GOVERNANCE IN DE SEMIPUBLIEKE SECTOR EN HET MAATSCHAPPELIJK MIDDENVELD

GOVERNANCE IN DE SEMIPUBLIEKE SECTOR EN HET MAATSCHAPPELIJK MIDDENVELD

C. de Groot

Universiteit Leiden, afdeling Ondernemingsrecht

© C. de Groot, 2015

Alle rechten voorbehouden

Rozenberg Publishers
Lindengracht 302
1015 KN Amsterdam

info@rozenbergps.com
www.rozenbergps.com

ISBN 978 90 5170 679 6

INHOUDSOPGAVE

Hoofdstuk 1. de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld

[1] *governance* en governance codes / p. 7
[2] het advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur: de semipublieke sector / p. 9
[3] het WRR-rapport *Van tweeluik naar driehoeken*: de semipublieke sector (en een verwijzing naar het private middenveld) / p. 14
[4] de SCP-rapporten *Landelijk verenigd*, *Maatschappelijke organisaties in beeld* en *Verenigd in verandering*: het maatschappelijk middenveld / p. 18
[5] de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld / p. 21
[6] de vereniging en de stichting in de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld / p. 22

Hoofdstuk 2. Bestuur en toezicht van rechtspersonen

[7] het monistische en het dualistische model bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen / p. 26
[8] bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen / p. 30
[9] het ambtelijk voorontwerp *bestuur en toezicht rechtspersonen* / p. 32

Hoofdstuk 3. Nederland - 'Codeland'

A. Woningcorporaties: De Governancecode woningcorporaties 2015

[10] inleiding / p. 36
[11] de Governancecode woningcorporaties 2015 / p. 43

B. Rechtspraak woningcorporaties

[12] case study no. 1: voorzieningenrechter rechtbank Leeuwarden 12 oktober 2012: *Stichting Woonfriesland* / p. 52

C. Zorgaanbieders: De Zorgbrede Governancecode 2010

[13] inleiding / p. 56
[14] de Zorgbrede Governancecode 2010 / p. 60

D. Cultuur: De Governance Code Cultuur

[15] de Governance Code Cultuur / p. 73

Hoofdstuk 4. *Close encounters of the first and second kind*: de functiecumulatieregeling en zetelverdelingsregeling en de strucuurregeling

A. Inleiding

[16] de functiecumulatieregeling en zetelverdelingsregeling en de structuurregeling / p. 80

B. *A close encounter of the first kind*: de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling

de functiecumulatieregeling bij naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en stichtingen, en de zetelverdelingsregeling bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen

[17] inleiding / p. 81

[18] het eerste en tweede amendement: de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling / p. 82

het eerste amendement: de functiecumulatieregeling

[19] algemeen / p. 84

[20] beperking van het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen dat een bestuurder in een dualistisch model en een uitvoerend bestuurder in een monistisch model kan vervullen / p. 85

[21] beperking van het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen dat één persoon tegelijkertijd kan vervullen / p. 87

[22] uitzonderingen in de functiecumulatieregeling / p. 88

[23] het moment van benoeming is bepalend / p. 90

[24] tenslotte / p. 90

[25] het tweede amendement: de zetelverdelingsregeling / 91

C. *A close encounter of the second kind*: de structuurregeling

[26] de structuurregeling bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen / p. 94

[27] benoeming, ontslag en schorsing van de commissarissen en niet uitvoerende bestuurders / p. 96

[28] ‘werknemerscommissarissen’ / p. 100

[29] de ‘extra’ bevoegdheden van de raad van commissarissen of niet uitvoerende bestuurders / p. 101

toepassing van de structuurregeling in convernverhoudingen

[30] uitgangspunten / p. 102

[31] toepassing van de structuurregeling: Nederlands concern met een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap (N) als ‘moederrechtspersoon’: figuur 1, 2 en 3 / p. 104

[32] toepassing van de structuurregeling: Nederlands concern met een vereniging, een stichting of een publiekrechtelijke rechtspersoon (V/S/P) als 'moederrechtspersoon': figuur 4, 5 en 6 / p. 109

Hoofdstuk 5. Intermezzo: *pension fund governance*: de Wet versterking bestuur pensioenfondsen

[33] inleiding / p. 114
[34] doelstellingen en uitgangspunten / p. 117
[35] inrichting van een paritair bestuur / p. 118
[36] inrichting van een onafhankelijk bestuur / p. 120
[37] de raad van toezicht en de visitatiecommissie / p. 121
[38] inrichting van een gemengd bestuur / p. 123
[39] overzicht van de inrichtingsmodellen waarvoor een pensioenfonds wel en niet kan kiezen / p. 126
[40] verduidelijking van de rol van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en leden van de raad van toezicht / p. 129
[41] benoeming en ontslag / p. 131
[42] het verantwoordingsorgaan en het belanghebbendenorgaan / p. 132
[43] overige bepalingen / p. 138

Hoofdstuk 6. De Wet normering topinkomens

A. De Wet normering topinkomens: algemeen kader

[44] inleidende opmerkingen over de WNT / p. 140
[45] de WNT als resultaat van vier wetten / p. 143
[46] afbakening van (de publieke sector en) de semipublieke sector / p. 147
[47] de bezoldigingsregimes / p. 149
de organisaties
[48] inleiding / p. 151
[49] regime 1: het zwaarste bezoldigingsregime, publieke sector: artikel 1.2 WNT / p. 151
[50] regime 1: het zwaarste bezoldigingsregime, semipublieke sector: artikel 1.3 WNT / p. 153
[51] regime 2: het middelste bezoldigingsregime, semipublieke sector: artikel 1.4 WNT / p. 165
[52] regime 3: het lichtste bezoldigingsregime, semipublieke sector: artikel 1.5 WNT / p. 165
[53] een opmerking over zorgaanbieders (de zorgsector) en zorgverzekeraars / p. 166
[54] een opmerking over algemeen nut beogende instellingen (ANBI's), waaronder goede-doelenorganisaties / p. 170
[55] een opmerking over zelfstandige bestuursorganen (ZBO's) / p. 172

B. De Wet normering topinkomens: gedetailleerd kader

[56] algemene bepalingen in de WNT / p. 176
[57] de verdeling van de (publieke sector en) de semipublieke sector over de bezoldigingsregimes / p. 179
[58] het zwaarste bezoldigingsregime (bezoldigingsmaximum) en het middelste bezoldigingsregime (sectorale bezoldigingsnorm) / p. 184
het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm
[59] de algemene bepalingen / p. 187
[60] het bezoldigingsmaximum / p. 190
[61] de sectorale bezoldigingsnorm / p. 193
verlaagde plafonds en plafonds per klasse
[62] het verlaagde plafond bij het bezoldigingsmaximum / p. 194
[63] de plafonds per klasse bij het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm / p. 195
[64] voorstellen uit de sector / p. 198
leden van toezichthoudende organen
[65] het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm voor leden van toezichthoudende organen / p. 200
[66] technische regeling over de toepassing van het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm op leden van toezichthoudende organen / p. 202
[67] uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband / p. 204
[68] verbod van variabele beloning / p. 208
[69] ontheffingsbepalingen in de regeling over het beloningsmaximum / p. 209
[70] openbaarmakingsverplichting / p. 211
[71] drie bepalingen in paragraaf 1 van de WNT / p. 214

C. De WNT-begrippen

[72] inleiding / p. 217
[73] verantwoordelijke / p. 221
[74] topfunctionaris / p. 221
[75] partijen / p. 224
[76] bezoldiging, beloning, beloningen betaalbaar op termijn en uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband / p. 224
[77] dienstbetrekking / p. 230
[78] financieel verslaggevingsdocument / p. 231
[79] betaling / p. 232
[80] gelieerde rechtspersoon / p. 232
[81] Onze minister wie het aangaat / p. 233

D. Rechtspraak over de Wet normering topinkomens

[82] case study no. 2: voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 11 januari 2013: *NVZD* / p. 234
[83] case study no. 3: rechtbank Den Haag 30 oktober 2013: *Nederlandse Vereniging Bestuurders Woning Corporaties* en *Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties* / p. 236

Hoofdstuk 7. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen

A. Aansprakelijkheid: algemeen kader en enkele begrippen

[84] algemeen kader / p. 242
enkele begrippen
    [85] decharge (in Boek 2 BW: kwijting) / p. 247
    [86] Peeters/Gatzen-vordering / p. 248

B. Aansprakelijkstelling: de eerste standaardvorm

[87] analyse van artikel 2:9 BW / p. 250

C. Aansprakelijkstelling: de tweede standaardvorm

[88] Artikel 2:138/248 BW als grondslag van de vordering / p. 253

D. Aansprakelijkstelling: de derde en de vierde standaardvorm

[89] de derde standaardvorm: *Beklamel*, *New Holland Belgium* en *Ontvanger/Roelofsen* / p. 261
de vierde standaardvorm: *Villa Mundo* en volgende
    [90] *Villa Mundo* / p. 264
    [91] *Hezemans Air Inc., gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika tegen J.J. van der Meer* / p. 267
    [92] *RCI Financial Services BV tegen J.E. Kastrop* / p. 271
[93] de derde en de vierde standaardvorm: synthese / p. 274

E. Rechtspraak: de eerste standaardvorm

[94] case study no. 4: gerechtshof Arnhem 12 juni 2012: *het Nederlandse Rode Kruis* / p. 276
case study no. 5: rechtbank Oost-Brabant 20 november 2013 en 26 februari 2014: *Woningstichting Servatius*
    [95] de feiten in de Servatius-zaak / p. 279
    [96] aansprakelijkheid van de bestuurder / p. 280

[97] geen aansprakelijkheid van de leden van de raad van toezicht / p. 287

F. Rechtspraak: de tweede standaardvorm

[98] case study no. 6: gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013: *Stichting De Wieden* / p. 290
case study no. 7: rechtbank Midden-Nederland 30 april 2014: *Stichting Daidalos*
[99] de feiten in de Daidalos-zaak / p. 292
[100] de algemene overwegingen van de rechtbank / p. 293
[101] de overwegingen van de rechtbank over de administratie en de jaarrekeningen / p. 294
[102] de overwegingen van de rechtbank over selectieve betaling / p. 297

Hoofdstuk 8. Adviesrecht en enquêterecht

A. Adviesrecht: reorganisatie en overname

[103] inleiding: de Wet op de ondernemingsraden / p. 299
[104] case study no. 8: Ondernemingskamer 27 november 2014: *Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen* (te laat advies vragen: een onredelijk opheffingsbesluit) / p. 301
[105] case study no. 9: Ondernemingskamer 12 juni 2012: *Vereniging Veilig Verkeer Nederland* (een onredelijk reorganisatiebesluit) / p. 303
[106] case study no. 10: Ondernemingskamer 19 april 2013: *NCRV* (een nieuwe koers) / p. 305
[107] case study no. 11: Ondernemingskamer 1 oktober 2013: *Stichting Cordaid* (een nieuwe koers) / p. 308
[108] case study no. 12: Ondernemingskamer 27 februari 2014: *Fundis* (overname) / p. 310

B. Enquêterecht: omgaan met cliëntenraden

[109] inleiding: het enquêterecht als rechterlijke procedure / p. 315
[110] case study no. 13: Ondernemingskamer 29 april 2010: *Stichting Zorgcentra De Betuwe* / p. 318
[111] case study no. 14: Ondernemingskamer 19 april 2013: *Stichting Ilmarinen* / p. 323

bijlage 1: uit de Governancecode woningcorporaties 2015: bijlage 3: corporaties met de verenigingsvorm / p. 327
bijlage 2: de bijlagen bij de WNT / p. 328
index / p. 334

HOOFDSTUK 1
DE SEMIPUBLIEKE SECTOR EN HET MAATSCHAPPELIJK MIDDENVELD

governance en governance codes

[**1**] *Governance* gaat over het besturen van een onderneming of organisatie. De term *governance* is na 1975 in zwang geraakt in de context van beursgenoteerde ondernemingen onder de benaming *corporate governance*. Sindsdien wordt in verband met beursgenoteerde ondernemingen ook gesproken over *good corporate governance* of *deugdelijk ondernemingsbestuur*. Met name governance codes hebben zich ontwikkeld tot een belangrijke bron van regels over deugdelijk ondernemingsbestuur. In Nederland is de governance code over deugdelijk bestuur voor beursgenoteerde ondernemingen *De Nederlandse corporate governance code* (december 2008, opgesteld door de Monitoring Commissie Corporate Governance Code).[1] Deugdelijk bestuur is niet alleen van belang voor beursgenoteerde ondernemingen. Het belang van deugdelijk ondernemingsbestuur voor bij voorbeeld financiële ondernemingen blijkt uit de *Code Banken* (oktober 2014, opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken) en de *Governance Principes* (juli 2013, opgesteld door het Verbond van Verzekeraars).[2] Daarnaast wordt het belang van deugdelijk ondernemingsbestuur onderkend door organisaties in de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld. Ook daar zijn *governance codes* tot stand gekomen.[3] Voorbeelden zijn de *Governancecode woningcorporaties 2015* (april 2015, opgesteld door Aedes, vereniging van woningcorporaties en VTW, Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties), de *Zorgbrede Governancecode 2010* (januari 2010, opgesteld door de vereniging Brancheorganisaties Zorg), en de *Governance Code Cultuur* (oktober 2013, opgesteld door de Werkgroep Governance Code Cultuur).[4]

---

[1] <www.commissiecorporategovernance.nl>, de code.

[2] <www.nvb.nl>, publicaties, code banken, maatschappelijk statuut - code banken - gedragsregels, en <toekomstgerichtbankieren.nl>, publicaties, statuut - code banken - gedragregels; <www.verzekeraars.nl>, over het verbond, zelfregulering, regelingen en codes, governance principes.

[3] Vergelijk R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen*, Assen: Van Gorcum 2013, p. 19-22.

[4] <www.aedes.nl>, dossiers, over corporaties, governance en integriteit; <www.brancheorganisatieszorg.nl>, governancecode; <www.governancecodecodecultuur.nl>.

Op deze manier bestaan naast elkaar *corporate governance*, *financial sector governance*, en *semi-public sector and civil society governance*. Ook kan bij voorbeeld nog worden gedacht aan *educational governance* (*governance in education*), *family business governance* en *pension fund governance*. Al deze governance-vormen richten zich op ondernemingen en organisaties die werkzaamheden ontplooien in een specifieke een sector van de samenleving. Die sectoren kunnen elkaar uiteraard overlappen.

Deugdelijk ondernemingsbestuur gaat niet alleen over (de personen die belast zijn met) het *bestuur* van een onderneming of organisatie. Deugdelijk ondernemingsbestuur gaat ook over (de personen die belast zijn met) het 'interne' *toezicht* op het bestuur en de gang van zaken in een onderneming of organisatie.[5] Daarnaast gaat deugdelijk ondernemingsbestuur over de rol van de verschillende *belanghebbenden* (*stakeholders*) bij een onderneming of organisatie. Deze belanghebbenden worden ook *stakeholders* genoemd. Belangrijke *stakeholders* van een onderneming of organisatie zijn de aandeelhouders (*shareholders*) als de onderneming de rechtsvorm heeft van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap, of de leden als de onderneming of organisatie de rechtsvorm heeft van een vereniging. Naast deze aandeelhouders en leden zijn er nog meer belanghebbenden. Tot die *stakeholders* behoren de personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst en de andere medewerkers alsmede hun vertegenwoordigers (de ondernemingsraad en vakbonden), klanten, afnemers en toeleveranciers, partijen die vreemd vermogen (denk aan leningen) verstrekken, overheidsinstanties, personen in de fysieke nabijheid van de onderneming of organisatie, en zelfs de samenleving als geheel. Een groep belanghebbenden wordt ook wel een *constituency* genoemd. Er zijn *internal constituencies* en *external constituencies*. De *internal constituencies* (denk aan aandeelhouders, leden, de personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst en andere medewerkers alsmede hun vertegenwoordigers (de ondernemingsraad en vakbonden)) staan dichter bij de onderneming of organisatie dan de *external constituencies* (denk aan klanten, afnemers en toeleveranciers, partijen die vreemd vermogen verstrekken, overheidsinstanties, personen in de fysieke nabijheid van de onderneming of organisatie en de samenleving als geheel). In de sector wonen zijn de huurders van woningen die zij huren van een woningcorporatie (de term die wordt gebruikt voor de krachtens de Woningwet toegelaten rechtspersonen) belangrijke *stakeholders* (en *internal constituencies*), en in de sector zorg zijn de cliënten en patiënten van zorgaanbieders belangrijke *stakeholders* (en *internal constituencies*). Een nog niet met zoveel woorden genoemde (overheids)*stakeholder* die een *external constituency* is, is een 'externe' toezichthouder, zoals in de financiële sector de Stichting Autoriteit Financiële Markten en De Neder-

[5] Over toezicht: G. Minderman, *Waar is de raad van toezicht? Het interne toezicht in Nederlandse non-profitorganisaties*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

landsche Bank NV. Wat betreft de belanghebbenden bij een onderneming of organisatie gaat *governance* meer over de *internal constituencies* dan over de *external constituencies*, al speelt een 'externe' toezichthouder uiteraard eveneens een grote rol.

Deugdelijk ondernemingsbestuur gaat dus vooral over (de personen die belast zijn met) het bestuur van een onderneming of organisatie, over (de personen die belast zijn met) het 'interne' toezicht op het bestuur en de gang van zaken in een onderneming of organisatie, en over de belanghebbenden (met name de *internal constituencies*) bij een onderneming of organisatie. Regels over deugdelijk ondernemingsbestuur zijn onder meer te vinden in wettelijke regelingen, kunnen worden afgeleid uit rechterlijke uitspraken waarin weliswaar beslissingen in concrete geschillen zijn neergelegd maar die kunnen worden veralgemeniseerd, staan in *governance codes*, en vloeien voort uit de meningsvorming over deugdelijk ondernemingsbestuur. Regels over deugdelijk ondernemingsbestuur hebben soms een sterke status en soms een zwakke status. Regels met een sterke status zijn rechtsregels, regels met een zwakke status zijn gedragsregels. Gedragsregels zijn vooral te vinden in *governance codes*. Gedragsregels vragen van de betrokkenen veelal méér dan rechtsregels eisen, maar zijn tegelijkertijd minder afdwingbaar dan rechtsregels. Tussen rechtsregels en gedragsregels bestaat een wisselwerking: de opsteller van een wettelijke regeling kan bepaalde onderwerpen overlaten aan de opsteller van een *governance code*, gedragsregels kunnen rechtsregels aanvullen (een *governance code* bevat aanvullingen op een wettelijke regeling), gedragsregels kunnen rechtsregels worden (de wetgever of rechter neemt regels uit een *governance code* over), en rechtsregels kunnen verder gaan dan gedragsregels (een wettelijke regeling scherpt regels uit een *governance code* aan).

het advies van de Commissie Behoorlijk Bestuur: de semipublieke sector

[**2**] Op 16 mei 2013 stelde de minister van Economische Zaken de *Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren* in (naar de voorzitter van de commissie ook genoemd de commissie Halsema).[6] De commissie had als taak:

> a. het opstellen van gedragsregels voor professioneel en ethisch verantwoord handelen van bestuurders en interne toezichthouders in de semipublieke sectoren;
> b. het duiden en uitleggen van deze gedragsregels;

[6] Instellingsbesluit Commissie Maatschappelijk verantwoord bestuur en toezicht in semipublieke sectoren (16 mei 2013, minister van Economische Zaken), *Stcrt.* 2013/13277.

c. het adviseren over de vraag hoe de gedragsregels weer kunnen gaan leven en daadwerkelijk werking krijgen in de verschillende semipublieke sectoren;
d. het adviseren over de (praktische) rollen die de rijksoverheid in dat kader als wetgever, beleidsmaker, opdrachtgever en eindverantwoordelijke voor het borgen van publieke belangen moet en kan spelen.

