheid vanwege onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatige daad kan leiden.

De eventuele andere codes, richtlijnen en protocollen die binnen een zorginstelling gelden behoren vermoedelijk in elk geval tot de *omstandigheden* waarmee rekening moet worden gehouden bij de invulling van de norm van behoorlijke taakvervulling in een concreet geval.¹³⁰ Hetzelfde geldt vermoedelijk ook voor de 'Gedragscode voor de goede bestuurder' van de NVZD, indien een bestuurder zich daaraan geconformeerd heeft. Anders dan wellicht geldt voor de ZGC, lijkt mij echter minder waarschijnlijk dat het enkele feit dat in strijd met deze code is gehandeld reeds een grond kan vormen voor bestuurdersaansprakelijkheid.

6.4.3.3 Ruimte voor het meewegen van andere belangen dan het belang van de rechtspersoon

Het wetsvoorstel bepaalt voor bestuurders en commissarissen van de stichting dat zij zich bij hun taakvervulling dienen te richten naar het belang van de rechtspersoon en de daarmee verbonden organisatie. Hoewel deze norm nog niet in Boek 2 BW is opgenomen, wordt in de literatuur reeds aangenomen dat een dergelijke norm reeds geldt.¹³¹ Met deze bepaling wordt beoogd tot uitdrukking te brengen dat bestuurders en commissarissen bij de vervulling van hun taak de belangen van de rechtspersoon moeten laten prevaleren boven hun eigen belangen.¹³² Zij vormt een richtsnoer voor de wijze waarop de (bredere) verplichting tot een behoorlijke taakvervulling dient te worden nageleefd. Indien het bestuur en de raad van toezicht zich richten naar het belang van de zorginstelling, zal dit veelal *indirect* ook de belangen van patiënten en de publieke belangen ten goede komen. Het 'bestendige succes' van een zorginstelling zal in veel gevallen immers mede inhouden, of althans gepaard gaan met, goede zorg en continuïteit van zorg. Opgemerkt moet echter worden dat deze belangen niet volledig parallel lopen. Zo zijn de betaalbaarheid en de kwaliteit van de zorg (op langere termijn) in beginsel niet gediend met het voortbestaan van slecht presterende ziekenhuizen¹³³ en kan bijvoorbeeld het sluiten van een niet-rendabele afdeling afbreuk doen aan de toegankelijkheid van de zorg. Juist op de gebieden waar deze belangen conflicteren staan bestuurders en toezichthouders voor lastige dilemma's. Zoals in par. 6.2.1.5 en 6.2.3 reeds aan de orde kwam, stuiten zorgbestuurders in hun belangenafweging regelmatig op 'grijze gebieden', waarin het – althans, voor hen – onduidelijk is wat integer handelen is vanwege ontbrekende of tegenstrijdige normen. Interessant is dan ook de vraag in hoeverre de norm van behoorlijke taakvervulling ruimte biedt voor het laten meewegen van of onder omstandigheden zelfs laten prevaleren van het belang van

130. Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-1* 2009, nr. 446.

131. P.L. Dijk & T.J. van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, Deventer: Kluwer 2013, p. 192, 255 en 264.

132. *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3, p. 11 en 22.

133. Vgl. M.C.W. Janssen, K. Schep & J. van Sinderen, 'Over het borgen van publieke belangen in de zorg: De rol van markten en toezicht', in: E. van Damme & M.P. Schinkel (red.), *Marktwerking en publieke belangen*, Preadviezen KVS, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 179-199.

patiënten en de publieke belangen. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel doet vermoeden dat de wetgever in elk geval *geen* ruimte ziet voor het laten *prevaleren* van andere belangen boven de belangen van de rechtspersoon en hooguit ruimte ziet voor het laten *meewegen* van andere belangen dan de belangen van de rechtspersoon voor zover deze in de statutaire doelstelling tot uitdrukking komen:

‘In de consultatie is opgemerkt dat het bij de stichting niet vanzelfsprekend is dat bestuurders het belang van de rechtspersoon voorop moeten stellen. Bestuurders van stichtingen zouden ook specifieke deelbelangen mogen behartigen. Het belang van de stichting zou bovendien in overwegende mate bepaald worden door de statutaire doelstelling. In dat kader is gesuggereerd om een afzonderlijke norm te formuleren voor de taakvervulling door bestuurders van een stichting. Deze suggestie is niet overgenomen. Reden daarvoor is dat de genoemde zienswijze niet goed te verenigen is met de geldende opvattingen over rechtspersoonlijkheid, welke opvattingen ook ten grondslag liggen aan de regeling van Boek 2 BW. Volgens deze opvattingen moet het belang van de rechtspersoon onderscheiden worden van het belang van degenen die bij de rechtspersoon betrokken zijn en van de deelbelangen die zij behartigen. Voor bestuurders van stichtingen geldt evenzeer als voor bestuurders van andere rechtspersonen dat zij zich moeten richten naar het belang van de rechtspersoon. Daaraan doet niet af dat dit belang in overwegende mate bepaald kan worden door de statutaire doelstelling.’¹³⁴

De Raad van State heeft er ook ten aanzien van interne toezichthouders meerdere malen op gewezen dat het feit dat een bepaalde privaatrechtelijke rechtspersoon een publiek belang dient niet meebrengt dat de interne toezichthouder primair het publieke belang en de dienstverlening aan de burger dient. Een dergelijk standpunt staat naar het oordeel van de raad op gespannen voet met de wijze waarop het rechtspersonenrecht is ingericht en miskent dat het interne toezicht een eigen functie heeft, die met dit voorstel wordt ondermijnd. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat indien een interne toezichthouder zich niet primair kan richten op het belang van de rechtspersoon, zijn relatie met het bestuur van de rechtspersoon en de stakeholders onder druk komt te staan. Het risico bestaat bovendien dat het bestuur en de interne toezichthouder verschillende belangen dienen, waardoor zij elkaar kunnen gaan tegenwerken, bijvoorbeeld doordat het bestuur de interne toezichthouder niet volledig informeert, wat ten koste zal gaan van zijn controlerende taak.¹³⁵

