

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 kapitaalvennootschappen. 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.

Waaijer 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 Waaijer 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 Waaijer. 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. Waaijer 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 Waaijer, 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 bezien. 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 verwijzingen 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 schande-lijk 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 Kluiver
Voorzitter