In september 2013 bracht deze commissie als *Commissie Behoorlijk Bestuur* haar advies uit onder de titel *Een lastig gesprek*.[7] De commissie verklaarde de titel van haar rapport aldus: 'als iets onmisbaar is voor het verbeteren van gedrag dan is het een open cultuur waarin mensen elkaar aanspreken op dingen die mis dreigen te gaan. En waarin ze onderling niet terugdeinzen voor wat tegenwoordig in internationaal gezelschap een *Difficult Conversation* heet: een lastig gesprek' (pagina 7, voetnoot weggelaten). Voor een omschrijving van wat de semipublieke sector is, sloot de commissie aan bij de bevindingen van een eerdere commissie: het advies *Normeren en waarderen* (september 2007, Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (naar de voorzitter van de commissie ook genoemd de commissie Dijkstal).[8] De Commissie Behoorlijk Bestuur merkte op:

> Een elegante definitie van de semipublieke sector is opgenomen in het rapport 'Normeren en waarderen' van de Commissie Dijkstal, uit 2007. Op basis van een drietal criteria en een contra-indicatie wordt hier een tamelijk omvattende lijst van sectoren opgesteld. Aan de volgende drie criteria moet in min of meerdere mate zijn voldaan. Er is sprake van een opgelegde wettelijke taak. Er is (in belangrijke mate) sprake van financiering uit publieke middelen. Er is er een publiek belang dat wordt gediend. Is er sprake van substantiële marktwerking, dan verschuift de balans richting private activiteiten. Dit leidt tot de volgende, hier niet-uitputtende, opsomming van de semipublieke sector: instellingen in onderwijs, kunst en erfgoed, zorg [–] met uitzondering van de vrije beroepsbeoefenaren [–], stads-, streek- en spoorvervoer, infrastructuur (spoor, energie, havens) en de publieke omroep (pagina 9).[9]

---

[7] *Een lastig gesprek* (september 2013, Commissie Behoorlijk Bestuur), bijlage bij *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 28 479, Rechtspositie van politieke ambtsdragers, nr 68, brief van de minister van Economische Zaken (11 september 2013).

[8] <www.topinkomens.nl>, wet- en regelgeving, historie, commissie dijkstal.

[9] Over marktwerking: W. Dicke, B, Steenhuisen & W. Veeneman, *Graaiers of Redders? Wat marktwerking heeft aangericht en klaargespeeld in de zorg, het openbaar vervoer en de energievoorziening*, Amsterdam/Antwerpen: Uitgeverij Atlas 2011.

De Commissie Behoorlijk Bestuur heeft geen overkoepelende *governance code* voor de semipublieke sector opgesteld.[10] Zij motiveerde dit als volgt:

> Vanwege het grote belang van goed functionerende onderwijs- en zorginstellingen, woningcorporaties en andere semipublieke organisaties, deelt de Commissie de mening van het kabinet dat grote incidenten tot het verleden moeten gaan behoren. De Commissie stelt echter dat er geen bezweringsformule kan worden gevonden in een nieuwe lijst met regels en voorschriften voor semipublieke bestuurders en toezichthouders. Er bestaat al een groot aantal 'codes' waarin per sector en instelling wordt beschreven hoe toezicht, bestuur en management hun taken moeten vervullen. […] Deze zouden afdoende moeten zijn. Als dat niet het geval is, kan het ook een signaal zijn om aandacht te besteden aan de achtergronden van onwenselijk gedrag en de context waarin dit optreedt.
> De Commissie is in haar studie en gesprekken hierover tot de conclusie gekomen dat het enkele opstellen van een overkoepelende lijst van do's and dont's geen recht doet aan de ingewikkelde en dikwijls bureaucratische structuur die organisaties in de semipublieke sector kenmerkt (pagina 3).

Wel formuleerde de commissie vier '[l]eidende principes' voor de semipublieke sector, acht '[a]anbevelingen aan de politiek' en twaalf '[a]anbevelingen aan sector en instellingen voor het opstellen van gedragscodes'. Achtereenvolgens:

> • De burger – patiënten, huurders, studenten, scholieren maar ook burgers in het algemeen – is eigenaar van de semipublieke sector.
> • De minister is systeemverantwoordelijk en draagt zorg voor de publieke belangen, de ordening en het functioneren van de semipublieke sector. De instellingen zijn verantwoordelijk voor de dienstverlening.
> • Bestuurders van de instellingen ontlenen hun gezag aan hun dienstbaarheid aan het publieke belang; ze zijn verantwoordelijk en aanspreekbaar.
> • Professionals worden erkend in hun zelfstandigheid en professionaliteit; ze zijn verantwoordelijk en aanspreekbaar' (pagina 23),
> 1. In overleg met de sector de **publieke belangen** opnieuw te ijken en vast te leggen, als ook de maatschappelijke taakopdracht die instellingen in de verschillende sectoren hebben en de verantwoordelijkheid die een behoorlijke uitoefening van de publieke taak vergt.
> 2. Om perverse prikkels te voorkomen **de meet- en sturingsinstrumenten** altijd gepaard te laten gaan met vereisten van kwaliteit, als-

[10] Vergelijk E.-M. Peeters, *Intern toezicht bij woningcorporaties: de vrijblijvendheid voorbij*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 29-30.

ook nieuwe regels en rapportageplichten steeds te toetsen op de te verwachten gedrags- en perverse effecten.
3. De rol en positie van de **externe toezichthouder** helderder te definiëren en de verschillen tussen sectoren in kaart te brengen, deze te verklaren en hieruit best practices te destilleren. Het is daarbij raadzaam het (externe) financiële toezicht en het kwaliteitstoezicht meer geïntegreerd bij hetzelfde vakministerie te beleggen en dit ook dichter bij de minister te organiseren.
4. In het Burgerlijk Wetboek voor verenigingen en stichtingen een taakomschrijving op te nemen voor de **interne toezichthouder** (raad van toezicht) die vergelijkbaar is met die voor vennootschappen. Daarnaast is het raadzaam voor werknemers of burgers een sterker voordrachtsrecht te creëren in raden van toezicht.
5. Erin te voorzien dat de minister, cliëntenraden, de bestuurders en leden van de raad van toezicht een verzoek tot een enquête alsook een verzoek tot ontslag kunnen indienen bij de **Ondernemingskamer**. Daarnaast zou waar mogelijk de civiele aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders moeten worden aangescherpt.
6. Bij de **normering (top)inkomens** zorg te dragen voor consequente handhaving. Buiten kijf dient te staan dat prestatiebeloning of andere vormen van variabele beloning niet passend zijn in de semipublieke sector, aangezien die onvoldoende recht doen aan het karakter van publieke dienstverlening.
7. De reikwijdte van de **Wet Nationale Ombudsman** uit te breiden tot de semipublieke sector. Ook valt te overwegen om bij een wijziging van de Wet Openbaarheid van Bestuur deze te verruimen tot die delen van de semipublieke sector die er nu buiten vallen.
8. De verschillen in **medezeggenschap** in kaart te brengen en waar mogelijk te versterken. Hoewel instellingen vrijheid moeten hebben om de inspraak zelf te kunnen inrichten, dient elk medezeggenschapsorgaan dezelfde ruime basisbevoegdheden te hebben (pagina 24),

en:

1. De instelling geeft nadere invulling aan de **maatschappelijke taak** door haar missie, visie en strategie te definiëren. Deze worden samen met betrokkenen opgesteld en regelmatig geëvalueerd. De missie dient als uitgangspunt bij het nemen van beslissingen en er kan een beroep op worden gedaan in tegenspraak en *feedback*.
2. Een professionele **bestuurder** is dienend aan de professional en de publieke dienstverlening en is eindverantwoordelijk voor de dienstverlening. Het bestuur gaat regelmatig in gesprek met de verschillende *stakeholders* (leidinggevenden, medewerkers, interne en externe toezichthouders, cliëntenraden en anderen) over het handelen in relatie tot de

afgesproken waarden en de prestaties. Bij belangrijke besluiten worden *stakeholders* betrokken in het besluitvormingsproces.

3. Een verantwoordelijke **toezichthouder** is een goede werkgever en evalueert periodiek het functioneren van de bestuurder en de organisatie. De toezichthouder bespreekt dilemma's met de bestuurder en geeft *feedback* op zijn gedrag. Interne toezichthouders spreken los van de bestuurder met *stakeholders* om inzicht te krijgen in prestaties van de instelling en de bijdrage aan maatschappelijke doelstelling. De interne toezichthouder neemt voldoende tijd voor dit werk. Hij evalueert minimaal jaarlijks het eigen functioneren en elke twee of drie jaar onder externe begeleiding.

4. **Benoemingen** van bestuur en toezicht zijn inzichtelijk. In de samenstelling van de raden wordt gezocht naar een afspiegeling van verschillende disciplines, achtergronden en expertises. Het functieprofiel vraagt van bestuurders en toezichthouders dat ze sterke, aantoonbare affiniteit hebben met het primaire proces van organisaties. Daarnaast zal voor een selectie van leden van de Raad van Toezicht moeten gelden dat ze specifieke kennis hebben van, en ervaring hebben met, het primaire proces.

5. Elke vorm en schijn van **belangenverstrengeling** tussen bestuurders en instelling wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiele betekenis zijn voor de instelling of voor de desbetreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de interne toezichthouder.

6. Permanente **opleiding** van bestuurders en toezichthouders is de norm.

7. Bestuurders en interne toezichthouders organiseren **tegenkracht** voor zichzelf en voor anderen in de organisatie. Dit houdt in dat de organisatie zodanig is ingericht dat onderlinge *feedback* op de behoorlijkheid van gedrag mogelijk is.

8. Instellingen beschikken over een realistische **meerjarenbegroting** en brengen daarbij ook de toekomstige risico's ten aanzien van kwaliteit en financiën goed in kaart. Ze beseffen hierbij dat alle indicatoren tekortkoming hebben en dat nooit alleen op rapportages kan worden afgegaan.

9. In semipublieke instellingen moet **schatkistbankieren** als gewoonte gelden. Afwijking van die gewoonte wordt in het jaarverslag beargumenteerd.[11]

[11] 'Veel vaker dan nu gebruikelijk is, zouden bestuurders en toezichthouders kunnen en moeten besluiten tot "schatkistbankieren", dat wil zeggen hun rekening-courant onder te brengen bij de Staat die conservatief en oppassend bankiert' (p. 12).

10. **Accountants** kijken verder dan de rapportage over het afgelopen jaar en geven een openbaar oordeel over toekomstverwachtingen en risico's, ook op het gebied van behoorlijk bestuur.
11. De instellingen zoeken met enige regelmaat – op zijn minst één maal per vijf jaar – een nieuwe **accountant** aan.
12. In het **jaarverslag** wordt verslag gedaan van de wijze waarop de code is nageleefd (pagina 25-26).

het WRR-rapport *Van tweeluik naar driehoeken*: de semipublieke sector (en een verwijzing naar het private middenveld)

[**3**] In mei 2014 publiceerde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid het rapport *Van tweeluik naar driehoeken*.[12] In dit rapport vraagt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 'aandacht voor de versterking van interne checks and balances binnen semipublieke instellingen' (pagina 9). De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid vat zijn rapport (mede) op als 'een vervolg op het rapport *Een lastig gesprek* van de Commissie Behoorlijk Bestuur' (pagina 15). De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid omschrijft de sectoren waarop het rapport zich richt als volgt:

> Met semipublieke organisaties bedoelen we private rechtspersonen (in de meeste gevallen stichtingen, soms verenigingen) die zich richten op de behartiging van publieke taken en belangen en op de verlening van publieke diensten en/of die geheel of gedeeltelijk met publieke middelen worden gefinancierd. Daarbinnen richten we ons in het bijzonder op de sectoren wonen, zorg en onderwijs […]. In concreto gaat het om woningcorporaties; grote onderwijsinstellingen in het voortgezet, middelbaar en hoger (beroeps)onderwijs, zoals roc's, hbo-instellingen en universiteiten; en zorginstellingen, zoals ziekenhuizen en thuiszorgorganisaties. Dit rapport richt zich dus niet op overheidsstichtingen, zbo's, agentschappen, deelnemingen en geprivatiseerde overheidsbedrijven. Evenmin bespreken we het *private* middenveld, dat is de brede waaier van verenigingen, particuliere stichtingen en vrijwilligersorganisaties die in de samenleving particuliere initiatieven ontplooien (pagina 19, voetnoot weggelaten).

[12] *Van tweeluik naar driehoeken. Versterking van interne checks and balances bij semipublieke organisaties* (mei 2014, Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid); <www.wrr.nl>, publicaties, rapporten. Vergelijk *Kamerstukken II*, 33 822, Financieel beheer en toezicht semipublieke sector, en *Borging publieke belangen*, brief van de minister van Economische Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer, 28 november 2014 (kenmerk AEP / 14181717).

Het rapport bespreekt een aantal ontwikkelingen die zich in de semipublieke sector hebben voorgedaan: ontzuiling en 'verstichting', schaalvergroting en professionalisering, en hybridisering.[13] Over 'verstichting' van organisaties in de semipublieke sector die aanvankelijk de rechtsvorm van een vereniging hadden schrijft het rapport:

> In de laatste decennia van de twintigste eeuw zijn veel van deze verenigingen vervolgens omgevormd tot stichtingen. De stichtingsvorm is aantrekkelijk voor bestuurders omdat die vorm schaalvergroting en een professionele bestuurlijke structuur mogelijk maakt, met veel ruimte voor flexibel en snel handelen. Aangezien er geen bestuurlijke rol meer voor de leden is weggelegd, zijn deskundigheid en onpartijdigheid beter gewaarborgd. Na de invoering van het Besluit beheer sociale huursector uit 1993 zijn de meeste woningcorporaties overgegaan van de verenigingsvorm naar de stichtingsvorm en kennen ze geen leden meer […]. Veel zorginstellingen en scholen hebben dezelfde ontwikkeling doorgemaakt. Alleen sommige lagere scholen (schoolverenigingen en enkele nutsscholen) kennen nog een verenigingsstructuur met leden (pagina 26).

Over schaalvergroting en over hybridisering schijft het rapport: 'Veel semipublieke instellingen zijn in de afgelopen decennia uitgegroeid van kleinschalige particuliere initiatieven tot grootschalige professionele organisaties met tienduizenden werknemers en gebruikers' (pagina 27), en 'Onder invloed van het "new public management" kregen veel instellingen in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw een hybride, deels publiek en deels privaat, karakter. De publieke middenveldorganisaties kwamen in het schemergebied tussen staat, markt en samenleving terecht. Dat tussengebied bood meer mogelijkheden dan voordien om efficiënt, bedrijfsmatig en klantgericht te werken en het taakgebied te verbreden. Maar semipublieke organisaties werden geen echte bedrijven die hun eigen financiële risico's moesten dragen' (pagina 28).

Verder constateert het rapport dat een stichting geen aandeelhouders (of leden) heeft zodat 'de interne bestuurlijke driehoek van raad van bestuur, raad van commissarissen en aandeelhouders' die bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen bestaat niet functioneert:

> Tot op de dag van vandaag heeft de keuze om de verenigingsvorm te verlaten maar de 'publieke aandeelhouder' niet expliciet een rol te geven, vergaande consequenties gehad:

[13] Vergelijk R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen*, Assen: Van Gorcum 2013, p. 3-4.

- Het antwoord op de vraag 'namens wie' de interne toezichthouder toezicht houdt blijft in het luchtledige hangen. Het is onduidelijk wie de 'eigenaar' van de organisatie is. Daardoor is de maatschappelijke legitimatie van semipublieke organisaties en van hun langetermijnstrategie en bestuurlijke koers beperkt. Onduidelijk is wie gezaghebbend kan bepalen wat de maatschappelijke taken van de organisatie zouden moeten zijn.
- Ook ontbreekt een belangrijke tegenmacht voor de raad van toezicht en de raad van bestuur. Anders dan in het bedrijfsleven of bij de verenigingsstructuur is er geen sprake van een derde partij die zorgt voor een intern bestuurlijk machtsevenwicht. Wie houdt de raad van toezicht scherp? (pagina 29, voetnoot weggelaten).

Het rapport bepleit in de eerste plaats versterking van het bestuur ('De eerste "line of defense" voor een verantwoord bestuur van semipublieke instellingen zijn de bestuurders van de instellingen zelf', pagina 33), mede door collegiaal in plaats van enkelvoudig bestuur:

> Vanuit een perspectief van interne checks and balances zijn de belangrijkste en dagelijkse tegenspelers van bestuurders hun directe collegabestuurders. Invoering van vormen van collegiaal bestuur in plaats van enkelvoudig bestuur binnen semipublieke organisaties biedt mogelijkheden voor weerwerk vanuit het bestuur zelf. Collegiaal bestuur is nog niet bij alle semipublieke instellingen de norm. Collegabestuurders kunnen heel effectief zijn als tegenmacht omdat ze grotendeels over dezelfde informatie beschikken, een langdurige samenwerkingsrelatie hebben, en op hetzelfde bestuurlijke niveau opereren. Bovendien kunnen leden van de raad van bestuur elkaar niet ontslaan, wat het machtsmisbruik bij al te kritische interne geluiden inperkt (pagina 35).

Het rapport bepleit in de tweede plaats versterking van het toezicht ('De tweede *line of defense* wordt gevormd door de raad van toezicht. De raad van toezicht is het belangrijkste interne orgaan om het bestuur geregeld een spiegel voor te houden en aan te spreken op verantwoord gedrag', pagina 39):

> In de praktijk zien we zowel een onderbenutting als een overschatting van de mogelijkheden van de raad van toezicht om een effectieve tegenmacht te vormen jegens bestuurders. Van *onderbenutting* is sprake omdat de wettelijke mogelijkheden die de raad van toezicht heeft (bijvoorbeeld om informatie op te vragen, zich een gemotiveerd oordeel te vormen en waar nodig te interveniëren) in de praktijk niet optimaal worden benut.
> De positie van de raad van toezicht kan op verschillende manieren worden versterkt.

> - Dat kan bijvoorbeeld door naast de gebruikelijke auditcommissies en remuneratiecommissies, speciale commissies binnen de raad van toezicht in te stellen die toezicht houden op de kwaliteit van het primaire proces (bijvoorbeeld een 'onderwijscommissie' in een onderwijsinstelling en een 'kwaliteits- en veiligheidscommissie' in ziekenhuizen).
> - Ook tal van professionaliseringscursussen, toolkits en gedragstrainingen voor toezichthouders spelen in op de behoefte aan scherper en krachtdadiger toezicht […].
>
> Van *overschatting* is sprake omdat de verwachtingen van wat de raad van toezicht vermag hooggespannen zijn in politiek en samenleving. De raad van toezicht kan door de aard van zijn positie en rol niet in zijn eentje de maatschappelijke verankering bieden die verloren is gegaan door de 'verstichting', schaalvergroting en professionalisering. Daarnaast kan de raad van toezicht te laat of eenzijdig geïnformeerd worden over de interne processen als hij zich voornamelijk door het bestuur laat informeren.
>
> Bij tenminste twee taken kan de raad van toezicht in het bijzonder hulp gebruiken:
> - Allereerst bij het bewaken van de financiële stabiliteit, de integriteit van de organisatie en de kwaliteit van het primaire proces. Dit vraagt specifieke deskundigheid en adequate en tijdige interne informatie over de financiële positie, de organisatiecultuur, het primaire proces, maar ook over de risico's die zijn verbonden aan grootschalige investeringsprojecten.
> - In de tweede plaats bij het toezien op het realiseren van maatschappelijke meerwaarde. Daarbij gaat het om het bewaken van het maatschappelijk draagvlak van de instelling, het vaststellen van de relevante maatschappelijke belangen en de strategische doelen die daaruit voortvloeien en het toetsen van het beleid hieraan (44-45, voetnoten weggelaten).