Niettemin lijkt mij aannemelijk dat uit de norm van behoorlijke taakvervulling wel voortvloeit, dat het bestuur en de raad van toezicht van een zorginstelling de belangen van *patiënten* in hun besluitvorming dienen te betrekken, althans in elk geval rekening dienen te houden met deze belangen. In dit kader is allereerst van belang dat, zoals in de vorige paragraaf reeds aan de orde kwam, aannemelijk is dat de norm voor de beoordeling van het handelen van bestuurders en toezichthou-

134. *Kamerstukken II 2015/16, 34491, 3, p. 11-12.*

135. *Raad van State, Jaarverslag 2015, Leiden: OBT bv 2016, p. 49.*

ders van zorginstellingen nader wordt ingevuld door de voor zorginstellingen geldende publiekrechtelijke wet- en regelgeving, de principes (en mogelijk ook een deel van de gedragsregels) uit de ZGC 2017 en de statuten. Zoals in par. 6.3 vermeld, bevat de publiekrechtelijke wet- en regelgeving een verplichting tot het verlenen van (kwalitatief) goede zorg en verwijzen meerdere principes in de ZGC 2017 naar de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie, die bestaat uit het bieden van (kwalitatief) goede zorg aan cliënten. Zoals in par. 6.4.2.3 vermeld, komt dit ook in de norm voor taakvervulling van bestuurders en toezichthouders in de code tot uitdrukking. Bovendien zal in de statuten veelal ook als doelstelling zijn opgenomen dat de instelling beoogt goede zorg te bieden aan cliënten of patiënten. Niet onaannemelijk is dat deze doelstelling meebrengt dat zij een hoge mate van zorgvuldigheid in acht dienen te nemen met betrekking tot handelingen die de continuïteit van de zorgverlening in gevaar kunnen brengen, zoals het aangaan van financiële transacties.¹³⁶ In dit kader is ten slotte van belang dat in de civiele rechtspraak bij de uitleg van open normen steeds vaker ook de belangen van andere 'stakeholders' worden betrokken.¹³⁷ Zo worden in de beschikking van de Ondernemingskamer (en het daarop volgende arrest van de Hoge Raad) met betrekking tot de gang van zaken binnen Fortis N.V. na de overname van delen van ABN AMRO de belangen van 'spaarders, depositohouders en polishouders' uitdrukkelijk genoemd als onderdeel van de richtsnoer voor het bestuurlijk handelen van een bank.

Minder aannemelijk is echter dat de norm van behoorlijke taakvervulling ook meebrengt dat het bestuur en de raad van toezicht de *publieke belangen* in hun besluitvorming moeten betrekken, zeker indien daar geen wettelijke verplichting voor bestaat. Zoals in par. 6.3.1 en 6.3.3 aan de orde kwam, bevat de publiekrechtelijke wet- en regelgeving geen concrete verplichting voor individuele instellingen tot het behartigen van de publieke belangen van de *betalbaarheid* en de *toegankelijkheid* van de zorg, maar verwachten de IGZ en de NZa dat niettemin wel van bestuurders en toezichthouders. In de ZGC 2017 zijn wel gedragsregels opgenomen die bepalen dat (i) zorgorganisaties bijdragen aan de publieke belangen van de kwaliteit, *toegankelijkheid* en *betalbaarheid* van de zorg, (ii) de raad van bestuur bij zijn taakvervulling een zorgvuldige en evenwichtige afweging tussen de belangen van de cliënten, de *publieke en maatschappelijke belangen*, de belangen van medewerkers en de overige in aanmerking komende belangen van interne en externe belanghebbenden dient te maken en (iii) de raad van toezicht dient te toetsen of de raad van bestuur alle in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden zorgvuldig en evenwichtig heeft afgewogen (zie par. 6.3.2 en 6.4.3.2). Aannemende dat (met name) ten aanzien van de *gedragsregels* (nog) onduidelijk is of deze zullen worden beschouwd als een uiting van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging, brengt dit vermoedelijk hooguit voor de instellingen die zich aan toepassing van de code hebben geconformeerd een verplichting mee om rekening te houden met de publieke belangen. Mijns inziens biedt dit echter onvoldoende ruimte om in een situatie waarin het belang van de

136. Vgl. bijv. Hof Amsterdam 21 september 2010, *JOR* 2011/40, m.nt. J.B. Wezeman (*Stichting Freule Lauts van Aysma*), waar sprake was van een stichting die ten doel had werkzaamheden te verrichten op het gebied van huisvesting van bejaarden.

137. H.J. de Kluiver & J. Barneveld, 'Kroniek van het ondernemingsrecht. Over ondernemen, maatschappelijk onbehegen en de "stakeholder" als oriëntatiepunt', *NJB* 2015, afl. 15, p. 1014-1024.

zorginstelling conflicteert met de publieke belangen, de publieke belangen te laten prevaleren.