Het rapport bepleit in de derde plaats versterking van de rol van 'derde partijen' ('Verschillende derde partijen kunnen een *third line of defense* vormen in aanvulling op de raad van bestuur en de raad van toezicht', pagina 70):

> Het gaat daarbij niet om het creëren van meer of nieuwe organen, maar om het versterken van driehoeksrelaties, waardoor alle partijen hun taken beter kunnen vervullen […]. Ten eerste kan de raad van bestuur de maatschappelijke legitimiteit van de dienstverlening versterken door naast de raad van toezicht ook derde partijen te betrekken bij de langetermijnstrategie. Voor de raad van toezicht geldt dat deze zijn informatiepositie kan versterken door zich niet alleen te laten informeren door het bestuur, maar ook derde partijen te raadplegen om tijdig en direct signalen uit de organisatie te krijgen. Ten slotte kunnen de derde partijen baat hebben bij de inrichting van driehoeksrelaties, om-

dat zij bij de raad van toezicht kunnen aankloppen als ze zich door bestuurders onvoldoende gehoord voelen (pagina 53).

'Derde partijen' die in aanmerking komen zijn volgens het rapport onder meer: de (interne) controller/risk manager, de ondernemingsraad, en maatschappelijke belanghebbenden in de vorm van maatschappelijke adviesraden, cliëntenraden (zoals patiëntenraden, gebruikersraden en medezeggenschapsraden in de onderwijssector) en raden van maatschappelijke belanghebbenden (zoals verantwoordingsorganen bij pensioenfondsen).

de SCP-rapporten *Landelijk verenigd*, *Maatschappelijke organisaties in beeld* en *Verenigd in verandering*: het maatschappelijk middenveld

[**4**] Het Sociaal en Cultureel Planbureau heeft zich in zijn rapport *Landelijk verenigd* uit 2005 uitgesproken over het maatschappelijk middenveld Het Sociaal en Cultureel Planbureau schrijft over de organisaties waarop dat rapport zich richt:[14]

> Dit rapport richt zich op organisaties die in het Engelse taalgebied gewoonlijk worden aangeduid met *voluntary associations* (vrijwillige samenwerkingsverbanden). Het gaat om maatschappelijke organisatievormen waarbij de deelname berust op een vrijwillige keuze en die tot het kerngebied van de civil society worden gerekend: verenigingen, ideële en recreatieve organisaties, serviceorganisaties en (in het hedendaagse Nederland) ook de kerken (pagina 9),
>
> De organisaties die in dit rapport worden beschreven, zijn landelijke koepels, de grote kerken en grote politieke partijen, een aantal organisaties die zijn voortgekomen uit de sociale bewegingen van de jaren zestig en zeventig en enkele landelijke sociaal-economische belangenorganisaties (vakbonden, werkgevers, consumentenorganisaties). (pagina 10),

en:

> Wanneer de kerkgenootschappen buiten beschouwing worden gelaten, is sinds 1980 het aantal leden en/of donateurs dat is aangesloten bij maatschappelijke organisaties gestegen, en wel in een tempo dat meer dan drie keer zo hoog lag als de bevolkingsgroei. Het ging niet in alle sectoren crescendo. Omroeporganisaties, politieke partijen, vrouwen-

[14] *Landelijk verenigd. Grote ledenorganisaties over ontwikkelingen op het maatschappelijk middenveld. Civil society en vrijwilligerswerk IV* (scp-publicatie 2005-1, februari 2005, Joep de Hart, Sociaal en Cultureel Planbureau); <www.scp.nl>, publicaties.

> organisaties en de kerken behoren tot de geledingen van de Nederlandse civil society die zich sinds de jaren tachtig met een duidelijke leegloop zagen geconfronteerd. Daarentegen groeiden vooral organisaties die actief zijn op de terreinen van natuur en milieu, abortus of euthanasie, internationale hulp en de gezondheidszorg als kool (pagina 28).

In het rapport *Maatschappelijke organisaties in beeld* uit 2008 schrijft het Sociaal en Cultureel Planbureau:[15]

> Zoals gebleken in *Landelijk verenigd* en zoals we ook in dit rapport nog zullen zien, organiseren Nederlanders zich graag en massaal, dat is gebleven. Gerekend per hoofd van de bevolking hebben de Nederlandse afdelingen van internationale organisaties zoals Amnesty International, het Rode Kruis, Artsen zonder Grenzen, Greenpeace, het Wereld Natuur Fonds, of het International Fund of Animal Welfare hier te lande een aantrekkingskracht die zij elders niet hebben. Maar ook de voetbalbond of de consumentenbond kent bij ons een organisatiegraad waarvan andere landen alleen maar kunnen dromen (pagina 11),

> In elke stad en in praktisch elk dorp bestaat een brede variëteit aan verenigingen, organisaties en sociale verbanden waar mensen elkaar ontmoeten en samen activiteiten ontplooien (kerken, sportclubs, buurt-, muziek-, oranjeverenigingen enz.). Voor zo ongeveer elke doelstelling, hobby, aandoening of belang bestaat een vereniging. Ruim 100.000 verenigingen staan ingeschreven bij de Kamer van Koophandel en jaarlijks worden tussen de 3000 en 3500 nieuwe opgericht […]. Een volledig overzicht van de wijzen waarop Nederlanders zich organiseren zou een enorm aantal lokale en bovenlokale organisatievormen omvatten, van sterk geïnstitutionaliseerde en geprofessionaliseerde, grootschalige organisaties tot vaak informele, kleinschalige en lokaal begrensde soorten van groepsvorming (pagina 12),

en:

> In de literatuur wordt vooral steeds weer gewezen op twee functies van het verenigingsleven. De eerste is de vorming van sociaal kapitaal ofwel gemeenschapszin: mensen komen via het verenigingsleven tot onderling vertrouwen en samenwerking, wat het zoeken naar oplos-

[15] *Maatschappelijke organisaties in beeld, Grote ledenorganisaties over actuele ontwikkelingen op het maatschappelijk middenveld* (scp-special 27, september 2008, Esther van den Berg & Joep de Hart, Sociaal en Cultureel Planbureau); <www.scp.nl>, publicaties.

> singen voor collectief ervaren problemen vergemakkelijkt. De tweede functie heeft betrekking op het democratisch potentieel dat verenigingen vertegenwoordigen via onder andere het leren van politieke basisvaardigheden. […] De groei van een vereniging gaat ook gepaard met een toenemende differentiatie tussen besluitvormende, bestuurlijke en uitvoerende verantwoordelijkheden. Lang niet alle destijds en in [het rapport *Landelijk verenigd*] onderzochte organisaties worden gekenmerkt door horizontale relaties of gekenmerkt door veel *face-to-face*-ontmoetingen bij de achterban, kortom door een echt verenigingsleven. Zeker voor de grote, fondsenwervende organisaties geldt, dat als zij aanleiding geven tot sociale verbondenheid, dit toch veelal […] *imagined communities* zal zijn: er zijn geen of zeer incidentele contacten tussen de aangeslotenen, maar wel kan er heel goed sprake zijn van gezamenlijke identificatie omdat men een ideaal, zorg of belang deelt – verzet tegen wereldwijde armoede of uitputting van het milieu, het bewaken van consumentenbelangen of goede arbeidsvoorwaarden (pagina 63).

Het rapport *Verenigd in verandering* uit 2014 bouwt voort op de rapporten *Landelijk verenigd* en *Maatschappelijke organisaties in beeld*:[16]

> Het Sociaal en Cultureel Planbureau kent een lange traditie van onderzoek naar de Nederlandse *civil society* en de organisaties die daarbinnen opereren. Zo zijn er de publicaties over maatschappelijke organisaties *Landelijk verenigd* (2005) en *Maatschappelijke organisaties in beeld* (2008). Hierin stond de vraag centraal hoe grote maatschappelijke organisaties zich tegen de achtergrond van maatschappelijke veranderingen ontwikkelen (pagina 7),

en:

> In deze publicatie, die een vervolg is op publicaties van het Sociaal en Cultureel Planbureau uit 2005 (*Landelijk verenigd*) en 2008 (*Maatschappelijke organisaties in beeld*), wordt ingegaan op de ontwikkelingen bij grote maatschappelijke organisaties. Dat wil zeggen: organisaties die op een van de meetpunten tussen 1980 en 2012 meer dan 50.000 leden of donateurs hadden (pagina 9),

waarbij het gaat om ‘een breed scala aan grote maatschappelijke organisaties: sport- en recreatieve organisaties, kerken, consumentenorganisaties, in-

[16] *Verenigd in verandering, Grote maatschappelijke organisaties en ontwikkelingen in de Nederlandse civil society* (scp-publicatie 2014-34, november 2014, Hanneke Posthumus, Josje den Ridder & Joep de Hart, Sociaal en Cultureel Planbureau); <www.scp.nl>, publicaties.

ternationale hulporganisaties, gezondheids- en welzijnsorganisaties, natuur- en milieuorganisaties, vakbonden, vrouwenorganisaties, ouderenorganisaties, omroepen en politieke partijen' (pagina 9).

Dit rapport merkt onder meer op:

> Er wordt wel geopperd dat grote organisaties onder druk staan, omdat mensen hun interesses niet meer in geïnstitutionaliseerd en langdurig verband zouden willen ontplooien, maar juist informeler (d.w.z. in kleine, niet-hiërarchische groepjes) of op individuele wijze. Uit de enquête die voor dit rapport is afgenomen, blijkt dat maatschappelijke organisaties eerder concurrentie ervaren van andere formele organisaties dan van informele groepen of individueel ontplooide activiteiten. Wel denkt men dat de concurrentie van informele initiatieven de afgelopen vijf jaar is gegroeid (pagina 10),

en:

> In ons land wordt al sinds het begin van de ontzuiling zo nu en dan de vrees verwoord dat het voor Nederland zo kenmerkende verenigingsleven onder druk staat en dat het belang van organisaties op het maatschappelijk middenveld afneemt. Deze tendens wordt ook wel als 'de-collectivering' of 'de-institutionalisering' aangeduid en wordt vaak gezien als teken van een individualiserende samenleving […]. Maar er zijn ook tegengeluiden: Nederland zou niet zozeer te maken hebben met een afnemende, maar met een veranderende organisatiebereidheid en met nieuwe vormen van actief burgerschap […]. Ondanks de economische recessie is ook de bereidheid om te doneren aan (vooral grote) goededoelenorganisaties nog altijd aanzienlijk en in 2013 zelfs licht gestegen (pagina 15).

de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld

[**5**] Het lijkt er al met al op dat de aanduidingen semipublieke sector en maatschappelijke middenveld slechts voor een deel samenvallen. Het gaat bij de semipublieke sector en het maatschappelijke middenveld niet om organisaties die deel uitmaken van de overheid in enge zin (de publieke sector) en ook niet om organisaties waarvoor het maximaliseren van winst ten behoeve van een beperkte kring betrokkenen een wezenlijk kenmerk is (de private sector). De term semipublieke sector legt de nadruk op de band die deze organisaties hebben met de overheid: zij voeren een wettelijk taak uit, ontvangen inkomsten uit publieke middelen en/of behartigen het publieke belang. De term maatschappelijk middenveld legt de nadruk op het doel en de worteling van deze organisaties in de samenleving: zij streven een maatschappelijk doel na (dat *niet* is het maximaliseren van winst ten behoeve van

een beperkte kring betrokkenen) en zoeken op enigerlei manier aansluiting bij de personen voor wie dat doel relevant is (voorbeelden zijn de band tussen een vereniging en haar leden, het voeren van een dialoog (bij voorbeeld tussen een woningcorporatie en een huurdersvereniging of tussen een zorgorganisatie en een cliëntenraad), of het onderhouden van contacten met donateurs). Buiten de samenval bevinden zich organisaties zoals sommige privaatrechtelijke rechtspersonen met een wettelijke taak (wel deel van de semipublieke sector maar niet van het maatschappelijk middenveld), goededoelenorganisaties, 'de brede waaier van verenigingen, particuliere stichtingen en vrijwilligersorganisaties die in de samenleving particuliere initiatieven ontplooien' waaraan het rapport *Van tweeluik naar driehoeken* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid refereert en het 'enorm aantal lokale en bovenlokale organisatievormen' waaraan het rapport *Maatschappelijke organisaties in beeld* van het Sociaal en Cultureel Planbureau refereert (geen deel van de semipublieke sector maar wel van het maatschappelijk middenveld).

de vereniging en de stichting in de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld

[**6**] Wat de semipublieke sector en het maatschappelijk middenveld verbindt is het veelvuldig gebruik van de rechtsvormen van de vereniging en de stichting. De vereniging is geregeld in Titel 2 van Boek 2 BW. De unieke ('materiële') kenmerken van een vereniging zijn dat zij twee of meer leden heeft, een doel moet nastreven, en eventuele winst die zij maakt niet aan haar leden mag uitkeren. Artikel 2:26 lid 1 BW omschrijft een vereniging als 'een rechtspersoon met leden die is gericht op een bepaald doel'. Volgens artikel 2:26 lid 2 BW moet een vereniging worden opgericht 'bij meerzijdige rechtshandeling', wat betekent dat er altijd ten minste twee oprichters moeten deelnemen aan de oprichtingshandeling. En artikel 2:26 lid 3 BW bepaalt dat een vereniging 'geen winst onder haar leden [mag]' verdelen'. Dit is het zogenoemde uitkeringsverbod:

1. De vereniging is een rechtspersoon met leden die is gericht op een bepaald doel […].
2. Een vereniging wordt bij meerzijdige rechtshandeling opgericht.
3. Een vereniging mag geen winst onder haar leden verdelen.

De oprichters van een vereniging kunnen ervoor kiezen de oprichtingshandeling te laten plaatsvinden 'bij een notariële akte' (artikel 2:27 lid 1 BW). In dat geval moet de notariële akte de statuten van de vereniging bevatten (artikel 2:27 lid 3 BW). Wanneer de oprichters er niet voor kiezen de oprichtingshandeling te laten plaatsvinden bij notariële akte kan de algemene vergadering van de vereniging alsnog 'besluiten de statuten te doen opnemen in een notariële akte' (artikel 2:28 lid 1 BW). Een vereniging waarvan

de statuten zijn opgenomen in een notariële akte wordt een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid of een formele vereniging genoemd. Een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte wordt een vereniging met beperkte rechtsbevoegdheid of een informele vereniging genoemd. Over die laatste vereniging bepaalt artikel 2:30 lid 1 BW: 'Een vereniging waarvan de statuten niet zijn opgenomen in een notariële akte, kan geen registergoederen verkrijgen en kan geen erfgenaam zijn'.

De stichting is geregeld in Titel 6 van Boek 2 BW. De unieke ('materiële') kenmerken van een stichting zijn dat zij geen leden mag hebben (voor haar geldt een zogenoemd ledenverbod), een vermogen heeft waarmee zij een doel moet nastreven, en dat zij eventuele winst die zij maakt slechts mag gebruiken voor 'uitkeringen [die] een ideële of sociale strekking hebben'. De stichting wordt omschreven in artikel 2:285 BW:

1. Een stichting is een door een rechtshandeling in het leven geroepen rechtspersoon, welke geen leden kent en beoogt met behulp van een daartoe bestemd vermogen een in de statuten vermeld doel te verwezenlijken.
2. […]
3. Het doel van de stichting mag niet inhouden het doen van uitkeringen aan oprichters of aan hen die deel uitmaken van haar organen noch ook aan anderen, tenzij wat deze laatsten betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

Artikel 2:37 lid 2 BW bepaalt voor de vereniging dat de algemene vergadering de bestuurders benoemt. Art. 2:37 lid 3 BW versoepelt dit door te bepalen dat één of meer bestuurders, 'mits minder dan de helft', door anderen dan de leden kunnen worden benoemd. Volgens artikel 2:37 lid 1 BW worden de bestuurders uit de kring van de leden benoemd, maar dit artikellid versoepelt ook dit door te bepalen dat de statuten kunnen inhouden dat bestuurders niet uit de kring van de leden hoeven te worden benoemd. Er zijn bij de benoeming van bestuurders nog meer versoepelingen mogelijk:
- artikel 2:37 lid 2 BW geeft aan dat in de gevallen waarin de algemene vergadering de bestuurders benoemt de statuten een andere benoemingsregeling kunnen bevatten, 'mits elk lid middellijk of onmiddellijk aan de stemming over de benoeming der bestuurders kan deelnemen'. Daarbij valt te denken aan de situatie waarin een vereniging 'getrapt' is opgebouwd met leden die hun lidmaatschapsrechten uitoefenen in de afdelingen: de statuten kunnen dan inhouden dat de afzonderlijke afdelingsvergaderingen verenigingsbestuurders benoemen (en overigens ook hun eigen afdelingsbestuurders benoemen); aan de stemming over de beneming van de verenigingsbestuurders nemen de leden 'onmiddellijk' deel. Daarbij valt ook te denken aan de situatie waarin een vereniging 'getrapt' is opgebouwd met leden die hun lidmaatschapsrechten uitoefenen in afdelingen en daar hun eigen afdelingsbestuurders kiezen; de statuten kunnen dan inhouden dat de gekozen afdelingsbe-

sturen de verenigingsbestuurders benoemen (aan de stemming over de benoeming van de verenigingsbestuurders nemen de leden 'middellijk' deel).
- artikel 2:38 lid 3 BW geeft aan dat de statuten kunnen bepalen dat personen die geen lid zijn van de vereniging, maar wel deel uitmaken van een ander orgaan van de vereniging, stemrecht kunnen uitoefenen in de algemene vergadering, mits de stemmen die zij kunnen uitbrengen maximaal de helft zijn van het aantal stemmen dat de leden kunnen uitbrengen. Deze bepaling maakt het mogelijk aan anderen dan leden stemrecht te geven in de algemene vergadering waardoor de invloed van de leden afneemt.
Op grond van artikel 2:37 lid 6 BW kan een bestuurder 'te allen tijde' worden ontslagen en geschorst door het orgaan dat haar heeft benoemd.
Titel 2 van Boek 2 BW over de vereniging bevat (nog) geen bepaling over de instelling van een orgaan dat een interne toezichthoudende functie uitoefent en over benoeming, ontslag en schorsing van de leden van zo'n orgaan.[17] Het ligt voor de hand dat, als zo'n orgaan er is (onder bij voorbeeld de naam raad van commissarissen of raad van toezicht), de bepalingen over benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders daarop evenzeer van toepassing zijn.

Artikel 2:286 BW bepaalt voor de stichting dat de statuten 'de wijze van benoeming en ontslag der bestuurders' moeten regelen. Artikel 2:285 lid 2 BW geeft aan dat de personen die bevoegd zijn 'in de vervulling van ledige plaatsen in organen van de stichting te voorzien' niet daardoor al als 'leden' worden aangemerkt: deze bepaling voorkomt dat een stichting die statutair regelt dat een stichtingsorgaan bevoegd is bestuurders of anderen (bij voorbeeld leden van een orgaan dat een interne toezichthoudende functie uitoefent) te benoemen, ontslaan en schorsen alleen al vanwege die statutaire constructie het ledenverbod overtreedt. Als tegenhanger van de grote mate van vrijheid die een stichting heeft om benoeming, ontslag en schorsing van de stichtingsbestuurders te regelen bepaalt artikel 2:298 lid 1 BW dat de rechtbank op verzoek van het openbaar ministerie of van iedere belanghebbende een stichtingsbestuurder kan ontslaan wanneer die bestuurder 'iets doet of nalaat in strijd met de bepalingen van de wet of van de statuten, dan wel zich schuldig maakt aan wanbeheer'. Titel 6 van Boek 2 BW over de stichting bevat (nog) geen bepaling over de instelling van een orgaan dat een (interne) toezichthoudende functie uitoefent en over benoeming, ontslag en schorsing van de leden van zo'n orgaan. Het ligt voor de hand dat, als zo'n orgaan er is (onder bij voorbeeld de naam raad van commissarissen of raad

[17] Dat is anders bij de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij waar artikel 2:57 en 57a BW in Titel 3 van Boek 2 BW over de instelling van een raad van commissarissen en benoeming van de commissarissen gaan. Artikel 2:57a BW verwijst voor de benoeming van de commissarissen naar artikel 2:37 BW.

van toezicht), de bepalingen over benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders daarop evenzeer van toepassing zijn.[18]

[18] Vergelijk anders: Rechtbank Gelderland 11 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6513 (Stichting Parousie).