Zoals ik eerder heb betoogd,¹³⁸ zou dit hooguit anders kunnen zijn bij zorginstellingen die zodanig groot of zodanig belangrijk zijn voor de beschikbaarheid of continuïteit van het zorgaanbod in een bepaalde regio, dat een faillissement ertoe zou leiden dat de beschikbaarheid, toegankelijkheid of kwaliteit van de zorg niet langer gegarandeerd kunnen worden – ook wel aan te duiden als ‘systeemziekenhuizen’.¹³⁹ Aannemelijk is namelijk dat op dergelijke instellingen een bijzondere zorgplicht jegens derden rust vanwege hun bijzondere maatschappelijke functie en verantwoordelijkheid, die ook doorwerkt in de zorgplicht die op de bestuurders van deze instellingen rust in die zin, dat zij bij hun taakvervulling en besluitvorming een hogere mate van zorgvuldigheid in acht dienen te nemen ten aanzien van de publieke belangen.¹⁴⁰ In dit kader kan opnieuw worden verwezen naar de Fortis-beschikking, waarin de Ondernemingskamer oordeelde dat nu in dit geval sprake was van een *systeembank*, het bestuur van Fortis zelfs ook het ‘algemeen maatschappelijk belang dat gemoeid is met Fortis’ instandhouding’ bij zijn beleidsafwegingen en besluitvorming diende te betrekken.¹⁴¹ Vervolgens overweegt de Ondernemingskamer ook dat, gelet op de aard van de onderneming (*in casu* een bank) en de daarbij betrokken belangen op het *bestuur* een bijzondere zorgplicht rust om de ondernemingsrisico’s steeds zorgvuldig en adequaat in het oog te houden, te beoordelen en bij zijn beleidsafwegingen, besluitvorming en optreden te betrekken. Het maatschappelijk belang scherpt de norm voor hetgeen op dit punt van Fortis en haar organen kon worden verwacht bovendien nog verder aan: ‘Naarmate op een (rechts)persoon (op een bepaald terrein) een zwaardere verantwoordelijkheid rust, zal hij ook scherper moeten opletten, opdat hem geen voor het voeren van een verantwoord beleid relevante feiten en omstandigheden ontgaan, en zal hij zijn besluitvorming – dan ook – moeten doen berusten op een zorgvuldige informatievoorziening, analyse en beoordeling. Dat betekent dat wat voor de één slechts een *hindsight* inzicht is, onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte *foresight* inzicht behoort te zijn.’¹⁴² Naar het oordeel van de Hoge Raad wordt hiermee bedoeld dat ‘van Fortis als systeembank, gelet op haar bijzondere zorgplicht (...), meer kennis en inzicht (en meer inspanningen ter verkrijging daarvan) mocht worden verwacht dan van een partij in een andere positie’.¹⁴³ Hoewel deze uitspraak uiteraard niet zonder meer toepasbaar is op zorginstellingen,

138. E. Plomp, ‘De introductie van ziekenhuizen met winstoogmerk’, in: E. Steyger e.a., *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel. Terug- en vooruitblik*, Pre-Advies 2015 van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 129-168.

139. In het huidige stelsel van gereuleerde marktwerking geldt voor de meeste vormen van zorg dat er voldoende ‘concurrenten’ beschikbaar zijn om het zorgaanbod over te nemen. Het voortbestaan van de aanbieders van deze zorg is derhalve niet ‘cruciaal’ voor het borgen van de publieke belangen. Dit geldt mogelijk wel voor bijvoorbeeld aanbieders van hoog-complexe oncologische zorg.

140. In de hierna in par. 6.4.3.4 te bespreken uitspraak met betrekking tot Diogenes nam de rechtbank overigens reeds aan dat op deze ‘gewone’ instelling voor gehandicaptenzorg een bijzondere zorgplicht rustte, voortvloeiend uit art. 7:453 BW (goed hulpverlenerschap) en art. 3 KZi (dat vervangen is door art. 3 Wkkgz). Zie Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, *JOR* 2016/2, m.nt. S.L. Rive (*Diogenes*), r.o. 6.6.

141. Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41 (*VEB/Ageas*), r.o. 4.3 en 4.4. Hoewel in cassatie geen middel was ingesteld tegen deze overwegingen, kan uit de uitspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat hij deze ondersteunt. Zie HR 6 december 2013, *JOR* 2014/65 (*Ageas/VEB*).

142. Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41 (*VEB/Ageas*), r.o. 4.5.

143. HR 6 december 2013, *JOR* 2014/65 (*Ageas/VEB*), r.o. 4.2.3.

vormt zij naar mijn mening wel een belangrijke aanwijzing dat het bestuur en de raad van toezicht van een onderneming met een bijzondere maatschappelijke functie (een 'nutsfunctie') – zoals een 'systeemziekenhuis' – de belangen van een ruimere kring van betrokkenen en onder omstandigheden zelfs het maatschappelijk belang moet meewegen in zijn besluitvorming.¹⁴⁴ Aangezien vermoedelijk slechts een klein deel van de Nederlandse zorginstellingen als zodanig kan worden aangemerkt, is de ruimte om de publieke belangen in de besluitvorming te betrekken voor de bestuurders van verreweg de meeste instellingen echter beperkt.

6.4.3.4 *Gevolgen voor de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders bij faillissement*

Op grond van art. 2:9c (nieuw) BW is in geval van faillissement van de zorginstelling iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement – tenzij de bestuurder bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.¹⁴⁵ Hetzelfde geldt ingevolge art. 2:11c (nieuw) BW voor elke commissaris. De faillissementscurator kan individuele bestuurders en toezichthouders reeds met een beroep op onrechtmatige daad aansprakelijk stellen. De nieuwe norm voor aansprakelijkheid in geval van faillissement breidt de mogelijkheden voor de curator echter aanzienlijk uit. Ten eerste is de bewijslast aanzienlijk verminderd door de bewijsvermoedens van art. 2:9c lid 2 (nieuw) BW. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit art. 2:10 BW of 2:394 BW, heeft het zijn taak kennelijk onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ten tweede bevat de nieuwe norm de mogelijkheid om de bestuurders en toezichthouders *hoofdelijk* aansprakelijk te stellen. Indien de handelingen van een bestuurder als kennelijk onbehoorlijk bestuur kunnen worden aangemerkt en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is, dan zijn in beginsel ook de medebestuurders aansprakelijk. Ten derde vestigt de nieuwe norm een aansprakelijkheid voor het gehele boedeltekort en hoeft de curator dus geen verband aan te tonen tussen het kennelijk onbehoorlijk bestuur en de schade.¹⁴⁶

Hiervoor in par. 6.4.3.2 bleek reeds dat bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen zich in een relatief kwetsbare positie bevinden vanwege het feit dat zij bij niet-naleving van bepalingen in de sectorspecifieke regelgeving die de rechtspersoon beogen te beschermen vermoedelijk niet gemakkelijk kunnen aantonen dat hun geen verwijt kan worden gemaakt. In geval van faillissement geldt dat in beginsel ook. Een interessant voorbeeld in dit kader is een recente uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland met betrekking tot *Diogenes*,¹⁴⁷ een instelling

144. Zie reeds Plomp 2015, p. 161-164.

145. Art. 2:9c lid 1 jo. lid 3 (nieuw) BW.

146. Zie hierover meer uitgebreid: A.J.P. Schild, 'Artikel 2:248 lid 2 BW, quo vadis?', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst*, Deventer: Kluwer 2015, p. 459-472.