HOOFDSTUK 2
BESTUUR EN TOEZICHT VAN RECHTSPERSONEN

het monistische en het dualistische model bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen

[**7**] Naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen, en verenigingen en stichtingen, hebben een bestuur; naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen, en verenigingen, hebben ook een algemene vergadering. De algemene vergadering is het orgaan waarin de aandeelhouders van een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap, en de leden van een vereniging, samenkomen. Daarnaast kan binnen naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen, en binnen verenigingen én stichtingen, de behoefte bestaan een interne toezichthoudende functie te creëren. Op 1 januari 2013 zijn de *wet bestuur en toezicht* (en de *reparatiewet bestuur en toezicht*) in werking getreden.[19] De wet bestuur en toezicht geeft naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die een interne toezichthoudende functie willen creëren twee mogelijkheden om dat te doen. De eerste mogelijkheid is een bestuur van de vennootschap te vormen waarin behalve uitvoerende bestuurders ook niet uitvoerende bestuurders zitting hebben. De keuze voor een bestuur waarin zowel uitvoerende bestuurders als niet uitvoerende bestuurders zitting hebben is een keuze voor een zogenoemd monistisch (of *one tier*) model. De tweede mogelijkheid is om naast het bestuur van de vennootschap een raad van commissarissen in te stellen. De keuze

[19] Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb*. 2011, 275,
Besluit van 4 oktober 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Stb*. 275), *Stb*. 2012, 455: 'De wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (*Stb*. 275) treedt in werking op 1 januari 2013',
Wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b, *Stb*. 2012, 440,
Besluit van 4 oktober 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (*Stb*. 440), *Stb*. 2012, 456: 'De wet van 27 september 2012 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b (Stb. 440) treedt in werking op 1 januari 2013'.

voor het naast het bestuur instellen van een raad van commissarissen is een keuze voor een zogenoemd dualistisch (of *two tier*) model.

Voor zowel het bestuur van een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een monistisch model als voor het bestuur van een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een dualistisch model bepaalt artikel 2:129/239 BW:
1. Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de vennootschap.
2. De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide bestuurder meer dan één stem wordt toegekend. Een bestuurder kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere bestuurders tezamen.
3. Besluiten van het bestuur kunnen bij of krachtens de statuten slechts worden onderworpen aan de goedkeuring van een orgaan van de vennootschap.
[NV:] 4. De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een orgaan van de vennootschap die de algemene lijnen van het te voeren beleid op nader in de statuten aangegeven terreinen betreffen.
[BV:] 4. De statuten kunnen bepalen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap. Het bestuur is gehouden de aanwijzingen op te volgen, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
5. Bij de vervulling van hun taak richten de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
6. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 5. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij ontbreken van een raad van commissarissen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Het monistische model is vervolgens geregeld in artikel 2:129a/239a BW:

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over één of meer niet uitvoerende bestuurders en één of meer uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld. Niet uitvoerende bestuurders zijn natuurlijke personen.
2. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

[NV:] 3. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.
[BV:] 3. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

Het dualistische model is vervolgens geregeld in artikel 2:140/250 BW:

1. Tenzij toepassing is gegeven aan [artikel 129a/239a] kan bij de statuten worden bepaald dat er een raad van commissarissen zal zijn. De raad bestaat uit een of meer natuurlijke personen.
2. De raad van commissarissen heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Hij staat het bestuur met raad ter zijde. Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.
3. De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van de raad en van zijn leden bevatten.
4. De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduide commissaris meer dan één stem wordt toegekend. Een commissaris kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere commissarissen tezamen.
5. Een commissaris neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 2. Wanneer de raad van commissarissen hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

Artikel 2:129 lid 1/239 lid 1 BW geeft nauwelijks aan wat de bestuurstaak inhoudt. In die bepaling staat alleen dat het bestuur is ‘belast met het besturen van de vennootschap’. Een andere bepaling waarin de bestuurstaak aan de orde komt is artikel 2:9 BW. Artikel 2:9 lid 1 BW verplicht elke bestuurder ‘tot een behoorlijke vervulling van zijn taak’. Terwijl lid 1 over de vervulling van de bestuurstaak gaat, gaat artikel 2:9 lid 2 BW hoofdzakelijk over de aansprakelijkheid van een bestuurder die haar taak onbehoorlijk vervult. Het artikel (dat later uitgebreider aan bod komt) luidt:

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen 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.

De parlementaire geschiedenis gaat ervan uit dat er geen verschil hoeft te zijn in de kwaliteit van het interne toezicht binnen een monistisch model en een dualistisch model:[20]

> Ik meen dat zowel het monistische als het dualistische bestuursmodel handvatten bieden voor goed bestuur en actief en onafhankelijk toezicht. Een verschil tussen het monistische model en het dualistische model is dat de niet uitvoerende bestuurders in een monistisch model onderdeel zijn van het bestuur. Zij dragen bestuursverantwoordelijkheid. Om die reden hebben zij ook invloed op de totstandkoming van bestuursbesluiten. Dergelijke bestuurders beslissen mee over bestuursbesluiten en hebben recht op de informatie die aan het desbetreffende besluit ten grondslag ligt. Niet uitvoerende bestuurders kunnen zich daardoor mengen in de discussie over een beoogd bestuursbesluit. Zij kunnen invloed uitoefenen op hun medebestuurders en daarmee actief invulling geven aan hun rol als toezichthouder. Indien de meerderheid van het bestuur, waaronder de niet uitvoerende bestuurders, het beoogde besluit niet steunt, komt het besluit niet tot stand. In een dualistisch model zou het bestuursbesluit wellicht wel tot stand komen, maar kan het vervolgens stuiten op het ontbreken van steun van de raad van commissarissen. Omdat een commissaris geen bestuursverantwoordelijkheid draagt is het terecht dat hij niet op de stoel van de bestuurders gaat zitten. Het is dan ook verdedigbaar dat de commissaris informatie ontvangt die is toegespitst op zijn toezichthoudende rol, nadat het bestuur tot een (voorgenomen) besluit is gekomen. Ik meen dat – afgezien van de bestuursverantwoordelijkheid in een monistisch model – het perspectief van de toezichthouder in een monistisch en een dualistisch model niet wezenlijk verschilt. Indien een toezichthouder ontdekt dat een bestuurder zijn taak niet goed vervult, dan moet hij zich beraden op ingrijpen. Een onafhankelijke houding is in beide modellen noodzakelijk om goed toezicht te realiseren; zo'n houding kan echter in geen van beide modellen worden gegarandeerd via juridische voorschriften. Geen van beide modellen rechtvaardigt een tunnelvisie van de toezichthouders. Aangezien beide modellen uitgaan van hetzelfde perspectief, verwacht ik ook niet dat het ene model sneller tot een tunnelvisie zal leiden dan het andere.

Artikel 2:9 BW is van toepassing op de uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders van alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen. Ar-

[20] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2010-2011, 31 763, wet bestuur en toezicht, C, memorie van antwoord (3 mei 2011), p. 4-5.

tikel 2:149/259 BW verklaart artikel 2:9 BW van overeenkomstige toepassing op de commissarissen van een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een dualistisch model. Artikel 2:50a en 300a BW verklaren artikel 2:149 BW van overeenkomstige toepassing op een vereniging en een stichting zodat ook de leden van een toezichthoudend orgaan van een vereniging en een stichting onder het bereik van artikel 2:9 BW vallen, maar alleen ingeval van faillissement van een vereniging en een stichting (en alleen van een vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariele akte en die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen en alleen van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen).

bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen

[**8**] Ook bij verenigingen en stichtingen die een interne toezichthoudende functie willen creëren zijn verschillende modellen mogelijk.[21] In (de eerste variant van) het zogenoemde *raad van bestuur-model/raad van beheer-model* functioneren een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur, waarbij de leden van het dagelijks bestuur *tevens deel uitmaken* van het algemeen bestuur. Bepaalde, strategische, besluiten moeten op grond van de statuten worden genomen door het algemeen bestuur. Het dagelijks bestuur is als het ware een uitvoerend bestuur. In dit model hebben de leden van het algemeen bestuur die niet tevens deel uitmaken van het dagelijks bestuur tegenover het dagelijks bestuur ook een toezichthoudende en adviserende taak. Dit model heeft trekken van een monistisch model. In het zogenoemde *raad van toezicht-model/raad van commissarissen-model* functioneren een raad van commissarissen (vaak raad van toezicht genoemd) en een bestuur. Bepaalde, strategische, besluiten moeten op grond van de statuten worden goedgekeurd door de raad van toezicht. Voor het overige is het bestuur belast met het besturen van de vereniging of stichting. In dit model heeft de raad van toezicht tegenover het dagelijks bestuur ook een toezichthoudende en adviserende taak. Dit model heeft trekken van een dualistisch model. In (de tweede variant van) het zogenoemde *raad van bestuur-model/raad van beheer-model* zijn de bestuurstaken verdeeld over twee organen: een algemeen bestuur en een dagelijks bestuur, waarbij de leden van het dagelijks bestuur *geen deel uitmaken* van het algemeen bestuur. Bepaalde, strategische, besluiten moeten op grond van de statuten worden genomen door het alge-

[21] Vergelijk B.F. Assink (hoofdbewerker), *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1458-1459 en 1537-1538, J.B. Huizink, *Rechtspersoon, vennootschap en onderneming*, Deventer: Kluwer 2011, p. 132, 135 en 151, S.W.AM. Visée & M.J. van Uchelen-Schipper, 'Stichtingen en governance', in: M.J. van Uchelen-Schipper & S.W.AM. Visée, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 17-45.

meen bestuur. Het dagelijks bestuur is als het ware een uitvoerend bestuur. In dit model heeft het algemeen bestuur tegenover het dagelijks bestuur ook een toezichthoudende en adviserende taak. Dit model heeft trekken van zowel een monistisch model als een dualistisch model.[22]

Het wordt ingewikkeld wanneer de statuten van een vereniging of stichting in (de eerste variant van) het raad van bestuur-model/raad van beheer-model het algemeen bestuur aanduiden als bestuur en het dagelijks bestuur aanduiden als directie, wanneer de statuten van een vereniging of stichting in het raad van toezicht-model/raad van commissarissen-model de raad van toezicht aanduiden als bestuur en het bestuur aanduiden als directie, of wanneer de statuten van een vereniging of stichting in (de tweede variant van) het raad van bestuur-model/raad van beheer-model het algemeen bestuur aanduiden als bestuur en het dagelijks bestuur aanduiden als directie. Het wordt nog ingewikkelder wanneer naast het in de statuten van een vereniging of stichting genoemde bestuur een niet statutair geregelde directie functioneert waarbij de verhouding tussen het bestuur en de directie is geregeld in een 'directie-instructie'. Daarbij kan het zo zijn dat het bestuur zich de facto opstelt als een raad van toezicht die toezicht houdt op de niet statutair geregelde directie.[23]
Titel 2 van Boek 2 BW over de vereniging en Titel 6 van Boek 2 BW over de stichting gaan nauwelijks in op de bestuurstaak. Artikel 2:44 lid 1 en 2:291 lid 1 BW bepaalt voor de vereniging en de stichting slechts: 'Behoudens beperkingen volgens de statuten is het bestuur belast met het besturen van de [vereniging/stichting]'. Titel 2 en Titel 6 bevatten geen bepalingen die een monistisch model en een dualistisch model expliciet mogelijk ma-

[22] Het algemeen bestuur functioneert als een 'constituerend bestuur' en het dagelijks bestuur functioneert als een 'dirigerend' bestuur: L. Nouwen, 'Van democratisering naar professionalisering en commercialisering van het bestuur van zorginstellingen', in: L. Houwen, P. Bergkamp & L. Arends (redactie), *Governance en ondernemerschap in de zorg. Nieuwe bestuurlijke verantwoordelijkheden in de gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 2010, p.11-32 (16).

[23] Vergelijk R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen*, Assen: Van Gorcum 2013, p. 12-16, E.-M. Peeters, *Intern toezicht bij woningcorporaties: de vrijblijvendheid voorbij*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 16-18. De constructie met een in de statuten van een vereniging of stichting genoemd bestuur en een niet statutair geregelde directie wordt ook wel het 'instructiemodel' genoemd: L. Nouwen, 'Van democratisering naar professionalisering en commercialisering van het bestuur van zorginstellingen', in: L. Houwen, P. Bergkamp & L. Arends (redactie), *Governance en ondernemerschap in de zorg. Nieuwe bestuurlijke verantwoordelijkheden in de gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 2010, p.15-16, of het 'bestuur/directie-model' genoemd: B.F. Assink (hoofdbewerker), *Compendium Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1458-1459 en 1537-1538.

ken. Artikel 2:27 BW dat gaat over verenigingen waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte geeft over benoeming en ontslag alleen aan dat de statuten 'de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurders' moeten regelen (lid 4 onder e) en gaat niet in op benoeming en ontslag van leden van een interne toezichthoudende functie. Ook artikel 2:286 BW geeft over benoeming en ontslag alleen aan dat de statuten 'de wijze van benoeming en ontslag der bestuurders' moeten regelen (lid 4 onder c) en gaat evenmin in op benoeming en ontslag van leden van een interne toezichthoudende functie.

het ambtelijk voorontwerp *bestuur en toezicht rechtspersonen*

[**9**] Het ambtelijk voorontwerp *bestuur en toezicht rechtspersonen* bevat voorstellen tot wijziging van artikel 2:9 BW, de wijze waarop het monistische model en het dualistische model bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen is geregeld, en introduceert voor verenigingen en stichtingen de expliciete mogelijkheid een interne toezichthoudende functie te creëren in de vorm van een toezichthoudend orgaan (maar introduceert voor verenigingen en stichtingen niet het monistische model).[24] Volgens de preambule staan deze voorstellen in het kader van de wenselijkheid 'de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen te verbeteren en daartoe enkele regels inzake bestuur, toezicht en tegenstrijdig belang voor alle rechtspersonen te uniformeren alsmede enkele specifiek voor stichtingen geldende bepalingen te introduceren'. Het ambtelijk voorontwerp gaat niet in op de beide varianten van het raad van bestuur-model/raad van beheer-model die bij verenigingen en stichtingen voorkomen.

In artikel 2:9 lid 1 BW wordt een korte zinswending toegevoegd over de taakvervulling van bestuurders (zij moeten zich richten 'naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie') en aan artikel 2:9 BW wordt en derde lid toegevoegd over besluitvorming ingeval een bestuurder een tegenstrijdig belang heeft met de rechtspersoon. Het ambtelijk voorontwerp formuleert artikel 2:9 BW als volgt:

[24] Voorstel van wet (ambtelijk voorontwerp) tot Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen); <www.internetconsultatie.nl>, zoeken (invullen: wet bestuur en toezicht rechtspersonen). Vergelijk R. Analbers & K. Harmsen, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de zorg', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 57-66, L.G.H.J. Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur*, 2014-1, p. 5-10.

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen 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.
3. Een bestuurder neemt niet deel aan de beraadslaging en de besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 1. Wanneer hierdoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door het toezichthoudend orgaan. Bij ontbreken van een toezichthoudend orgaan wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de wet of de statuten anders bepalen.

Artikel 2:9 BW is van toepassing op de uitvoerende bestuurders en de niet uitvoerende bestuurders van alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.

Het ambtelijk voorontwerp introduceert een nieuw artikel 2:9a BW dat de inhoud van artikel 2:9 BW overneemt voor de leden van een toezichthoudende orgaan van een rechtspersoon. Het ambtelijk voorontwerp formuleert artikel 2:9a BW als volgt:

1. Elk lid van het toezichthoudend orgaan is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak en zich daarbij te richten naar het belang van de rechtspersoon en de met hem verbonden organisatie.
2. Elk lid van het toezichthoudend orgaan draagt verantwoordelijkheid voor het toezicht op het bestuur en de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk ter zake van onbehoorlijk toezicht, tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk toezicht af te wenden.
3. Een lid van het toezichthoudend orgaan neemt niet deel aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in lid 1. Wanneer het toezichthoudend orgaan hierdoor geen besluit kan nemen, wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de wet of de statuten anders bepalen.

Artikel 2:9a BW is van toepassing op de leden van een toezichthoudend orgaan van alle in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen.

Voor de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap hebben de voorgestelde artikelen 2:9 en 2:9a BW tot gevolg dat artikel 2:129/239 en 140/250 BW worden ingekort. In artikel 2:129/239 BW vervallen de leden 5 en 6. In artikel 2:140/250 BW vervalt in lid 2 de zin 'Bij de vervulling van hun taak richten de commissarissen zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming' en vervalt lid 5.

Het ambtelijk voorontwerp geeft het raad van toezicht-model bij verenigingen en stichtingen een wettelijke basis. Volgens het ambtelijk voorontwerp luidt artikel 2:47 BW over de vereniging als volgt:

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat er een toezichthoudend orgaan zal zijn. Het toezichthoudend orgaan bestaat uit een of meer natuurlijke personen.
2. Het toezichthoudend orgaan heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en de algemene gang van zaken in de vereniging en de met haar verbonden organisatie. Het toezichthoudend orgaan staat het bestuur met raad terzijde.
3. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is het toezichthoudend orgaan bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en de bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden bevatten.
4. De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduid lid van het toezichthoudend orgaan meer dan één stem wordt toegekend. Een lid van het toezichthoudend orgaan kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere leden tezamen.
5. Tenzij de statuten anders bepalen, kan de algemene vergadering de leden van het toezichthoudend orgaan een bezoldiging toekennen.
6. Tenzij de statuten de leden van het toezichthoudend orgaan stemrecht toekennen, hebben zij als zodanig in de algemene vergadering slechts een raadgevende stem.
7. Het bestuur verschaft het toezichthoudend orgaan tijdig de voor de uitoefening van diens taak benodigde gegevens.

Daarnaast bepaalt het ambtelijk voorontwerp in artikel 2:47a lid 1 BW dat artikel 2:37 BW dat de benoeming, het ontslag en de schorsing van verenigingsbestuurders regelt van overeenkomstige toepassing is op de benoeming van de leden van het toezichthoudend orgaan van een vereniging.

En volgens het ambtelijk voorontwerp luidt artikel 2:292a BW over de stichting als volgt:

1. Bij de statuten kan worden bepaald dat er een toezichthoudend orgaan zal zijn. Het toezichthoudend orgaan bestaat uit één of meer natuurlijke personen.

2. Het toezichthoudend orgaan heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in de stichting en de met haar verbonden organisatie. Het toezichthoudend orgaan staat het bestuur met raad terzijde.
3. Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is het toezichthoudend orgaan bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen. De statuten kunnen aanvullende bepalingen omtrent de taak en bevoegdheden van het toezichthoudend orgaan en zijn leden bevatten.
4. De statuten kunnen bepalen dat een met name of in functie aangeduid lid van het toezichthoudend orgaan meer dan één stem wordt toegekend. Een lid van het toezichthoudend orgaan kan niet meer stemmen uitbrengen dan de andere leden tezamen.
5. Indien alle leden van het toezichthoudend orgaan een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in artikel 9a lid 1, legt het toezichthoudend orgaan, in afwijking van artikel 9a lid 3, de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vast, tenzij de statuten anders bepalen.
6. Indien de statuten daartoe de mogelijkheid openen, kan het toezichthoudend orgaan de leden van het toezichthoudend orgaan als zodanig een bezoldiging toekennen.
7. Het bestuur verschaft het toezichthoudend orgaan tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens.