147. Rb. Noord-Nederland 10 juni 2015, *JOR* 2016/2, m.nt. S.L. Rive (*Diogenes*).

voor gehandicaptenzorg, die aanvankelijk de rechtsvorm van een (commerciële) stichting had, maar waarvan de activiteiten later gedeeltelijk waren ondergebracht in een B.V. Nadat door de IGZ ernstige tekortkomingen in de kwaliteit van de zorg waren vastgesteld, verloor de instelling cliënten, wat vervolgens leidde tot een faillissement. De curator stelde de bestuurders persoonlijk aansprakelijk voor het faillissementstekort. De rechtbank stelt allereerst vast dat 'niet in geschil is dat Diogenes een hulpverlener was in de zin van artikel 7:446 BW en zorgaanbieder in de zin van de Kwaliteitswet zorginstellingen en dat op haar in die hoedanigheid een bijzondere zorgplicht rustte (artikelen 7:453 BW en artikel 3 Kwaliteitswet zorginstellingen)'.¹⁴⁸ Zij overweegt vervolgens dat uit de rapporten van (onder andere) de IGZ en de diverse klachten die de klachtencommissie gegrond heeft verklaard blijkt dat de zorg 'op diverse punten en in ernstige mate tekortschoot'. Met name waren er tekortkomingen in de vastlegging van taken en bevoegdheden van de verwantenraad, het maken van samenwerkingsplannen en scholingsplannen en een weinig respectvolle bejegening van bewoners, personeel en verwanten geconstateerd. De rechtbank vervolgt: 'Een enkele tekortkoming in de zorg brengt nog niet mee dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Behalve dat in dit geval geen sprake is van een enkele tekortkoming, maar van meerdere, als ernstig te kwalificeren tekortkomingen, rekent de rechtbank X en Y [de aangesproken ex-bestuurders, EP] aan dat zij na het constateren van de tekortkomingen onvoldoende doeltreffende maatregelen hebben genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen en te zorgen dat dit niet meer zou voorkomen.' De rechtbank concludeert uiteindelijk dat de betreffende ex-bestuurders hebben gehandeld 'zoals geen redelijk denkend bestuurder gehandeld zou hebben'.¹⁴⁹ Interessant is vooral de volgende overweging, waaruit kan worden afgeleid dat ook de tekortkomingen die liggen op het gebied van de kwaliteit van zorg – en in het bijzonder de samenwerking en bejegening – onder omstandigheden als een belangrijke oorzaak van een faillissement kunnen worden beschouwd:

'De rechtbank heeft zich de vraag gesteld of het handelen zoals hier aan de orde is, een vorm van onbehoorlijk bestuur is waar artikel 2:248 BW op ziet. In de (rechts)praktijk wordt dit artikel immers veelal ingeroepen in gevallen waarin bestuurders onverantwoorde beslissingen op financieel gebied hebben genomen. *De rechtbank ziet evenwel in de kern geen verschil tussen dergelijke handelingen en onzorgvuldige, laakbare handelingen als de onderhavige: beide kunnen grote gevolgen hebben voor de vermogens- en liquiditeitspositie van de onderneming.* [cursivering EP]

Naar het oordeel van de rechtbank hebben X en Y op enig moment moeten kunnen begrijpen dat door hun handelwijze het voortbestaan van de onderneming op het spel werd gezet en dat de onderneming ook financieel schade zou leiden waardoor – uiteindelijk – schuldeisers benadeeld zouden worden. Zelfs als zij zich niet realiseerden dat zorgwetgeving op Diogenes van toepassing is – wat op zich al kwalijk te noemen is – moeten zij zich ervan bewust zijn geweest dat een goede bejegening en het bieden van veiligheid essentieel zijn voor het behoud van cliënten en

148. Idem, r.o. 6.6.

149. Idem, r.o. 6.8.

de continuïteit van hun bedrijf. In die (basis)voorziening zijn zij – naar genoegzaam is gebleken – ernstig tekortgeschoten.¹⁵⁰

De ex-bestuurders worden jegens de crediteuren hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het boedeltekort van zowel de stichting als de B.V. De rechtbank ziet wel reden om het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn vanwege de aard van de onbehoorlijke taakvervulling te matigen:

‘Zij neemt daarbij in overweging dat het hier niet gaat om puur financiële handelingen, maar om andere handelingen die grote financiële gevolgen hebben gehad. Niet gebleken is dat X en Y moedwillig hebben aangestuurd op het faillissement en evenmin dat zij zich aan frauduleuze handelingen hebben schuldig gemaakt waarbij zij zich zelf of anderen ten koste van de crediteuren hebben verrijkt. Voorts betreft de rechtbank hierbij dat ook de publiciteit heeft bijgedragen aan het faillissement. Weliswaar is de negatieve publiciteit veroorzaakt door het onbehoorlijk bestuur van X en Y, maar daardoor is de financiële achteruitgang van de onderneming in een versnelling gekomen. Hierdoor hadden X en Y maar weinig tijd hadden om het tij te keren.’¹⁵¹

Geconcludeerd kan derhalve worden dat ook de tekortkomingen die liggen op het gebied van de *kwaliiteit* van de zorg een belangrijke oorzaak van een faillissement kunnen zijn en kunnen leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort, met name indien het bestuur onvoldoende maatregelen heeft genomen om eenmaal geconstateerde tekortkomingen te verhelpen. Aannemelijk is dat dit dan ook geldt voor (veel) andere verplichtingen uit hoofde van de sectorspecifieke wet- en regelgeving, zoals die met betrekking tot het voeren van een deugdelijke administratie en correct declareren.

Daarnaast brengen de *bewijsvermoedens* van art. 2:9c lid 2 (nieuw) BW voor bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen in geval van faillissement vermoedelijk nog een extra risico mee. Sinds enkele jaren hebben veel zorginstellingen – met name ggz-instellingen – immers problemen met het tijdig publiceren van de jaarrekening. Deze problemen worden voor een groot deel veroorzaakt door het feit dat de declaratieregels (te) onduidelijk en ingewikkeld zijn en regelmatig door de NZa met terugwerkende kracht worden gewijzigd. In 2013 en 2014 heeft de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) een oproep gedaan aan haar leden om de jaarrekeningen van ziekenhuizen niet goed te keuren, omdat deze te veel onzekerheden bevatten. In 2014 heeft de NBA ook met betrekking tot ggz-instellingen een ‘alert’ uitgebracht, omdat het door onduidelijkheden in de regelgeving niet mogelijk was goedkeurende controleverklaringen te geven voor ggz-aanbieders.¹⁵² Naar aanleiding daarvan hebben de brancheorganisaties van zorgverzekeraars en zorginstellingen gezamenlijk een plan van aanpak opgesteld

150. Idem, r.o. 6.9.

151. Idem, r.o. 6.13.

152. NBA, *Controleverklaringen bij de financiële overzichten 2013 van aanbieders van curatieve GGZ zorg*, NBA-Alert 32, april 2014.

en zijn diverse maatregelen genomen.¹⁵³ In februari 2016 heeft de NZa besloten de regelgeving te verruimen voor de door ggz-instellingen in 2013 geopende DBC's.¹⁵⁴ Hoewel deze maatregelen er inmiddels toe hebben geleid dat de problemen zijn verminderd, lukt het echter nog steeds een relatief groot deel van de zorginstellingen niet om de jaarrekening tijdig te publiceren. Dit gegeven, in combinatie met het feit dat een relatief groot deel van de instellingen een zodanig laag rendement heeft dat een faillissement een reëel risico is,¹⁵⁵ zorgt ervoor dat bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen door de bewijsvermoedens een bijzonder hoog risico lopen op aansprakelijkheid in geval van faillissement. Dit geldt met name voor de publicatieplicht, maar – zij het in mindere mate – ook voor de boekhoudplicht. Wanneer de administratie zodanig veel onzekerheden bevat dat accountants geen verklaring willen afgeven, kan immers betwijfeld worden of de boekhouding zodanig is dat 'te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend'. Een bestuurder kan zich verweren door te betogen dat (i) sprake is van een onbelangrijk verzuim; (ii) het faillissement bewerkstelligd is door een andere oorzaak dan onbehoorlijke taakvervulling; of (iii) de onbehoorlijke taakvervulling niet aan hem te wijten is. In de praktijk zal dit veelal echter lastig zijn.¹⁵⁶ Geconcludeerd kan dan ook worden dat de bewijsvermoedens zeer ongewenste gevolgen kunnen hebben voor bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen. Dit klemt temeer daar de tekortkomingen in de administratie en het tijdig publiceren van de jaarrekening grotendeels door (de complexiteit van) de publiekrechtelijke wet- en regelgeving worden veroorzaakt.

6.4.4 Omgekeerde kruisbestuiving

Niet onaannemelijk is dat de WBTR ook invloed zal hebben op de publiekrechtelijke regelgeving met betrekking tot de gezondheidszorg. In de eerste plaats kan de wet aanleiding geven tot een heroverweging van de verplichte dualistische bestuursstructuur, die nu voor (de meeste) zorginstellingen wordt voorgeschreven in het Uitvoeringsbesluit WTZi (zie par. 6.3.1.1). Mijns inziens zijn er goede argumenten om het monistisch bestuursstelsel voor (een groter deel van) de zorginstellingen open te stellen. Zoals in par. 6.2.1.3 aan de orde kwam, blijkt uit onderzoek dat het toezicht op zorginstellingen regelmatig wordt bemoeilijkt doordat de raad van toezicht op te grote afstand van het bestuur van de zorginstelling staat. Binnen een monistisch bestuursmodel zijn de niet-uitvoerende bestuurders, in vergelijking met de leden van een raad van commissarissen, veelal meer betrokken bij het dagelijkse bestuur en daardoor in beginsel ook in staat om een nauwer toezicht te houden op de gang van zaken bij de rechtspersoon.¹⁵⁷ Het argument dat door een wettelijk voorgeschreven dualistische bestuursstructuur de onafhankelijkheid van het toezicht beter zou kunnen worden gewaarborgd¹⁵⁸ lijkt in elk geval niet voor

153. Zie o.a. brief d.d. 28 mei 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 25424, 277.

154. NZa, *Circulaire 'Gewijzigde regelgeving 2013 i.v.m. jaarrekeningtraject'*, d.d. 25 februari 2016.

155. Een vijfde van de zorginstellingen had in 2015 een negatief rendement. Bovendien nemen de rendementen in de zorgsector sinds drie jaar steeds verder af. Zie EY, *Barometer Nederlandse gezondheidszorg 2016*.

156. Schild 2015, p. 461-462.

157. Vgl. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 4.

158. Nota van toelichting bij Uitvoeringsbesluit WTZi, *Stb.* 2005, 575, p. 25.

alle zorginstellingen juist te zijn, althans weegt in elk geval voor een deel van de instellingen (inmiddels) onvoldoende op tegen het nadeel van de huidige (te) grote afstand tussen de raad van toezicht en de raad van bestuur.