Daarnaast:
- regelt artikel 2:286 BW over benoeming en ontslag niet langer alleen dat de statuten ‘de wijze van benoeming en ontslag der bestuurders’ moeten regelen maar dat de statuten ‘de wijze van benoeming en ontslag van de bestuurders en van de leden van het toezichthoudend orgaan indien dat is ingesteld’ moeten regelen,
- wordt een nieuw derde lid aan artikel 2:291 BW toegevoegd: ‘Indien alle bestuurders een direct of indirect persoonlijk belang hebben dat tegenstrijdig is met het belang bedoeld in artikel 9 lid 1 en een toezichthoudend orgaan ontbreekt, legt het bestuur in afwijking van artikel 9 lid 3 de overwegingen die aan het besluit ten grondslag liggen schriftelijk vast, tenzij de statuten anders bepalen’, en:
- kan een bestuurder van een stichting op grond van artikel 2:298 lid 1 BW op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie door de rechtbank worden ontslagen indien ‘hij het belang van de stichting en de met haar verbonden organisatie zodanig schaadt of heeft geschaad dat het voortduren van zijn bestuurderschap in redelijkheid niet kan worden geduld’.

HOOFDSTUK 3
NEDERLAND - 'CODELAND'

A. WONINGCORPORATIES: DE GOVERNANCECODE WONINGCORPORATIES 2015

inleiding

[**10**] Op 12 mei 2011 heeft de regering het wetsvoorstel tot Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting) aangeboden aan de Tweede Kamer,[25] en op 19 juni 2014 heeft de regering het wetsvoorstel tot Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting aangeboden aan de Tweede Kamer.[26] Deze wetsvoorstellen leiden tot wijziging van de Woningwet die onder meer de positie van woningcorporaties regelt: woningcorporaties is de term die wordt gebruikt voor de krachtens de Woningwet toegelaten instellingen. De Tweede Kamer heeft de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting op 5 juli 2012 aangenomen en aan de Eer-

[25] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010–2011, 32 769, Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting), nr 2, voorstel van wet (12 mei 2011), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 769, Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Nederlandse Autoriteit toegelaten instellingen volkshuisvesting (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting), nr 1, Koninklijke boodschap (12 mei 2011).

[26] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013-2014, 33 966, Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, nr 2, voorstel van wet (19 juni 2014), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013-2014, 33 966, Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, nr 1, Koninklijke boodschap (19 juni 2014).
Vergelijk B. Kemp & K. Schwarz, 'Het ledenverbod, de governance van stichtingen en het Wetsvoorstel "Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting"', *Ondernemingsrecht* 2013-17, p. 609-618, E.-M. Peeters, *Intern toezicht bij woningcorporaties: de vrijblijvendheid voorbij*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 18-19, M. van Olffen & N. M. van Dijk, 'Een ingrijpende verbouwing voor woningcorporaties!', *Ondernemingsrecht* 2013-6, p. 223-229, W.N. Schreuder en J.H. Broek, 'Wijziging van deWoningwet: governance van "toegelaten instellingen"', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur* 2013-3, p. 86-94. Vergelijk ook: *Kamerstukken II*, Parlementaire enquête Woningcorporaties, 33 606.

ste Kamer gestuurd,[27] en de Tweede Kamer heeft de Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting op 11 december 2014 aangenomen en aan de Eerste Kamer gestuurd.[28] De Eerste Kamer heeft de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting en de Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting op 17 maart 2015 aangenomen.[29] Artikel 19 lid 1 van de (gewijzigde) Woningwet bepaalt: 'Onze Minister kan verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen die zich ten doel stellen uitsluitend op het gebied van de volkshuisvesting werkzaam te zijn en beogen hun financiële middelen uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting in te zetten, toelaten als instellingen, uitsluitend in het belang van de volkshuisvesting werkzaam'. Artikel 19 lid 3 geeft aan dat de minister toelating kan weigeren als:

'a. de vereniging of de stichting niet voldoet aan het bepaalde bij of krachtens het eerste lid;
b. de vereniging of de stichting naar zijn oordeel niet voldoende financieel draagkrachtig is of haar financiële continuïteit niet voldoende is gewaarborgd;
c. sprake is van gebreken in de akte van oprichting van de vereniging of de stichting',

en:

'e. aan de statuten van de vereniging of de stichting het recht kan worden ontleend tot het verkrijgen van de eigendom van de onroerende zaken of hun onroerende en infrastructurele aanhorigheden van de vereniging of de stichting op een wijze die met het bepaalde bij en krachtens deze wet in strijd is of

[27] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011–2012, 32 769, Herziening van de regels over toegelaten instellingen en instelling van een Financiële Autoriteit woningcorporaties (Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting), A, gewijzigd voorstel van wet (5 juli 2012).

[28] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2014–2015, 33 966, Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, F, gewijzigd voorstel van wet (11 december 2014).

[29] Publicatie heeft plaatsgevonden in *Stb.* 2015/145 en *Stb.* 2015/146. In verband met de samenhang tussen beide wetsvoorstellen heeft de regering op 17 december 2014 een brief aan de Eerste Kamer gestuurd (*Kamerstukken I*, vergaderjaar 2014–2015, 33 966, Wijziging van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, G, brief van de Minister voor Wonen en Rijksdienst (17 december 2014)); een bijlage bij de brief bevat een geconsolideerde tekst van de twee wetsvoorstellen ('Tekst van de Herzieningswet toegelaten instellingen volkshuisvesting, zoals die zou komen te luiden na aanvaarding van de novelle en de aangenomen amendementen daarop').

f. die toelating naar zijn oordeel anderszins niet in het belang van de volkshuisvesting is te achten'.

Artikel 24 lid bepaalt over het bestuur van een woningcorporatie: 'Het bestuur van een toegelaten instelling die een stichting is, is bevoegd de statuten te wijzigen, tenzij de statuten een ander daartoe bevoegd orgaan aanwijzen. Bij een toegelaten instelling die een vereniging is, is de algemene vergadering bevoegd de statuten te wijzigen, op voorstel van het bestuur'. Artikel 25 lid 1, 2 en 3 bepaalt over het bestuur:

1. De benoeming van bestuurders geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting. Opvolgende bestuurders worden door de raad van toezicht benoemd. […]
2. Alvorens de raad van toezicht bestuurders die natuurlijke personen zijn benoemt, verzoekt de toegelaten instelling Onze Minister om zijn zienswijze op de geschiktheid van die personen voor het lidmaatschap van het bestuur en de betrouwbaarheid van die personen aan haar kenbaar te maken. […] Een benoeming als bedoeld in de eerste volzin zonder dat Onze Minister daarover een positieve zienswijze heeft uitgebracht is, indien dat niet het gevolg is van zijn handelen of nalaten, strijdig met het belang van de volkshuisvesting. Bij algemene maatregel van bestuur worden voorschriften gegeven omtrent de geschiktheid van natuurlijke personen voor het lidmaatschap van het bestuur en de betrouwbaarheid van die personen. […]
3. Een bestuurder die een natuurlijke persoon is wordt benoemd voor een periode van ten hoogste vier jaar, en kan steeds voor een periode van ten hoogste vier jaar worden herbenoemd.

In verband met artikel 25 lid 2 bepaalt artikel 29b: 'Het bestuur voorziet in het behouden en ontwikkelen van de kennis en de vaardigheden die met inachtneming van het bij en krachtens deze wet bepaalde noodzakelijk zijn voor het geschikt blijven van natuurlijke personen voor het lidmaatschap van het bestuur'. Artikel 25 lid 4 bevat voor bestuurders een aantal incompatibiliteiten: 'Het lidmaatschap van het bestuur is onverenigbaar met: a. het lidmaatschap van het bestuur van een andere toegelaten instelling; b. het lidmaatschap van een ander orgaan van, en een andere functie bij, een toegelaten instelling; c. het lidmaatschap van het bestuur van een andere rechtspersoon of vennootschap, tenzij die rechtspersoon of vennootschap:
1º. een dochtermaatschappij is of
2º. op het maatschappelijke belang gerichte werkzaamheden verricht, de raad van toezicht met dat lidmaatschap heeft ingestemd en, indien van toepassing, is voldaan aan de door de raad van toezicht daarbij gestelde voorwaarden;
d. het eerdere lidmaatschap van het bestuur of de raad van toezicht van een toegelaten instelling of haar directe rechtsvoorganger, indien ten tijde van dat lidmaatschap in verband met een ondeugdelijke bedrijfsvoering aan die

toegelaten instelling een aanwijzing […] is gegeven of een maatregel […] is opgelegd; e. het lidmaatschap van een college van burgemeester en wethouders of van een orgaan van een organisatie die zich ten doel stelt de belangen van gemeenten te behartigen; f. het lidmaatschap van een college van gedeputeerde staten of van een orgaan van een organisatie die zich ten doel stelt de belangen van provincies te behartigen; g. het lidmaatschap van een dagelijks bestuur van een waterschap of van een orgaan van een organisatie die zich ten doel stelt de belangen van waterschappen te behartigen en h. een functie als ambtenaar bij het Rijk, een provincie, een gemeente of een waterschap en enige andere functie, indien de aan die functie verbonden werkzaamheden meebrengen dat een betrokkenheid ontstaat of kan ontstaan bij de werkzaamheden van de toegelaten instelling of bij de ontwikkeling of de uitvoering van het overheidsbeleid op het terrein van de volkshuisvesting'.

Artikel 30 lid 1, 2, 3 en 4 bepaalt over de raad van toezicht:

1. De toegelaten instelling heeft een raad van toezicht. De raad bestaat uit drie of meer commissarissen die natuurlijke personen zijn.
2. De benoeming van commissarissen geschiedt voor de eerste maal bij de akte van oprichting. Opvolgende commissarissen worden benoemd door de raad van toezicht.
3. Alvorens de raad van toezicht commissarissen benoemt, verzoekt de toegelaten instelling Onze Minister om zijn zienswijze op de geschiktheid van de betrokken personen voor het lidmaatschap van de raad van toezicht en de betrouwbaarheid van die personen aan haar kenbaar te maken. […] Een benoeming als bedoeld in de eerste volzin zonder dat Onze Minister daarover een positieve zienswijze heeft uitgebracht is, indien dat niet het gevolg is van zijn handelen of nalaten, strijdig met het belang van de volkshuisvesting. Bij algemene maatregel van bestuur worden voorschriften gegeven omtrent de geschiktheid van personen voor het lidmaatschap van de raad van toezicht en de betrouwbaarheid van die personen. […]
4. Een commissaris wordt benoemd voor een periode van ten hoogste vier jaar, en kan een maal voor een periode van ten hoogste vier jaar worden herbenoemd.

In verband met artikel 30 lid 3 bepaalt artikel 31 lid 2: 'De raad van toezicht voorziet in het behouden en ontwikkelen van de kennis en de vaardigheden die met inachtneming van het bij en krachtens deze wet bepaalde noodzakelijk zijn voor het geschikt blijven van personen voor het lidmaatschap van de raad van toezicht'. Artikel 30 lid 6 bevat voor bestuurders een aantal incompatibiliteiten: 'Het lidmaatschap van de raad van toezicht is onverenigbaar met: a. het lidmaatschap van een bestuur van een toegelaten instelling; b. het eerdere lidmaatschap van het bestuur van de toegelaten instelling of haar directe rechtsvoorganger; c. het eerdere lidmaatschap van de raad van toezicht van een toegelaten instelling of haar directe rechtsvoorganger, in-

dien ten tijde van dat lidmaatschap in verband met een ondeugdelijke bedrijfsvoering aan die toegelaten instelling een aanwijzing […] is gegeven of een maatregel […] is opgelegd; d. het lidmaatschap van enige raad van toezicht, raad van commissarissen of dienovereenkomstige andere toezichthoudende instantie, indien een ander lid van de raad van toezicht van de betrokken toegelaten instelling zitting heeft in die zodanige raad of instantie; e. het lidmaatschap van een orgaan van, en een functie bij, een andere rechtspersoon of vennootschap die op het maatschappelijke belang gerichte werkzaamheden verricht, indien een bestuurder van de toegelaten instelling bestuurder is van die rechtspersoon of vennootschap; f. het lidmaatschap van een college van burgemeester en wethouders van een gemeente waar de toegelaten instelling haar woonplaats heeft of feitelijk werkzaam is, of van een orgaan van een organisatie die zich ten doel stelt de belangen van gemeenten te behartigen; g. het lidmaatschap van een college van gedeputeerde staten van een provincie waar de toegelaten instelling haar woonplaats heeft of feitelijk werkzaam is, of van een orgaan van een organisatie die zich ten doel stelt de belangen van provincies te behartigen; h. het lidmaatschap van een dagelijks bestuur van een waterschap waar de toegelaten instelling haar woonplaats heeft of feitelijk werkzaam is, of van een orgaan van een organisatie die zich ten doel stelt de belangen van waterschappen te behartigen, en i. een functie als ambtenaar bij het Rijk, een provincie, een gemeente of een waterschap en enige andere functie, indien de aan die functie verbonden werkzaamheden meebrengen dat een betrokkenheid ontstaat of kan ontstaan bij de werkzaamheden van de toegelaten instelling of bij de ontwikkeling of de uitvoering van het overheidsbeleid op het terrein van de volkshuisvesting'.

De Wet op het overleg huurders verhuurder regelt de bevoegdheden van de huurdersorganisatie en de bewonerscommissie. Een huurdersorganisatie is een 'vereniging of stichting, die als doelstelling heeft het behartigen van de belangen van huurders', waarvan a) het bestuur wordt gekozen of aangewezen door en uit de huurders die zij vertegenwoordigt, b) die de huurders op de hoogte houdt van haar activiteiten en hen betrekt bij haar standpuntbepaling, c) die ten minste eenmaal per jaar een vergadering uitschrijft voor de huurders, waarin zij verantwoording aflegt van haar activiteiten in het verstreken jaar, haar plannen voor het eerstvolgende jaar bespreekt en deze vaststelt, en d) die alle huurders van de woongelegenheden of wooncomplexen, waarvoor zij de belangen behartigt, in de gelegenheid stelt om zich bij haar aan te sluiten (artikel 1 lid 1 onder f). Een bewonerscommissie is een 'commissie van bewoners van huurwoningen in een wooncomplex, niet zijnde een huurdersorganisatie, die de belangen behartigt van de huurders van dat wooncomplex', die a) de huurders op de hoogte houdt van haar activiteiten en hen betrekt bij haar standpuntbepaling, b) ten minste eenmaal per jaar een vergadering uitschrijft voor de huurders, waarin zij verantwoording aflegt van haar activiteiten in het verstreken jaar, haar plannen voor het

eerstvolgende jaar bespreekt en deze vaststelt, en c) alle huurders van de woongelegenheden of wooncomplexen, waarvoor zij de belangen behartigt, in de gelegenheid stelt om zich bij haar aan te sluiten (artikel 1 lid 1 onder g). Hoofdstuk 2 van de Wet op het overleg huurders verhuurder gaat over 'Recht op informatie, overleg en advies'. Artikel 3 lid 1 bepaalt: 'De verhuurder informeert de huurder, de betrokken bewonerscommissie en de betrokken huurdersorganisatie op verzoek zo spoedig mogelijk schriftelijk over zijn beleid en beheer, dat rechtstreeks te maken heeft met de betrokken woongelegenheden of wooncomplexen en de woonomgeving daarvan, dat rechtstreeks van invloed is op de woon- en leefsituatie van de betrokken huurders, alsmede dat voor hen van wezenlijk belang kan zijn'. En artikel 3 lid 2 bepaalt:

Dit recht op informatie omvat in elk geval informatie over de volgende onderwerpen:
a. het in stand houden van en het treffen van voorzieningen aan woongelegenheden en de direct daaraan grenzende omgeving;
b. het slopen, renoveren, verwerven, vervreemden en bezwaren van woongelegenheden;
c. het toewijzings- en verhuurbeleid;
d. de door de verhuurder in het algemeen te hanteren voorwaarden van de overeenkomst van huur en verhuur;
e. het beleid inzake de huurprijzen;
f. de samenstelling, het kwaliteitsniveau en de prijs van het door de verhuurder aan te bieden pakket van diensten die rechtstreeks verband houden met de bewoning, het betrekken van een woongelegenheid en het huisvesten van personen;
g. een voorstel tot een fusie […];
h. het beleid inzake de leefbaarheid in de buurten en wijken waar de betrokken woongelegenheden of wooncomplexen zijn gelegen, alsmede inzake herstructurering van die buurten of wijken;
i. het beleid inzake het bijdragen aan het tot stand brengen van huisvesting voor ouderen, gehandicapten en personen die zorg of begeleiding behoeven;
j. overeenkomsten met betrekking tot servicekosten […] en overeenkomsten met betrekking tot het beheer van het verhuurde;
k. de uitspraken van de klachtencommissie van de verhuurder;
l. de beoogde inhoud van prestatieafspraken tussen de verhuurder en één of meerdere gemeenten in geval van onderhandelingen over zulke prestatieafspraken.

Artikel 4 lid 1 bepaalt: 'De verhuurder informeert de betrokken huurdersorganisatie en de betrokken bewonerscommissie eigener beweging schriftelijk over zijn voornemens tot wijzigingen in het door hem gevoerde beleid of beheer, bedoeld in artikel 3, tweede lid'. En artikel 5 lid 1 bepaalt: 'De verhuurder voert een voornemen tot wijziging in het door hem gevoerde beleid

of beheer, bedoeld in artikel 3, tweede lid, niet uit dan nadat hij binnen een door hem aan te geven periode van ten minste zes weken na het verstrekken van de informatie overeenkomstig artikel 4, de huurdersorganisatie of de bewonerscommissie in staat heeft gesteld met hem over de verstrekte informatie overleg te voeren en, indien de huurdersorganisatie of de bewonerscommissie dat wenst, daarover een schriftelijk advies uit te brengen'. Artikel 5a gaat over 'advies': 'De verhuurder voert een voornemen tot wijziging in het door hem gevoerde beleid ten aanzien van de vaststelling van servicekosten […] slechts uit met voorafgaande instemming van de huurdersorganisatie'.

Artikel 30 lid 9 en 10 van de (gewijzigde) Woningwet luidt:

9. De statuten bepalen in elk geval, dat:
a. de in het belang van de huurders van woongelegenheden van de toegelaten instelling werkzame huurdersorganisaties als bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel f, van de Wet op het overleg huurders verhuurder gezamenlijk het recht hebben een bindende voordracht te doen voor twee of meer commissarissen, indien de raad van toezicht uit vijf of meer commissarissen bestaat, dan wel een bindende voordracht te doen voor één commissaris, indien die raad uit drie of vier commissarissen bestaat;
b. indien er geen zodanige huurdersorganisatie is, het in onderdeel a bedoelde voordrachtsrecht berust bij de huurders van de woongelegenheden van de toegelaten instelling gezamenlijk;
c. de raad van toezicht bij de benoeming van commissarissen niet aan een voordracht als bedoeld in onderdeel a voorbijgaat, tenzij door die benoeming in strijd met het bepaalde bij of krachtens dit artikel zou worden gekomen, of tenzij de algemene vergadering van een toegelaten instelling die een vereniging is het bindende karakter aan die voordracht heeft ontnomen, in welke gevallen de raad van toezicht hetzelfde aantal commissarissen uit de kring van huurders van woongelegenheden van toegelaten instellingen of uit de kring van huurdersorganisaties als bedoeld in onderdeel a benoemt als het aantal waarop die voordracht betrekking had;
d. die algemene vergadering slechts besluit om het bindende karakter aan een voordracht als bedoeld in onderdeel a te ontnemen, indien op die vergadering een aantal stemmen kan worden uitgebracht dat ten minste de helft bedraagt van het aantal stemmen dat door de stemgerechtigden gezamenlijk kan worden uitgebracht, en
e. indien geen voordracht is gedaan als bedoeld in onderdeel a of b, de raad van toezicht er zorg voor draagt dat hetzelfde aantal commissarissen uit de huurders van de woongelegenheden van de toegelaten instelling wordt benoemd als waarop een zodanige voordracht betrekking zou kunnen hebben gehad, met dien verstande dat door die benoeming niet in strijd met het bepaalde bij of krachtens dit artikel mag worden gekomen.