In de tweede plaats zou de WBTR aanleiding kunnen geven tot een heroverweging van de recent aan de IGZ gemandateerde bevoegdheid om aanwijzingen te geven die ingrijpen in (de samenstelling van) het bestuur en toezicht van zorginstellingen (zie par. 6.3.1.2 en 6.3.1.3). Met de voorgestelde wijziging van art. 2:298 BW worden de privaatrechtelijke mogelijkheden voor het ontslag van bestuurders immers zodanig uitgebreid dat deze in de praktijk vaker effectief zal blijken. Mede gelet op hetgeen in par. 6.4.3 werd vermeld, kan zelfs worden betwijfeld of niet al te snel zal worden geconcludeerd dat sprake is van 'verwaarlozing van zijn taak'. Bovendien heeft deze bepaling nu ook betrekking op leden van de raad van toezicht. Op grond van het Uitvoeringsbesluit WTZi moet bij zorginstellingen met de rechtsvorm van een stichting of vereniging in de statuten aan een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt de bevoegdheid worden toegekend om een enquêteverzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer en kan deze bevoegdheid in de statuten ook aan anderen worden toegekend.¹⁵⁹ Een vaststelling dat sprake is van wanbeleid kan eveneens leiden tot ingrijpen in de structuur van het bestuur of de raad van toezicht. Zeker nu er voldoende privaatrechtelijke mogelijkheden bestaan voor de schorsing en het ontslag van bestuurders en toezichthouders, lijkt het niet noodzakelijk de aanwijzingsbevoegdheid op grond van art. 27 Wvkgz op te rekken en te mandateren aan de IGZ.¹⁶⁰ Een dergelijke vergaande inmenging in de privaatrechtelijke verhoudingen past niet in het huidige zorgstelsel, waarin voor de overheid in beginsel een terughoudende rol is weggelegd. De regeling van art. 2:298 (nieuw) BW en de enquêteprocedure bieden – vanwege de tussenkomst van de rechter – aanzienlijk meer rechtsbescherming aan de betrokken bestuurders en commissarissen dan de aan de IGZ gemandateerde aanwijzingsbevoegdheid.

In de derde plaats is mijns inziens niet onaannemelijk dat de nadere uitwerking van de norm van behoorlijke taakvervulling in de civielrechtelijke jurisprudentie uiteindelijk ook kan bijdragen aan de formulering van een materiële norm voor goed bestuur en goed intern toezicht in het publiekrecht. Zoals ik eerder heb betoogd,¹⁶¹ acht ik niet onwaarschijnlijk dat in de jurisprudentie de komende jaren de civielrechtelijke zorgplicht van zorginstellingen jegens patiënten en eventueel ook de maatschappij nader zal worden uitgewerkt en dat daarbij in sommige gevallen een verdergaande zorgvuldigheid zal worden aangenomen dan thans uit de publiekrechtelijke wet- en regelgeving voortvloeit. Zoals in par. 6.4.3.3 aan de orde kwam, brengt de bijzondere zorgplicht die op bepaalde zorginstellingen rust waarschijnlijk mee, dat de *bestuurders* en *toezichthouders* daarvan bij hun taakvervulling een hogere mate van zorgvuldigheid in acht dienen te nemen ten aanzien van de belangen van patiënten en de publieke belangen. Aannemelijk is dat hierdoor ook de interne zorgplicht, die is opgenomen in de norm van behoorlijke taakvervulling, nader wordt ingevuld. Wanneer de privaatrechtelijke open normen in de

159. Art. 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi.

160. Onder omstandigheden kan overigens ook de Staat op grond van art. 2:298 (nieuw) BW als belanghebbende een verzoek doen tot ontslag. Zie *Kamerstukken II 2015/16*, 34491, 3, p. 35.

161. Plomp 2015, p. 162-167.

jurisprudentie nader ingevuld worden en verder uitkristalliseren, kan dit ook een belangrijke basis bieden voor het formuleren van materiële normen in het publiekrecht, wat tot nu toe lastig gebleken is. Uiteindelijk zou dit derhalve in positieve zin kunnen bijdragen aan de ontwikkeling van (de kwaliteit van) de publiekrechtelijke zorgwetgeving,¹⁶² waarbij ik overigens wil aantekenen dat mijns inziens gewaakt moet worden voor het al te snel overnemen van civiele zorgplichten in de publiekrechtelijke wet- en regelgeving.¹⁶³

6.5 Beschouwing en conclusie

Hoewel de Minister en Staatssecretaris van VWS begin 2015 hebben besloten voorlopig af te zien van een publiekrechtelijke regeling met betrekking tot governance in de zorg, wordt het handelen van bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen op dit moment door een grote hoeveelheid verschillende regelingen met tal van gedragsregels genormeerd (par. 6.3). De komende jaren zal het een uitdaging worden om de verschillende regelingen consistent te maken en te beperken, zodat er meer ruimte komt voor op 'waarden' gerichte benaderingen (par. 6.2.2). Niettemin is een uitbreiding van de wettelijke regeling van de stichting in Boek 2 BW (nog steeds) van groot belang voor de zorgsector. Positief is dan ook dat de WBTR een wettelijke regeling introduceert voor de raad van commissarissen en voor situaties van tegenstrijdig belang bij de stichting. Omdat de ZGC 2017 op het punt van de tegenstrijdigbelangregeling niet helemaal consistent is met het wetsvoorstel, moet de ZGC 2017 nog worden aangepast (par. 6.4.2.4). Naar mijn mening is in beginsel ook positief dat de criteria voor het ontslag van bestuurders en commissarissen zodanig worden aangepast dat in de praktijk een bestuurder of toezichthouder 'die het belang van de stichting zodanig schaadt dat het niet langer verantwoord is om hem (...) te handhaven' kan worden ontslagen.¹⁶⁴ Mogelijk kan hierdoor de recent aan de IGZ gemandateerde bevoegdheid om aanwijzingen te geven die ingrijpen in (de samenstelling van) het bestuur en toezicht van zorginstellingen in heroverweging worden genomen (par. 6.4.4). De wettelijke grondslag voor het monistisch bestuur heeft op korte termijn geen meerwaarde voor (de meeste) zorginstellingen, maar zou wellicht tot een heroverweging van de verplichte dualistische structuur kunnen leiden (par. 6.4.4). Ten slotte is het in beginsel nuttig dat er een wettelijke norm wordt gesteld voor behoorlijke taakvervulling en voor de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders, althans voor zover deze wordt gebruikt om 'bestuurders en commissarissen die zich schuldig maken aan fraude of andere vormen van ernstig taakverzuim' aan te pakken.¹⁶⁵ Aannemelijk is dat hiermee een deel van de in par. 6.2.1 genoemde tekortkomingen in het be-

162. Vgl. dat ook de jurisprudentie met betrekking tot de civielrechtelijke zorgplichten voor financiële instellingen de publiekrechtelijke regelgeving op dat terrein in belangrijke mate heeft beïnvloed. Zie o.a. I. de Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: T. Gerverdincq e.a. (red.), *Wetenschappelijk Bijdragen. Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 279-298.

163. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', *Recht der Werkelijkheid* 2010, afl. 3, p. 6-25; W. Timmer, 'Zorgplichten aan het werk', *RegelMaat* 2013, afl. 6, p. 354-366.

164. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7-8.

165. *Kamerstukken II* 2015/16, 34491, 3, p. 7.

stuur en toezicht van zorginstellingen kan worden verminderd. Met name zou de WBTR bestuurders en toezichthouders meer bewust kunnen maken van hun (omvangrijke) taken en verantwoordelijkheden en de mogelijkheden voor de raad van toezicht om tegenwicht te bieden aan het bestuur kunnen bevorderen.

Niettemin kunnen met name de bepalingen met betrekking tot de taakvervulling, de aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders – in het bijzonder in faillissement – en de verruimde criteria voor het ontslag van bestuurders en commissarissen van de stichting in hun huidige vorm voor de zorgsector ook enkele ongewenste effecten hebben. Naar mijn mening bestaat het risico dat de drempels voor de aansprakelijkheid en het ontslag van bestuurders en toezichthouders zodanig zijn verlaagd, dat hiermee een ruimere kring van bestuurders en toezichthouders aansprakelijk kan worden gesteld, respectievelijk kan worden ontslagen dan aanvankelijk werd beoogd. Zoals in par. 6.4.3.2 en 6.4.3.4 aan de orde kwam, leidt de doorwerking van de sectorspecifieke regelgeving ertoe dat bestuurders – en daarmee mogelijk ook leden van de raad van toezicht – hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld door de rechtspersoon of door de faillissementscurator wanneer één van de (vele) voorschriften op het gebied van de kwaliteit van de zorg en met betrekking tot de administratie en het declareren van zorg door de zorginstelling niet goed is nageleefd. Omdat deze voorschriften voor een deel kunnen worden beschouwd als bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen en als resultaatsverbintenis zijn geformuleerd, kan het voor bestuurders (en eventueel toezichthouders) lastig zijn aan te tonen dat hen geen verwijt treft en dat zij niet nalatig zijn geweest in het treffen van maatregelen. Het bestuur is immers 'eindverantwoordelijk' voor de naleving van deze bepalingen. Zoals in par. 6.2.1.5 en 6.2.3 reeds aan de orde kwam, moeten bestuurders rekening houden met veel verschillende belangen en raken zij soms 'verstrikt' in de tegenstrijdige eisen die aan hen worden gesteld. Vooralsnog zijn er echter weinig aanwijzingen in de jurisprudentie om aan te nemen dat in een aansprakelijkheidsprocedure rekening wordt gehouden met deze factoren (par. 6.4.3.2). Individuele bestuurders en toezichthouders kunnen zich in sommige gevallen disculperen met een beroep op de onderlinge taakverdeling, maar dit geldt alleen voor zover de betreffende taak niet tot de 'algemene gang van zaken' behoort. In geval van faillissement zijn bestuurders en toezichthouders bovendien nog kwetsbaarder, doordat de bewijsvermoedens van art. 2:9c lid 2 (nieuw) BW meebrengen dat ook indien buiten toedoen van het bestuur of de raad van toezicht – bijvoorbeeld als gevolg van onduidelijkheden in de declaratieregelgeving – niet wordt voldaan aan de boekhoudplicht of de publicatieplicht, een onweerlegbaar vermoeden intreedt dat het bestuur of de raad van toezicht zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld. Zoals in par. 6.4.3.4 vermeld, is dit in het geval van zorginstellingen een reëel risico.

Het voorgaande brengt mee dat niet uitgesloten kan worden dat het WBTR (potentiële) bestuurders en toezichthouders zal afschrikken.¹⁶⁶ Wellicht is het feitelijke

166. Vgl. M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005; N.T. Pham, 'Bange bestuurders? Een casestudie onder Nederlandse top-level bestuurders', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De toekomst van het ondernemingsrecht – het ondernemingsrecht van de toekomst*, Deventer: Kluwer 2015, p. 411-434.

risico op aansprakelijkheid niet aanzienlijk,¹⁶⁷ maar het feit dat bestuurders en toezichthouders die in beginsel 'naar eer en geweten gehandeld hebben' er niet zonder meer op kunnen vertrouwen dat zij zich met succes kunnen verweren wanneer zij worden aangesproken voor eventuele schade die de zorginstelling heeft geleden, is problematisch. De onzekerheid die dit meebrengt kan leiden tot defensief gedrag, vooral bij bestuurders en toezichthouders die reeds een relatief hoog niveau van zorg en oplettendheid hebben.¹⁶⁸ Niet onaannemelijk is dat zij vanwege de mogelijke aansprakelijkstelling ook minder bereid zijn om zich beschikbaar te stellen voor een dergelijke functie. Op termijn zou dit kunnen leiden tot een tekort aan geschikte bestuurders en toezichthouders.