10. Het aantal op grond van het negende lid, onderdeel a of b, voorgedragen commissarissen of het aantal op grond van het negende lid, onderdeel e, benoemde commissarissen, is zodanig, dat zij tezamen ten minste een derde deel en niet de meerderheid van de raad van toezicht kunnen uitmaken.

In artikel 39 van de (gewijzigde) Woningwet staat: 'Onze Minister en de huurdersorganisaties, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel f, van de Wet op het overleg huurders verhuurder, zijn naast degenen, genoemd in artikel 346 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, bevoegd tot het indienen van een verzoek als bedoeld in artikel 345 van dat boek'.

de Governancecode woningcorporaties 2015

[**11**] Aedes, vereniging van woningcorporaties en VTW, Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties, hebben in april 2015 de Governancecode woningcorporaties 2015 gepubliceerd.[30] De code bestaat (na het Voorwoord) uit de Preambule, de Governancecode 2015 die bestaat uit vijf delen met principes en bepalingen waarin die principes worden uitgewerkt (waarover de Preambule zegt: 'De code kent vijf principes. De principes vullen elkaar aan en moeten in samenhang worden bezien. Elk principe is uitgewerkt in een aantal bepalingen'), en vier bijlagen. De Preambule omschrijft woningcorporaties als 'maatschappelijke ondernemingen, dat wil zeggen private ondernemingen die met een maatschappelijke opdracht een volkshuisvestelijke taak uitvoeren': 'Het realiseren van de maatschappelijke doelen staat voorop, met de financiële continuïteit van de organisatie als randvoorwaarde. Corporaties bepalen hun doelen op basis van legitieme criteria1 en richten hun organisatie efficiënt, sober en kosteneffectief in zodat huurders met de laagste inkomens een zo laag mogelijke huurlast hebben'. Naleving van de code gebeurt deels op basis van het 'pas toe of leg uit'-(*comply or explain*-)beginsel: 'De principes zijn concreet uitgewerkt in bepalingen. Hieraan dienen corporaties zich te houden. In lijn met nieuwe wetgeving en om de kwaliteit en transparantie van handelen van bestuur en RvC te bevorderen is afwijking met "leg uit" op een aantal bepalingen niet mogelijk, hiervoor geldt "pas toe"'.[31] De principes en de bepalingen waarin die principes worden uitgewerkt luiden:[32]

Principe 1: Leden van bestuur en RvC hanteren waarden en normen die passen bij de maatschappelijke opdracht.
Voor bestuur en RvC staat het behalen van maatschappelijke resultaten voorop. Dat vraagt om organisaties met een integere en open cultuur waar-

[30] <www.aedes.nl>, dossiers, over corporaties, governance en integriteit.

[31] Vergelijk P.J.B. Teeuwes, 'Woningcorporaties: governance en compliance zonder aandeelhouders', *Onderneming en Financiering* 2011-2, p. 24-41.

[32] Voetnoten weggelaten.

binnen ruimte is voor reflectie en tegenspraak. Bestuur en RvC hebben daarbij een voorbeeldfunctie voor zowel hun eigen corporatie als voor de gehele sector.

Hierbij gelden de volgende bepalingen waarbij voor de vet gedrukte bepalingen alleen 'pas toe' geldt. Voor de overige bepalingen geldt dat daarvan kan worden afgeweken als dit tot een beter maatschappelijk resultaat leidt:

1.1 Bestuur en RvC hebben een visie op besturen en toezicht houden, waarbij wordt ingegaan op de verantwoordelijkheid voor het realiseren van de doelstellingen, de strategie, het beleid, de financiering en de onderlinge wisselwerking in rollen. De RvC beschrijft hierin zijn rollen (werkgever, toezichthouder en klankbord) en taakuitoefening als intern toezichthouder.

1.2 Bestuur en RvC zijn zich bewust van hun voorbeeldfunctie. Hun gedrag is van invloed op het functioneren en de reputatie van de organisatie en de gehele sector. Bestuur en RvC besteden aandacht aan het intern en extern communiceren van kernwaarden en zorgen voor bekendheid van de Governancecode 2015. Het aspect 'voorbeeldfunctie' is een belangrijk onderdeel van het introductieprogramma voor nieuwe bestuurders en commissarissen.

1.3 Het bestuur streeft een cultuur na en schept voorwaarden voor het zorgvuldig voorbereiden en nemen van besluiten en voor het uitoefenen van toezicht daarop5.

1.4 Het bestuur zorgt voor een interne gedrags- of integriteitscode en een klokkenluidersregeling en publiceert deze op de website van de corporatie. Deze code beschrijft waarden en normen die medewerkers in acht moeten nemen.

1.5 Het bestuur brengt ten minste eenmaal per jaar verslag uit aan de RvC over de ingediende klachten bij de corporatie. In dit verslag geeft het bestuur een toelichting over de aard van de klachten, de mate waarin diverse klachten een gemene deler hebben en hoe de klachten zijn opgevolgd. In het jaarverslag wordt hiervan een samenvatting opgenomen.

1.6 Een kritische en open geest is van belang om het werk als bestuurder en commissaris te kunnen doen. Daarnaast zijn durf, onafhankelijk denken, samenwerkingsbereidheid en oog en respect voor elkaars rollen nodig voor een gezonde cultuur waarin groepsdenken wordt vermeden.

1.7 Leden van bestuur en RvC dragen actief bij aan voorwaarden die goede besluitvorming mogelijk maken. Daarbij gaat het onder meer om onderling respect, goed luisteren, een open oog voor andere invalshoeken met als doel te komen tot gezamenlijke opvattingen.

1.8 Leden van bestuur en RvC blijven hun kennis ontwikkelen door middel van trainingen en cursussen. Daarbij wordt aandacht besteed aan gewenst gedrag. De afgesproken Permanente Educatie-systematiek is hierop van toepassing. In het jaarverslag worden in het verslagjaar behaalde PE-punten van bestuur en RvC vermeld.

Principe 2: Bestuur en RvC zijn aanspreekbaar en leggen actief verantwoording af

Het bestuur is aanspreekbaar op en legt verantwoording af over de maatschappelijke en financiële prestaties van de woningcorporatie als geheel, alsmede over de strategische keuzes die zijn gemaakt. De RvC is aanspreekbaar op en legt verantwoording af over het gehouden toezicht.

Corporaties leggen over hun prestaties niet alleen verantwoording af aan bewoners maar ook aan gemeenten en andere maatschappelijke organisaties. De brede maatschappelijke verantwoordelijkheid vraagt om open en transparant bestuur en goed toezicht. Dat is een voorwaarde voor vertrouwen in de corporatiesector.

Corporaties leggen hun maatschappelijke, operationele en financiële doelen vast. Dit is de basis voor het afleggen van verantwoording, waarbij een duidelijke rolverdeling tussen bestuur en RvC geldt. Het bestuur is primair verantwoordelijk voor het behalen van resultaat en de RvC legt verantwoording af over het gevoerde toezicht. Hierbij gelden de volgende bepalingen waarbij voor de vet gedrukte bepalingen alleen 'pas toe' geldt.

2.1 Het bestuur legt in het strategisch ondernemingsplan vast wat zij ziet als haar maatschappelijke, operationele en financiële doelen. Dit wordt vastgesteld door het bestuur en goedgekeurd door de RvC. De vastgestelde doelen zijn de uitkomst van een zorgvuldig en transparant proces waarbij de corporatie de mening betrekt van belanghebbende partijen. In volgorde van belang: de (toekomstige) bewoners, de gemeente en andere belanghebbende partijen. De corporatie is eindverantwoordelijk voor de afweging van belangen en de keuzes die op basis daarvan gemaakt worden (zie ook principe 4).

2.2 Het bestuur legt de wijze van besluitvorming over majeure onderwerpen en de bijbehorende rolverdeling tussen bestuur en RvC, voor zover niet expliciet geregeld in de wet en/of in de statuten, vast in een bestuursreglement.

2.3 In het jaarverslag rapporteert het bestuur over de gerealiseerde maatschappelijke, operationele en financiële resultaten van de corporatie. Daarbij wordt ook aandacht gegeven aan de doelmatigheid van de corporatie (efficiëntie) en de mate waarin de corporatie in staat is haar maatschappelijke taak op langere termijn te vervullen (continuïteit). Het jaarverslag wordt openbaar gemaakt.

2.4 Woningcorporaties laten hun maatschappelijke prestaties minimaal eens per vier jaar onderzoeken door een door de SVWN [Stichting Visitatie Woningcorporaties Nederland] geaccrediteerd visitatiebureau. Het visitatierapport wordt op de website van de woningcorporatie geplaatst, samen met een reactie daarop van bestuur en RvC. Het visitatierapport wordt besproken met huurdersorganisaties en B&W van de gemeente als belanghebbenden.

Principe 3: Bestuur en RvC zijn geschikt voor hun taak
Het vervullen van de maatschappelijke opdracht van woningcorporaties vraagt om deskundige bestuurders en toezichthouders, die permanent investeren in hun kennis en kunde. Daartoe moeten bestuur en RvC zodanig zijn samengesteld dat leden elkaar aanvullen en scherp houden.

3A. Het bestuur is geschikt voor zijn taak
Het bestuur is verantwoordelijk voor het behalen van maatschappelijke, operationele en financiële resultaten. Het bestuur wordt benoemd door en legt verantwoording af aan de RvC. Bij de uitvoering van zijn taak laat het bestuur zich primair leiden door de doelstelling van de corporatie. Het bestuur verschaft de RvC tijdig de informatie die nodig is voor het uitoefenen van goed toezicht.

Hierbij gelden de volgende bepalingen waarbij voor de vet gedrukte bepalingen alleen 'pas toe' geldt. Voor de overige bepalingen geldt dat daarvan kan worden afgeweken als dit tot een beter maatschappelijk resultaat leidt:
3.1 Het bestuur is geschikt voor zijn taak volgens de actuele geschiktheidsnorm ten aanzien van onder meer deskundigheid, competenties, bestuurlijke ervaring, onafhankelijk denken en kritisch vermogen. Indien het bestuur uit meerdere leden bestaat, worden de taken binnen het bestuur verdeeld. Deze taakverdeling wordt op de website geplaatst en in het jaarverslag opgenomen.
3.2 De RvC is verantwoordelijk voor de werving en selectie van bestuursleden en neemt daarbij de vigerende regelgeving in acht. De RvC maakt daartoe een profielschets waarbij de input van werknemers, bewonersorganisatie en eventueel andere belanghebbenden wordt betrokken.
3.3 Een bestuurder wordt door de RvC benoemd, geschorst en ontslagen. Bij benoeming worden de wettelijke termijnen in acht genomen.
3.4 Bestuursleden mogen in de drie jaar voorafgaand aan de benoeming tot bestuurder geen lid zijn geweest van de RvC van de woningcorporatie. Uitzondering hierop vormt het tijdelijk voorzien in het bestuur door een lid van de RvC bij belet en ontstentenis van bestuurders als bedoeld in 3.28.
3.5 De RvC stelt het beloningsbeleid van het bestuur vast conform de vigerende wettelijke kaders. Dit beleid, inclusief de beloning, wordt zowel in het jaarverslag als op de website van de woningcorporatie gepubliceerd.
3.6 De woningcorporatie verstrekt bestuursleden onder geen beding persoonlijke leningen, financiële garanties of andere financiële voordelen die niet vallen onder het beloningsbeleid.
3.7 Bestuursleden zijn verantwoordelijk voor het voorkomen van belangenverstrengeling en dienen ook de schijn daarvan te vermijden. Bestuursleden mogen onder geen voorwaarde activiteiten ontplooien die in concurrentie treden met de woningcorporatie, schenkingen aannemen

van de corporatie en haar relaties, of derden op kosten van de woningcorporatie voordelen verschaffen. Deze eisen worden voorzien van normen vastgelegd in de interne gedrags- of integriteitscode.
3.8 Bestuursleden melden een (mogelijk) tegenstrijdig belang direct aan de RvC en de overige leden van het bestuur. Daarbij geeft het bestuurslid inzicht in alle relevante informatie. De RvC doet waar nodig navraag en bepaalt vervolgens – zonder aanwezigheid van het betrokken lid van het bestuur – of sprake is van een tegenstrijdig belang en besluit – indien dat het geval is – hoe dit tegenstrijdig belang wordt beëindigd.
3.9 De RvC beoordeelt jaarlijks het functioneren van de bestuurder(s) en rapporteert over het proces in het jaarverslag.
3.10 Een meerhoofdig bestuur bespreekt ten minste één keer per jaar het gezamenlijk functioneren en dat van individuele leden.

3B. De (leden van de) RvC is (zijn) geschikt voor hun taak
De RvC houdt toezicht op het bestuur en op de algemene gang van zaken in de woningcorporatie. De RvC fungeert als klankbord voor het bestuur en weegt binnen zijn toezichthoudende functie zelfstandig het maatschappelijk belang af tegen de financiële continuïteit van de corporatie. De RvC beslist over benoeming, beoordeling, beloning, schorsing en ontslag van bestuurders. De RvC is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren.

Hierbij gelden de volgende bepalingen waarbij voor de vet gedrukte bepalingen alleen 'pas toe' geldt. Voor de overige bepalingen geldt dat daarvan kan worden afgeweken als dit tot een beter maatschappelijk resultaat leidt:
3.11 De RvC is aanspreekbaar op zijn functioneren en stelt een reglement op waarin hij zijn werkwijze vastlegt. Dit reglement wordt op de website van de corporatie gepubliceerd.
3.12 De RvC en zijn leden zijn geschikt voor hun taak volgens de vigerende geschiktheidsnorm. De RvC is zelf verantwoordelijk voor het goed uitoefenen van zijn taken en verantwoordelijkheden en moet zorgen voor voldoende tegenwicht ('countervailing power') binnen de RvC als ook tussen RvC en bestuur.
3.13 In het reglement zoals genoemd in 3.11 geeft de RvC aan op welke onderwerpen toezicht wordt gehouden. Bij deze onderwerpen hanteert de RvC een 'toetsingskader'. Dit toetsingskader wordt in samenspraak met het bestuur opgesteld en vastgesteld door de RvC.
3.14 De RvC maakt jaarlijks een verslag van de werkzaamheden dat in het jaarverslag wordt gepubliceerd. In het verslag legt de RvC vast welke bepalingen van de Governancecode niet werden toegepast en met welke motivering hiervan is afgeweken.
3.15 De honorering van commissarissen valt binnen de vigerende wettelijke kaders en wordt in het jaarverslag vermeld en op de website van de woningcorporatie gepubliceerd.

3.16 Een evenwichtig samengestelde RvC betekent verscheidenheid. Om dit te bevorderen stelt de RvC een profielschets op. In deze schets worden eisen gesteld aan de samenstelling van de RvC. Deze eisen moeten er voor zorgen dat de RvC naast een diverse samenstelling ook de juiste kennis en ervaring in huis heeft.

3.17 De gevolgde procedure van werving en selectie van leden van het bestuur en RvC wordt in het jaarverslag verantwoord. Vacatures worden op de website van de corporatie gepubliceerd en openbaar opengesteld via bijvoorbeeld een advertentie. De RvC kiest hierin onafhankelijk. Het bestuur heeft een adviserende rol.

3.18 Het bestuur en de RvC zorgen voor de juiste ondersteuning van en samenwerking met de huurders(organisatie) bij hun voordracht van commissarissen als bedoeld in de Herzieningswet. Voor de op voordracht van de huurdersorganisatie(s) benoemde commissarissen gelden dezelfde criteria en vereisten als voor de andere commissarissen.

3.19 De RvC maakt een rooster van aftreden dat zodanig is ingericht dat de continuïteit wordt gewaarborgd. Het rooster wordt gepubliceerd in het jaarverslag en op de website van de corporatie.

3.20 Leden van de RvC worden benoemd door de RvC voor een periode van ten hoogste vier jaar en kunnen eenmaal voor een periode van ten hoogste vier jaar worden herbenoemd. In geval van fusie van de corporatie gaat de termijn niet opnieuw in.

3.21 Alle commissarissen volgen na benoeming een introductieprogramma waarin de relevante aspecten van de functie aan bod komen.

3.22 De voorzitter van de RvC zorgt ervoor of ziet er op toe dat:

a) de vergaderingen efficiënt, effectief en in een open sfeer plaatsvinden, waarin alle leden gelijkwaardig kunnen participeren en tijdig de informatie ontvangen die nodig is voor de goede uitoefening van hun taak;

b) de RvC als team goed kan functioneren; alle leden van de RvC zijn hiervoor verantwoordelijk maar de voorzitter draagt hiervoor een specifieke verantwoordelijkheid;

c) contacten tussen de RvC en bestuur, ondernemingsraad, (vertegenwoordigers van) bewoners en andere belanghouders goed verlopen;

d) commissarissen een introductie- en opleidingsprogramma volgen;

e) de leden van het bestuur en RvC ten minste één keer per jaar worden beoordeeld op hun functioneren.

3.23 De RvC bespreekt ten minste één keer per jaar het eigen functioneren (in termen van effectiviteit) en dat van individuele leden van de RvC. Eens per twee jaar doet de RvC dat onder onafhankelijke, externe begeleiding. Waar nodig worden afspraken gemaakt met betrekking tot het functioneren van (leden van) de raad. Ook de onderlinge samenwerking in de RvC en relatie tot het bestuur is onderwerp van de evaluatie.

3.24 De RvC en de afzonderlijk commissarissen hebben een eigen verantwoordelijkheid (zogenaamde ‘informatiehaalplicht’) om ervoor te zorgen

dat zij beschikken over relevante informatie van bestuur, externe accountant en/of derden (zoals het management, adviseurs, de interne auditor of controller of de externe toezichthouder). Indien nodig kan de RvC informatie inwinnen bij functionarissen en externe adviseurs van de woningcorporatie. Het bestuur wordt daarvan vooraf op de hoogte gesteld en kan daar desgewenst bij helpen. Ook kan de RvC aan bepaalde functionarissen en externe adviseurs vragen bij vergaderingen van de RvC aanwezig te zijn.

3.25 De woningcorporatie verstrekt commissarissen onder geen beding persoonlijke leningen, financiële garanties of andere financiële voordelen die niet vallen onder het beloningsbeleid. Commissarissen mogen voorts onder geen voorwaarde activiteiten ontplooien die in concurrentie treden met de woningcorporatie, schenkingen aannemen van de corporatie en haar relaties, of derden op kosten van de woningcorporatie voordelen verschaffen. Commissarissen verrichten buiten hetgeen volgt uit hun functie als toezichthouder geen werkzaamheden voor de corporatie. Deze eisen worden voorzien van normen vastgelegd in de interne gedrags- of integriteitscode. Als beginsel geldt dat ook de schijn moet worden vermeden.

3.26 Commissarissen melden een (mogelijk) tegenstrijdig belang direct aan de voorzitter van de RvC en aan de overige leden van de raad. Daarbij geeft de commissaris inzicht in alle relevante informatie.

De RvC legt in zijn reglement vast hoe ze handelt in geval van (mogelijk) tegenstrijdige belangen bij leden van de raad van bestuur, leden van de RvC en de externe accountant (zie ook bepaling 3.8).

3.27 Iedere commissaris moet onafhankelijk en kritisch bij kunnen dragen aan het toezicht van de RvC. De RvC stelt van iedere commissaris vast of hij/zij onafhankelijk toezicht kan houden en meldt dat in het jaarlijks verslag van de RvC. Daarbij neemt de raad de bepalingen als genoemd in de Herzieningswet in acht.