Daarnaast zou het wetsvoorstel in zijn huidige vorm ook een ongunstige invloed kunnen hebben op de mate waarin bestuurders en toezichthouders de belangen van patiënten en de publieke belangen laten meewegen in hun besluitvorming. Het is immers niet onaannemelijk dat de mogelijkheid van een aansprakelijkstelling – in combinatie met de norm om zich te richten naar het belang van de eigen rechtspersoon en de daaraan verbonden organisatie – ertoe zou kunnen leiden dat zij zich juist *meer* op de belangen van de eigen organisatie gaan richten en *minder* waarde toekennen aan daarmee conflicterende andere belangen. Zoals uit par. 6.4.3.3 blijkt, kan op basis van de huidige jurisprudentie worden geconcludeerd dat uit de norm van behoorlijke taakvervulling – nader ingevuld door de sector-specifieke wet- en regelgeving, de ZGC en de statuten – vermoedelijk wel voortvloeit dat het bestuur en de raad van toezicht de belangen van *patiënten* in hun besluitvorming dienen te betrekken, maar is de ruimte om rekening te houden met de publieke belangen vermoedelijk (nog) beperkt. In elk geval is aannemelijk dat bestuurders en toezichthouders de belangen van patiënten en de publieke belangen in beginsel niet mogen laten *prevaleren* boven het belang van de instelling. Dit botst met het beleid van de Minister en Staatssecretaris van VWS en het beleid van de IGZ en de NZa, die juist verwachten dat bestuurders en toezichthouders rekening houden met de publieke belangen van de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg (par. 6.3.1 en 6.3.3). Bovendien is het strijdig met de binnen (besturen van) zorginstellingen en in de samenleving groeiende overtuiging dat bestuurders en toezichthouders van zorginstellingen zich inderdaad niet primair dienen te richten op het belang van de eigen organisatie, maar op de belangen van cliënten of patiënten en daarnaast een zekere verantwoordelijkheid hebben voor de borging van de publieke belangen. Zoals de commissie-De Kluiver heeft laten zien, is dit met het oog op toekomstige ontwikkelingen in de zorg van groot belang (par. 6.2.3). Weliswaar is de kans op een daadwerkelijke aansprakelijkheid ingeval het bestuur – ten behoeve van de publieke belangen en met een persoonlijk risico op aansprakelijkstelling – een besluit neemt dat ongunstig is voor de eigen zorginstelling relatief gering, omdat in een dergelijk geval minder snel sprake zal zijn

167. Hierbij speelt ook mee dat zorginstellingen – en (in mindere mate) de curator – belangrijke redenen kunnen hebben om niet te kiezen voor aansprakelijkstelling van bestuurders en toezichthouders. Zie R.J.J. Eshuis, N.L. Holvast, H.G. van de Bunt, J.G. van Erp & N.T. Pham, *Het aansprakelijk stellen van bestuurders. Onderzoek naar de overwegingen die spelen bij het al dan niet intern aansprakelijk stellen van bestuurders en interne toezichthouders*, WODC, Ministerie van Veiligheid & Justitie 2011.

168. G. van Dijck, 'Aansprakelijkheid en defensief gedrag: nuancering gewenst', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie. Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 459-484.

van 'ernstige verwijtbaarheid'. Niettemin valt niet uit te sluiten dat bestuurders en toezichthouders zich laten afschrikken door de angst voor aansprakelijkstelling en in een dergelijk geval 'veiligheidshalve' toch het belang van de eigen zorginstelling laten prevaleren boven de publieke belangen. Bij gebrek aan een – vooraf kenbare – concrete norm die verduidelijkt hoe de verschillende belangen tegen elkaar moeten worden afgewogen, zijn zij immers genoodzaakt te vertrouwen op een toetsing achteraf via het aansprakelijkheidsrecht. Omdat het leed voor de betreffende bestuurder of toezichthouder meestal echter al geschied is wanneer het op een aansprakelijkheidsprocedure aankomt, is niet onaannemelijk dat zij zullen trachten dit te voorkomen door zich meer op het belang van de zorginstelling te richten.

In het licht van het voorgaande, lijkt de vraag dan ook gerechtvaardigd of de wetgever de (goedwillende) bestuurders en toezichthouders – die zelf ook de noodzaak ervan inzien dat de belangen van patiënten of de publieke belangen in sommige gevallen moeten prevaleren boven de belangen van de eigen instelling – niet een handreiking zou moeten doen door een oplossing te bieden voor dit probleem. Niet uitgesloten is dat uiteindelijk zal blijken dat zorginstellingen toch een ander governance-model behoeven, waarin bestuurders en toezichthouders niet gehouden zijn om zich primair te richten op de belangen van de eigen instelling, maar de belangen van patiënten of zelfs een nog breder belang vooropstellen. Een dergelijk model zou ook aansluiten bij de verwachting dat – als gevolg van diverse ontwikkelingen – in de toekomst zorginstellingen een andere organisatievorm krijgen, die veel meer gericht is op de omgeving en op samenwerking met andere partijen (par. 6.2.3). Voordat een dergelijk nieuw governance-model ontwikkeld is, zou naar mijn mening in de rechtspraak in elk geval (meer) rekening moeten worden gehouden met de complexiteit van de taken en de dilemma's van bestuurders en toezichthouders, bijvoorbeeld als omstandigheid bij de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid of eventueel bij de beslissing over de hoogte van de schadevergoeding. Daarnaast verdient het mijns inziens aanbeveling om de bewijsvermoedens in geval van faillissement uit het wetsvoorstel te schrappen, of althans voor zorginstellingen buiten toepassing te verklaren zolang de problemen met betrekking tot de declaratieregelgeving niet zijn opgelost. Voor de zorgsector wegen de potentiële voordelen op dit moment zeker niet op tegen de ongewenste gevolgen hiervan. Voorts zou kunnen worden overwogen om in de bepalingen met betrekking tot de aansprakelijkheid en het ontslag van bestuurders en toezichthouders in het voorstel WBTR voor instellingen met een publieke of semipublieke functie eventueel een (aanvullende) uitzondering of disculpatiegrond te creëren, die de bestuurders en toezichthouders van deze instellingen meer ruimte biedt om rekening te houden met de belangen van cliënten en de publieke belangen. Ten slotte kan nog worden overwogen om in de publiekrechtelijke wetgeving (toch) een materiële norm op te nemen voor goed bestuur en goed intern toezicht in de zorg. Een publiekrechtelijke norm die duidelijk maakt dat bestuurders en toezichthouders mede gericht zijn op de belangen van patiënten en de publieke belangen en deze onder omstandigheden kunnen laten prevaleren boven de belangen van de instelling zou – via de doorwerking in de norm voor behoorlijke taakvervulling in het rechtspersonenrecht – enige ruimte kunnen bieden. Aangezien ook een dergelijke bepaling in beginsel echter op gespannen voet staat met de verplichting om zich te richten naar het

belang van de rechtspersoon, zou een alternatieve regeling in Boek 2 BW mijns inziens echter de voorkeur verdienen.