3.28 In geval van ontstentenis of belet van het bestuur kan een lid van de RvC bij hoge uitzondering voor maximaal drie maanden de rol van bestuurder op zich nemen. In dat geval treedt het lid tijdelijk terug uit de RvC en neemt dus niet deel aan de besluitvorming van de RvC. Na deze periode van maximaal drie maanden kan deze persoon weer toetreden tot de RvC. Hierbij wordt dit lid niet betrokken bij de besluitvorming over zaken die zich in die betreffende drie maanden hebben voorgedaan.

3.29 De RvC kan subcommissies instellen ter ondersteuning van het toezicht.

Daarbij geldt dat:

a. de RvC voor iedere commissie een reglement opstelt waarin rol en verantwoordelijkheden worden omschreven, evenals de samenstelling en werkwijze van de commissies;

b. in het jaarverslag de samenstelling, het aantal vergaderingen en de belangrijkste onderwerpen die op de agenda stonden worden vermeld;

c. de RvC van iedere commissie een verslag van de overleggen ontvangt;
d. de auditcommissie en de remuneratiecommissie niet worden voorgezeten door de voorzitter van de RvC.

Principe 4: Bestuur en RvC gaan in dialoog met belanghebbende partijen

Woningcorporaties zorgen voor woonruimte voor mensen met een bescheiden inkomen en voor kwetsbare groepen. De maatschappelijke doelen worden in samenspraak met primair (vertegenwoordigers van) bewoners, en secundair de gemeenten, vastgesteld en neergelegd in prestatieafspraken. Daarnaast hebben corporaties oog voor andere belanghebbende partijen en staan ze open voor feedback en discussie over de keuzes ten aanzien van de inzet van maatschappelijke middelen.

Hierbij gelden de volgende bepalingen waarbij voor de vet gedrukte bepalingen alleen 'pas toe' geldt:

4.1 Het bestuur legt vast wie als belanghebbende partijen worden beschouwd en onderhoudt contact met hen. Het bestuur bekijkt periodiek of ze met alle relevante belanghebbenden in gesprek is.

4.2 Het bestuur voert overleg met de eigen in haar woningmarktregio werkzame huurdersorganisaties en bewonerscommissies. Het overleg heeft onder meer betrekking op betaalbaarheid, de voorgenomen werkzaamheden en welke bijdrage daarmee wordt beoogd aan de uitvoering van het volkshuisvestingsbeleid dat in de desbetreffende regio geldt.

4.3 Het bestuur schept randvoorwaarden om te komen tot sterke en professionele huurdersorganisaties.

4.4 Het bestuur respecteert de rol van de gemeente, voert daarmee overleg en maakt prestatieafspraken over de uitvoering van het in de betrokken gemeente geldende volkshuisvestingsbeleid.

4.5 Overige als belanghebbend beschouwde partijen worden actief betrokken bij (de vormgeving van) het beleid van de corporatie en de behaalde prestaties. Het bestuur maakt zichtbaar met wie en hoe met de belanghebbenden overleg is gevoerd.

4.6 Het bestuur spreekt minimaal één maal per jaar met de RvC over de omgang met, en de participatie en invloed van belanghebbenden.

4.7 De RvC oriënteert zich regelmatig over wat er onder de gemeenten, (vertegenwoordigers van) huurders en andere stakeholders leeft en legt aan die belanghebbenden periodiek verantwoording af over de wijze waarop de raad toezicht heeft gehouden.

4.8 In het ondernemingsplan en het jaarverslag wordt aan bovenstaande onderwerpen ruim aandacht besteed.

Principe 5: Bestuur en RvC beheersen de risico's verbonden aan de activiteiten

Woningcorporaties hebben te maken met grote (financiële) risico's. Het bestuur is verantwoordelijk voor goede risicobeheersing en de RvC houdt hierop toezicht. Het gaat hierbij niet alleen om de harde beheersmaatregelen maar ook maatregelen die appelleren aan het risicobesef en de moraal binnen de corporatie.

Hierbij gelden de volgende bepalingen waarbij voor de vet gedrukte bepalingen alleen 'pas toe' geldt. Voor de overige bepalingen geldt dat daarvan kan worden afgeweken als dit tot een beter maatschappelijk resultaat leidt:

5.1 Het bestuur brengt de risico's die verband houden met de activiteiten van de woningcorporatie in kaart, hanteert een inzichtelijk beleid voor het beheersen van die risico's en verantwoordt zich hierover in het jaarverslag. Daarbij gaat het in ieder geval over het opdrachtgeverschap van corporaties, het sluiten van contracten, samenwerkingsverbanden en/of grote transacties met derden.

5.2 Het bestuur stelt een treasurystatuut en een investeringsstatuut op en bespreekt dit met de RvC. De RvC keurt deze vervolgens goed. Treasury van de corporatie heeft geen winstoogmerk maar staat ten dienste van het risicobeleid. In het statuut worden in ieder geval beschreven het renterisico, het beschikbaarheidsrisico en het tegenpartijrisico.

5.3 Het bestuur stelt een beleggingsstatuut op dat ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de RvC.

5.4 De RvC houdt in het licht van de maatschappelijke doelen van de corporatie specifiek toezicht op alle inspanningen om risico's inzichtelijk te maken en te beheersen.

5.5 Het bestuur verschaft de RvC alle relevante informatie ten behoeve van (het toezicht op) de risicobeheersing.

5.6 In geval van een eventuele sanering van een corporatie laat een corporatie, die bij de organisatie die de saneringsfunctie (gemandateerd) vorm geeft een saneringsplan indient, zich adviseren door een in te stellen adviescommissie vanuit Aedes. De corporatie verstrekt deze adviescommissie de benodigde informatie zodat deze een verantwoord en gedegen advies over het saneringsplan kan uitbrengen. Dit advies maakt onderdeel uit van de saneringsaanvraag van de betreffende corporatie. De saneringsorganisatie weegt dit advies mee in haar saneringsbesluit.

5.7 Naast de harde sturings- en beheersmaatregelen zoals bedoeld in 5.5, besteden bestuur en RvC, ieder vanuit hun eigen rol, aandacht aan soft controls: gedragsbeïnvloeding, ondersteund door voorbeeldgedrag, dat appelleert aan het persoonlijk handelen van alle betrokkenen, en waarvan een invloed uitgaat op waarden en normen (zoals integriteit, loyaliteit, motivatie). Hoewel minder meetbaar kan daarmee een belangrijke bijdrage worden geleverd aan het beheersen van risico's.

5.8 De RvC benoemt de externe accountant voor een periode van maximaal acht jaar. Ter vergroting van de transparantie wordt het selectieproces van de accountant toegelicht in het jaarverslag alsmede de redenen die aan de wisseling ten grondslag liggen. In geval van fusie van de corporatie gaat de termijn niet opnieuw in.
5.9 De RvC ziet toe op de controlewerkzaamheden van de accountant. Daarbij wordt het vigerende accountantsprotocol voor woningcorporaties gehanteerd.
5.10 De externe accountant (en voor zover aanwezig de auditcommissie) wordt betrokken bij het opstellen van het werkplan van de controle. De externe accountant rapporteert aan de RvC en het bestuur over zijn bevindingen.
5.11 Het bestuur (en de auditcommissie) maakt (maken ieder) ten minste eenmaal in de vier jaar een grondige beoordeling van het functioneren van de externe accountant. De beoordeling wordt besproken in de RvC. De RvC meldt de belangrijkste conclusies in het jaarlijks verslag van de RvC, dat onderdeel uit maakt van het jaarverslag.

Vergelijk verder bijlage 1: uit de Governancecode woningcorporaties 2015: bijlage 3: corporaties met de verenigingsvorm

B. RECHTSPRAAK WONINGCORPORATIES

case study no. 1: voorzieningenrechter rechtbank Leeuwarden 12 oktober 2012: *Stichting Woonfriesland*

De voorzieningenrechter van de rechtbank Leeuwarden heeft een uitspraak gedaan over een moeizaam verlopen belanghebbendendialoog tussen de raad van commissarissen van Stichting Woonfriesland en een huurdersvereniging.

[**12**] Stichting Woonfriesland was een woningcorporatie die in de provincie Friesland op zes locaties werkzaam was. Zij had een bestuur en een raad van commissarissen die uit vijf leden bestond. De statuten van Stichting Woonfriesland bepaalden dat de raad van commissarissen zijn eigen omvang vaststelde met dien verstande dat de raad uit ten minste vijf leden bestond, dat de raad van commissarissen zijn leden benoemde op basis van een door de raad op te stellen profielschets, en dat commissarissen werden benoemd voor een periode van maximaal vier jaar met ten hoogste twee herbenoemingen. De statuten gaven '[d]e huurders van de woningen van de stichting, verenigd in door de stichting erkende organisaties' de bevoegdheid om bindende voordrachten te doen voor de benoeming van twee commissarissen. Er waren twee van zulke erkende organisaties, te weten Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland voor vijf locaties en Huurders Belangenvereniging Heerenveen voor de zesde locatie. Deze verenigingen oefenden het

bindende voordrachtsrecht uit via het overkoepelend overlegorgaan Platform Huurders. Daartoe had Stichting Woonfriesland met Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland (en met Huurders Belangenvereniging Heerenveen) in oktober 2009 een overeenkomst gesloten die inhield dat Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland haar bevoegdheid bindende voordrachten te doen 'delegeert' aan Platform Huurders. Eén van de beide 'huurderscommissarissen' is teruggetreden, en de andere van de beide 'huurderscommissarissen' kwam in aanmerking voor herbenoeming. Platform Huurders heeft in april 2012 een kandidaat voorgedragen voor de vacante plaats en heeft eveneens in april 2012 aangegeven de andere commissaris niet voor herbenoeming te zullen voordragen. Diezelfde maand heeft de raad van commissarissen het lid dat voor herbenoeming in aanmerking kwam herbenoemd en besloten zijn ledenaantal uit te breiden naar zes; de raad van commissarissen heeft niet gereageerd op de voordracht die Platform Huurders had gedaan voor de vacante plaats. Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland heeft een vordering in kort geding ingesteld tegen Stichting Woonfriesland en tegen de vier zittende commissarissen. Zij vroeg de voorzieningenrechter drie voorzieningen te treffen: een voorziening die zou bewerkstelligen dat het herbenoemde lid niet langer als commissaris zou mogen functioneren, een voorziening die zou bewerkstelligen dat het besluit tot uitbreiding van het aantal commissarissenplaatsen zou worden opgeschort, en een voorziening die zou bewerkstelligen dat Stichting Woonfriesland zou reageren op de voordracht voor de vacante plaats. De voorzieningenrechter is eerst ingegaan op het verweer van Stichting Woonfriesland dat Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland niet ontvankelijk was omdat zij slechts te samen met Huurdersbelangenvereniging Heerenveen een vordering kon instellen. De voorzieningenrechter verwierp dat verweer:[33]

> [De overeenkomst] bepaalt dat het Platform Huurders een gezamenlijk overlegorgaan is van de door Woonfriesland erkende huurdersorganisaties. Dat de Huurdersvereniging het recht van bindende voordracht van commissarissen heeft gedelegeerd aan het Platform Huurders en zij als gevolg daarvan dit recht niet meer alleen kan uitoefenen, staat er niet aan in de weg dat de Huurdersvereniging ten aanzien van hetgeen nu is gevorderd alleen in rechte kan optreden. […] de gedelegeerde bevoegdheid [is] blijkens […] de overeenkomst van 14 oktober 2009 beperkt tot het gezamenlijk feitelijk uitoefenen van de bevoegdheid van bindende voordracht en dat is in deze procedure geen onderwerp van geschil (rechtsoverweging 4.1.2).

Vervolgens beoordeelde de voorzieningenrechter de drie vorderingen van Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland:

[33] Voorzieningenrechter rechtbank Leeuwarden 12 oktober 2012, *JOR* 2013/35 (Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland *tegen* Stichting Woonfriesland).

Over de herbenoeming van [A] oordeelt de voorzieningenrechter als volgt. Vast staat dat ook [A] een van de twee zetels binnen de RvC bekleedde waarvan de benoeming tot stand was gekomen op basis van een bindende voordracht van het Platform Huurders (huurderscommissaris). Voorts staat vast dat de benoemingstermijn van [A] per 1 juli 2012 eindigde en hij volgens rooster per die datum moest aftreden. In geschil is of bij het vrijkomen van de zetel van [A], althans zijn herbenoeming, het bindende voordrachtsrecht van het Platform Huurders van toepassing was. Blijkens […] de statuten geldt de benoeming van een commissaris voor een periode van vier jaar en treedt hij na ommekomst van deze periode af. Uit [de statuten] blijkt dat een aldus afgetreden lid tot tweemaal toe kan worden herbenoemd. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter moeten de statuten zo worden begrepen dat na het verstrijken van de benoemingstermijn van een huurderscommissaris in beginsel steeds een nieuwe bindende voordracht vereist is. Daartoe is het navolgende redegevend. Allereerst volgt deze lezing uit de letterlijke tekst van de statuten, nu [het relevante artikel] spreekt van de herbenoeming van een volgens rooster 'afgetreden' lid. Met het feit dat een commissaris aldus is afgetreden, treedt de benoemingsprocedure in werking waarbij ten aanzien van twee vrijgekomen zetels het bindend voordrachtsrecht van het Platform Huurders geldt. Herbenoeming van de afgetreden commissaris is daarbij wel een mogelijkheid en verdient wellicht soms de voorkeur, maar noch uit de statuten, noch uit andere tussen partijen geldende afspraken blijkt van een automatisme of van afwijkende procedureregels ingeval van herbenoeming, althans anders dan bij een nieuwe benoeming. […] Met een 'automatische' herbenoeming van een huurderscommissaris wordt aldus het in […] de statuten neergelegde recht van de huurdersorganisatie tot het doen van een bindende voordracht ten aanzien van twee vrijkomende zetels tekort gedaan. […] Het voorgaande brengt mee dat per 1 juli 2012, na beëindiging van de zittingstermijn van [A], de benoemingsprocedure in werking is getreden voor een lid van de RvC waarvoor het bindend voordrachtsrecht van het Platform Huurders geldt. Het voorgaande betekent evenwel niet dat daarmee de vordering op dit punt van de Huurdersvereniging toewijsbaar is. Het gevorderde is daartoe te algemeen gesteld en te verstrekkend. De voorzieningenrechter kan niet bij wege van voorlopige voorziening het bestreden herbenoemingsbesluit nietig verklaren, terwijl de vordering ('dat [A] met onmiddellijke ingang niet langer fungeert') daarvan lijkt uit te gaan. Mocht met het gevorderde een schorsing zijn bedoeld, dan nog zal dit niet leiden tot een toewijzing omdat daartoe vereist is dat de voorzieningenrechter verwacht dat die nietigheid in een bodemprocedure zal worden uitgesproken. Ondanks dat hiervoor is aangenomen dat de RvC een procedurefout heeft gemaakt, behoeft dit niet noodzakelijkerwijs te leiden tot een vernietiging van het ge-

nomen besluit. De voorzieningenrechter betrekt daarbij dat, zoals hiervoor reeds is overwogen, de RvC niet gehouden is een bindende voordracht te volgen. Ook hecht de voorzieningenrechter aan het aanbod van de RvC dat het Platform Huurders haar recht van bindende voordracht kan uitoefenen ten aanzien van de zesde, nog te benoemen, commissaris (rechtsoverweging 4.5.1-4.5.2, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten),

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter komt de RvC het recht toe het aantal leden van zijn college uit te breiden. [De statuten laten] de RvC vrij in het vaststellen van het aantal leden. Dit betekent dat de RvC op 20 april 2012 mocht besluiten tot de uitbreiding van vijf naar zes leden. Ook stond het de RvC vrij om een dergelijk besluit te nemen, zonder daartoe in overleg te treden met het Platform Huurders. De statuten bepalen niet dat de huurdersorganisaties hierbij enige vorm van inspraak hebben. De voorzieningenrechter volgt de Huurdersvereniging niet in haar stelling dat de invloed van de huurders in de RvC door de uitbreiding van het aantal leden 'verwatert' en dat uitbreiding om die reden niet zou zijn toegestaan. De voorzieningenrechter is voorshands oordelend niet gebleken van een handelen in strijd met artikel 2:8 BW als zou de RvC ongemotiveerd tot zijn besluit zijn gekomen en daarbij geen enkel ander doel voor ogen hebben gehad, zoals eisers suggereren, dan de interne verhouding 'gewone' versus 'huurderscommissarissen' in zijn voordeel aan te passen. (rechtsoverweging 4.6.1),

en:

Dat de RvC zich – kennelijk – op het standpunt stelt dat de voorgedragen kandidaat niet voldoet aan de opgestelde profielschets en ook om andere redenen minder geschikt is, zou er toe kunnen leiden dat de RvC besluit om niet over te gaan tot het benoemen van de voorgedragen kandidaat, maar kan geen argument vormen om in het geheel niets te doen. Immers, het moge zo zijn dat de RvC blijkens de statuten bij uitstek bevoegd is zijn leden te benoemen en dat het recht van bindende voordracht niet betekent dat de RvC ook zondermeer verplicht is de voorgedragen kandidaat te benoemen; het niet nemen van een beslissing frustreert de huurders om hun voordrachtsrecht daadwerkelijk uit te oefenen, dan wel te laten toetsen en staat voorts op gespannen voet met de plicht om dit bestuursorgaan op statutair personele sterkte te brengen. De vordering, voor zover die er toe strekt om gedaagden te bewegen om een besluit te nemen naar aanleiding van de bindende voordracht, is dan ook toewijsbaar, met dien verstande dat slechts Stichting Woonfriesland tot het bevorderen van die uitspraak zal worden veroordeeld en eiseres het belang bij een aanvullende individuele

veroordeling van elk der commissarissen om aan dit besluit mee te werken, wordt ontzegd (rechtsoverweging 4.4.2-4.4.3, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten).

De voorzieningenrechter veroordeelde 'Stichting Woonfriesland om haar Raad van Commissarissen binnen veertien dagen na heden een besluit te doen nemen op de bindende voordracht' van Huurdersvereniging De Bewonersraad Friesland.

C. ZORGAANBIEDERS: DE ZORGBREDE GOVERNANCECODE 2010

inleiding[34]

[**13**] Artikel 5 lid 1 Wet toelating zorginstellingen bepaalt dat een 'organisatorisch verband' dat zorg verleent 'waarop aanspraak bestaat ingevolge [de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten] of ingevolge een zorgverzekering als bedoeld in [de Zorgverzekeringswet]' 'voor het verlenen van die zorg een toelating [moet] hebben' van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Artikel 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi bepaalt:

1. Met betrekking tot de bestuursstructuur van instellingen gelden de volgende eisen:
a. er is een orgaan dat toezicht houdt op het beleid van de dagelijkse of algemene leiding van de instelling en deze met raad ter zijde staat; geen persoon kan tegelijk deel uitmaken van het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding;
b. het toezichthoudend orgaan is zodanig 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;
c. de instelling legt inzichtelijk de verantwoordelijkheidsverdeling tussen het toezichthoudend orgaan en de dagelijkse of algemene leiding vast, alsmede de wijze waarop interne conflicten tussen beide organen worden geregeld.
2. Instellingen die rechtspersoon zijn, met uitzondering van kerkgenootschappen, leggen het in het eerste lid bepaalde vast in de statuten; de overige instellingen leggen dat anderszins schriftelijk vast.

[34] Vergelijk S. Gevers, 'Het veranderende wettelijke kader', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 9-15, S. Gevers, 'Kwaliteit van zorg', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 25-32, N. Haase, 'Klachten en geschillen', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 33-38, A.G.H. Klaassen, 'Professionalisering van intern toezicht bij zorgaanbieders', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013-4, p. 334-345.

En op grond van artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi moet een instelling die de rechtsvorm heeft van een vereniging of stichting (als bedoeld in artikel 2:344 BW) in haar statuten enquêtebevoegdheid toekennen aan 'een orgaan dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt'. Artikel 6.2 voegt daar nog aan toe: 'De instelling kan die bevoegdheid daarnaast ook aan anderen toekennen'.

De Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen bepaalt in artikel 2 lid 1 dat een zorgaanbieder 'voor elke door hem in stand gehouden instelling een cliëntenraad' moet instellen 'die binnen het kader van de doelstellingen van de instelling in het bijzonder de gemeenschappelijke belangen van de cliënten behartigt'.[35] Artikel 3 lid 1 bepaalt vervolgens:

---

[35] Vergelijk: M. van der Kamp & D.J. Rutgers, 'Medezeggenschap in zorginstellingen', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 39-46. In de noot onder OK 19 april 2013, *JOR* 2013/206 (de cliëntenraad van de Stichting Ilmarinen *tegen* Stichting Ilmarinen) schrijft de annotator R.C. de Mol: 'Op basis van art. 6.2 van het Uitvoeringsbesluit Wet Toelating Zorginstellingen (WTZi) is een zorgaanbieder (mits het een stichting of vereniging betreft) gehouden het enquêterecht statutair toe te kennen aan een orgaan dat de cliënten vertegenwoordigt. Vaak komt men dan uit bij de cliëntenraad, die nu eenmaal verplicht gesteld is op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (Wmcz). Er zijn echter ook instellingen die verwijzen naar (soms niet eens met naam genoemde) belangenorganisaties. Dan is al snel onduidelijk wie er nu precies bevoegd is een enquêteverzoek in te dienen. Ook blijken zorginstellingen in de statuten aanvullende bepalingen op te nemen die de gang naar de Ondernemingskamer ("OK") afhankelijk maken van extra voorwaarden, zoals instemming van een meerderheid van de cliënten. […] De wetgever heeft dit willen adresseren bij invoering van de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) die (onder meer) de WTZi en Wmcz zou vervangen. In de Wcz zou het enquêterecht dan rechtsreeks aan "de" cliëntenraad worden toegekend. Of daarmee alle discussie zou worden weggenomen mag overigens worden betwijfeld, want veel zorginstellingen kennen niet één cliëntenraad, maar juist meerdere raden (bijvoorbeeld per locatie, of per behandeling), al dan niet "hangend" onder een centrale cliëntenraad'.
Vergelijk het volgende wetsvoorstel:
Wet cliëntenrechten zorg, aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 32 402, nr 1, Koninklijke boodschap (7 juni 2010), en daarna door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 32 402, Wet cliëntenrechten zorg, nr 12, derde nota van wijziging (16 april 2013) hernoemd tot Regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg).
In de noot onder OK 19 april 2013, *JOR* 2013/206 (de cliëntenraad van de Stichting Ilmarinen *tegen* Stichting Ilmarinen) schrijft de annotator R.C. de Mol: 'Voor invoering is de Wcz echter al weer onderwerp van, in ambtelijke termen, een "opknipoperatie". De bepalingen die zagen op cliëntenrechten, medezeggenschap en

governance zijn hiervan vooralsnog het slachtoffer geworden. Voorstel is om een uitgeklede Wcz nu eerst verder te laten gaan als Wet kwaliteit klachten en geschillen. De WTZi blijft ook na eventuele invoering van die wet gelden, en daarmee dus ook de huidige indirecte regeling omtrent het enquêterecht voor cliënten van een zorginstelling'.
Over de Wet cliëntenrechten zorg: A.C. de Die, 'De Wcz: toezicht en handhaving', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 639-648, J.K.M. Gevers, 'De Wcz: achtergrond, opzet en reikwijdte', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 589-596, A.C. Hendriks, 'Van patiënten- naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 605-615, W.R. Kastelein, 'Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 616-623, A.G.H. Klaassen, 'Goed bestuur in de Wet cliëntenrechten zorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011-5, p. 372-388, J. Legemaate, 'De Wcz en kwaliteit van zorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 597-604, J. Legemaate, 'Nieuwe wetgeving over het klachtrecht: winst of verlies?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013-5, p. 449-456, X.R. Ras & G.W. van der Voet, 'Het Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (Wcz): een versterking van medezeggenschapsrechten van de cliënt(enraad)?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2012-5, p. 390-405, J.G. Sijmons, 'Goed bestuur en de organisatie van de zorginstelling', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-8, p. 624-638.
Vergelijk verder de volgende wetsvoorstellen:
Wijziging van de Wet cliëntenrechten zorg en enkele andere wetten om het mogelijk te maken dat aanbieders van medisch-specialistische zorg, mits zij aan een aantal voorwaarden voldoen, winst uitkeren (voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011–2012, 33 168, nr 1, Koninklijke boodschap (8 februari 2012),
Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten, teneinde te voorkomen dat zorgverzekeraars zelf zorg verlenen of zorg laten aanbieden door zorgaanbieders waarin zij zelf zeggenschap hebben, aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011–2012, 33 362, nr 1, Koninklijke boodschap (10 september 2012). Het wetsvoorstel wordt ook wel aangeduid als Wet verbod verticale integratie (zorg). De Eerste Kamer heeft dit wetsvoorstel op 16 december 2014 verworpen.
Vergelijk: M. van den Broek, 'Winstuitkering in de zorg', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 47-55, E. Plomp, 'Wetsvoorstel voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2012-7, p. 548-563, E. Plomp, 'Het voorgestelde verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013-6, p. 508-520, J.J. Rijken, 'De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw – een kleine ingreep aan het hart van de zorgverzekering', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2012-6, p. 475-481.

De zorgaanbieder stelt de cliëntenraad in ieder geval in de gelegenheid advies uit te brengen over elk voorgenomen besluit dat de instelling betreft, inzake:
a. een wijziging van de doelstelling of de grondslag;
b. het overdragen van de zeggenschap of fusie of het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een andere instelling;
c. de gehele of een gedeeltelijke opheffing van de instelling, verhuizing of ingrijpende verbouwing;
d. een belangrijke wijziging in de organisatie;
e. een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden;
f. het benoemen van personen die rechtstreeks de hoogste zeggenschap zullen uitoefenen bij de leiding van arbeid in de instelling;
g. de begroting en de jaarrekening;
h. het algemeen beleid inzake de toelating van cliënten en de beëindiging van deze zorgverlening aan cliënten;
i. voedingsaangelegenheden van algemene aard en het algemeen beleid op het gebied van de veiligheid, de gezondheid of de hygiëne en de geestelijke verzorging van, maatschappelijke bijstand aan en recreatiemogelijkheden en ontspanningsactiviteiten voor cliënten;
j. de systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de aan cliënten te verlenen zorg;
k. de vaststelling of wijziging van een regeling inzake de behandeling van klachten van cliënten en het aanwijzen van personen die belast worden met de behandeling van klachten van cliënten;
l. wijziging van de regeling, bedoeld in artikel 2, tweede lid [omvang, samenstelling, benoeming en materiële middelen cliëntenraad], en de vaststelling of wijziging van andere voor cliënten geldende regelingen;
m. het belasten van personen met de leiding van een onderdeel van de instelling, waarin gedurende het etmaal zorg wordt verleend aan cliënten die in de regel langdurig in die instelling verblijven.

Hieraan voegt artikel 4 lid 2 toe: ‘Ten aanzien van de onderwerpen, genoemd in artikel 3, eerste lid, onder i tot en met m, neemt de zorgaanbieder, behoudens voor zover het besluit door de zorgaanbieder moet worden genomen krachtens een wettelijk voorschrift, geen van een door de cliëntenraad schriftelijk uitgebracht advies afwijkend besluit, tenzij de commissie, bedoeld in artikel 10, heeft vastgesteld dat de zorgaanbieder bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn voornemen heeft kunnen komen’. Artikel 10 lid 1 bepaalt:

De zorgaanbieder stelt in overeenstemming met de cliëntenraad of cliëntenraden een uit drie leden bestaande commissie van vertrouwenslieden in, waarvan een lid door hem wordt aangewezen, een lid door de cliëntenraad of cliëntenraden kan worden aangewezen en een lid door de beide andere

leden wordt aangewezen, of wijst een door een of meer cliëntenorganisaties en een of meer organisaties van zorgaanbieders ingestelde commissie van vertrouwenslieden aan, die tot taak heeft te bemiddelen en zonodig een bindende uitspraak te doen:
a. op verzoek van de cliëntenraad, in geschillen met de zorgaanbieder over de uitvoering van [artikel 3];
b. op verzoek van de zorgaanbieder, indien deze ten aanzien van een onderwerp, genoemd in artikel 3, eerste lid, onder i tot en met m, waarover door de cliëntenraad een schriftelijk advies is uitgebracht, een van dat advies afwijkend besluit wenst te nemen.

Daarnaast bepaalt artikel 7 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen:

1. Indien de zorgaanbieder een rechtspersoon is als bedoeld in artikel 3 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek,[36] voorzien de statuten in een regeling die waarborgt dat de cliënten invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van het bestuur. De bedoelde regeling houdt ten minste in dat één bestuurslid wordt benoemd op bindende voordracht van de cliëntenraad of cliëntenraden, tenzij deze van de mogelijkheid een voordracht te doen, geen gebruik heeft onderscheidenlijk hebben gemaakt.
2. Het eerste lid is niet van toepassing indien het bestuur van een zorgaanbieder bestaat uit één of meer personen die deze functie uitoefent of uitoefenen op grond van een arbeidsrelatie waaraan een geldelijke beloning is verbonden. In dat geval is het eerste lid van overeenkomstige toepassing op de samenstelling van het orgaan dat is belast met het toezicht op of goedkeuring van besluiten van het bestuur.

de Zorgbrede Governancecode 2010

[**14**] De vereniging Brancheorganisaties Zorg heeft in januari 2010 de Zorgbrede Governancecode 2010 gepubliceerd.[37] Brancheorganisaties Zorg is

[36] Artikel 2:3 BW luidt: 'Verenigingen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen bezitten rechtspersoonlijkheid'.
[37] <www.brancheorganisatieszorg.nl>, governancecode. Over de Zorgbrede Governancecode 2010: R.P.F. van der Mark, 'De Zorgbrede Governancecode 2010 in vogelvlucht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010-5, p. 372-378, M.J. van Uchelen-Schipper, 'Governance in de zorg', in: M.J. van Uchelen-Schipper & S.W.AM. Visée, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 47-73, B, Visée, 'Bestuur en toezicht in de zorg', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 17-24, M. de Vlieger, 'De Zorgbrede Governance code: houvast of zwakke muur voor goed bestuur en toezicht bij zorgstichtingen?', *Ondernemingsrecht* 2015-1, p. 26-31.

een koepelvereniging van vijf deelnemende brancheorganisaties. Dat zijn ActiZ, organisatie van zorgondernemers, GGZ Nederland, NFU, Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra, NVZ, Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en VGN, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland. De code bestaat (na het Voorwoord) uit een Inleiding, zeven hoofdstukken en een Toelichting bij de artikelen. ActiZ, organisatie van zorgondernemers, GGZ Nederland, NVZ, Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen en VGN, Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland vatten de naleving van de code op als een lidmaatschapsverplichting voor hun leden.[38] Naleving gebeurt op basis van het 'pas toe of leg uit'- (*comply or explain*-)beginsel. De Inleiding bij de code schijft daarover: 'Naleven betekent toepassen van de codebepalingen, en zo niet, aangeven waarom niet en op welke punten de betreffende zorgorganisatie met welke vervangende regels daarvan afwijkt'.

Hoofdstuk 1 van de code gaat over de 'Werkingssfeer'. De code is van toepassing 'op in Nederland gevestigde zorgorganisaties en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen' (artikel 1.1). De code omschrijft zorgorganisaties als 'rechtspersonen of personenvennootschappen die zorg of diensten (doen) verlenen zoals omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten of de Wet maatschappelijke ondersteuning of handelingen op het gebied van de gezondheidszorg verrichten zoals bedoeld in de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg' (artikel 1.2).

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 1.1. Toepasselijkheid
Deze code is van toepassing op in Nederland gevestigde zorgorganisaties en de daarmee verbonden groeps- en dochtermaatschappijen. Het betreft hier derhalve zowel rechtspersonen als de door deze rechtspersonen geëxploiteerde zorginstellingen.

Hoofdstuk 2 van de code gaat over 'Verantwoording'. In dit hoofdstuk staan de belangrijke artikelen 2.1 en 2.2:

[38] In de Inleiding bij de code staat: 'Met ingang van 2008 heeft de NFU voor zijn leden een eigen governancecode ingevoerd, met de Zorgbrede Governancecode als uitgangspunt', met als voetnoot: 'Reden is dat een aantal bepalingen in de Zorgbrede Governancecode niet aansluit bij de wet (o.a. de Wet op het hoger onderwijs en het wetenschappelijk onderzoek) en de daaruit voortvloeiende bijzondere taken van de UMC's. Ook stelt de WTZi (Wet toelating zorginstellingen) ten aanzien van een aantal onderwerpen andere eisen aan UMC's dan aan andere zorgorganisaties. Verder kenmerken UMC's zich door andere verantwoordingslijnen, namelijk zowel naar de universiteit als naar het academisch ziekenhuis. Tot slot zijn UMC's publiekrechtelijke organisaties'.

2.1. De zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming
1. De zorgorganisatie is een maatschappelijke onderneming met als hoofddoelstelling het bieden van verantwoorde zorg. Onder 'verantwoorde zorg' wordt verstaan: cliëntgerichte, veilige en betaalbare zorg die geleverd wordt via een doelmatige en transparante bedrijfsvoering.
2. De maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie blijkt uit het hanteren van (ten minste) de volgende uitgangspunten:
a. de zorgorganisatie stelt de cliënt en diens gerechtvaardigde wensen en behoeften bij de zorgverlening centraal;
b. de zorgverlening geschiedt zodanig dat de daartoe beschikbaar staande middelen zo effectief en doelmatig mogelijk worden aangewend;
c. de door of vanuit de zorgorganisatie geleverde zorg voldoet aan eigentijdse kwaliteitseisen;
d. uitkeringen van financiële middelen vinden uitsluitend plaats binnen de maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie.
3. De Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht zijn overeenkomstig hun wettelijke en statutaire taakverdeling verantwoordelijk voor de governancestructuur van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en voor de naleving van deze code.

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 2.1.1. De zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming
Dit artikel bepaalt dat de zorgorganisatie een maatschappelijke onderneming is. Het zijn en willen zijn van een maatschappelijke onderneming is het fundament van het ondernemerschap in de zorg en daarmee het fundament van deze code. Dat is ondernemerschap met de realisatie van het maatschappelijk belang als missie. Het leveren van verantwoorde zorg waarbij de cliënt centraal staat, is het leidmotief.
Art. 2.1.2. De uitgangspunten van de maatschappelijke onderneming
Het feit dat een zorgorganisatie een maatschappelijke onderneming is, blijkt uit het feit dat deze zorgorganisatie een aantal specifieke uitgangspunten hanteert. Bij de in dit artikel opgesomde uitgangspunten hoort ook dat de zorgorganisatie bij het verlenen van zorg, die binnen de daartoe beschikbare middelen zal moeten plaatsvinden, voldoet aan eigentijdse kwaliteitseisen. Deze kwaliteitseisen krijgen, met inachtneming van de Kwaliteitswet zorginstellingen, invulling door het kwaliteitsbeleid van de instelling.
Art. 2.1.2.d. Uitkeringen van financiële middelen
Dit artikel introduceert de mogelijkheid dat de zorginstelling financiële middelen uit kan keren. Uiteraard zullen hierbij de wettelijke regels en begrenzingen in acht moeten worden genomen. Voor deze code geldt het uitgangspunt dat een eventuele keuze voor aandeelhouders én het behalen van winst slechts een middel is om als maatschappelijke onderneming beter te gaan presteren. Het is evident dat in de zorgsector geen ruimte is voor on-

dernemingen met maximalisatie van aandeelhouderswaarde als primaire doelstelling. Maximalisatie van cliëntwaarde staat altijd voorop.

2.2. Informatie aan en/of raadpleging van belanghebbenden of hun vertegenwoordiging

1. Het beleid van de zorgorganisatie voor de dialoog met belanghebbenden

De zorgorganisatie heeft als maatschappelijke onderneming een beleid voor de dialoog met de samenwerkingsverbanden of organisaties die rechtstreeks bij het beleid en de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie zijn betrokken en als belanghebbenden actief zijn binnen haar verzorgingsgebied. In het kader van dat beleid stelt de Raad van Bestuur vast en keurt de Raad van Toezicht goed:

• wie de belanghebbenden bij de zorgorganisatie zijn;
• de wijze waarop vorm wordt gegeven aan het overleg met de belanghebbenden over het voorgenomen beleid en de uitvoering daarvan door de zorgorganisatie;
• de aard en inhoud van de informatieverschaffing aan de belanghebbenden(vertegenwoordiging) over de gang van zaken en het gevoerde beleid van de zorgorganisatie;
• de betrokkenheid van de belanghebbenden(vertegenwoordiging) bij de beleidsvorming en de uitvoering van het beleid door de zorgorganisatie.

De hiervoor bedoelde belanghebbenden worden door de zorgorganisatie geïnformeerd over het vaststellen en uitbrengen van het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording en hoe zij dit document kunnen verkrijgen of inzien.

2. Informatieverstrekking aan en/of raadpleging van belanghebbenden in ten minste de volgende gevallen

De belanghebbenden dan wel hun vertegenwoordiging worden door de Raad van Bestuur in elk geval geïnformeerd en/of geraadpleegd over de volgende onderwerpen:

• de vaststelling of wijziging van de missie, doelstelling of grondslag van de zorgorganisatie;
• de hoofdlijnen van het strategisch beleid van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming;
• het overdragen van de zeggenschap over de zorgorganisatie of over een belangrijk onderdeel daarvan en over besluiten tot fusie of tot het aangaan of verbreken van een duurzame samenwerking met een (zorg-)organisatie;
• de opheffing of een belangrijke inkrimping dan wel belangrijke uitbreiding van de werkzaamheden van de zorgorganisatie;
• de besluiten tot concentratie of deconcentratie van de zorgorganisatie respectievelijk structurele sluiting van afdelingen, dependances of locaties;
• de systematische bewaking, beheersing of verbetering van de kwaliteit van de te verlenen zorg.

3. Het recht van enquête

De statuten van de zorgorganisatie wijzen ten minste één partij aan die de belangen van de patiënten of cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt, waaraan het recht van enquête wordt toegekend als bedoeld in titel 8 afdeling 2 van Boek 2 BW.

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 2.2.1. Informatieverstrekking aan en raadpleging van belanghebbenden of hun vertegenwoordiging
Belanghebbenden kunnen worden onderscheiden in externe belanghebbenden en in interne belanghebbenden.
• interne belanghebbenden: een cliëntenraad, een ouder-/verwantenraad, de Verpleegkundige/Verzorgende Adviesraad (VAR), de ondernemingsraad, de medische staf etc.
• externe belanghebbenden: gemeentes, toezichthouders, zelfstandige bestuursorganen, het ministerie van VWS, patiënten- of cliëntenvertegenwoordigingen of patiëntenverenigingen, andere zorgorganisaties of zorgaanbieders, zorgverzekeraars etc.
Het is van belang dat het beleid voor dialoog met belanghebbenden aansluit bij de lokale, regionale of landelijke omgeving van de zorgorganisatie. De vorm moet daarop aansluiten en kan op vele manieren invulling krijgen. Vanzelfsprekend wordt in het beleid voor de dialoog met belanghebbenden, daar waar van toepassing, invulling gegeven aan wettelijke spelregels voor medezeggenschap zoals die bijvoorbeeld gelden voor de cliëntenraden en ondernemingsraden.
Mocht tenslotte een belanghebbende partij van mening zijn dat hij op een bepaald moment ten onrechte niet als belanghebbende wordt beschouwd door de zorginstelling, dan zal hij de Governancecommissie om een uitspraak kunnen vragen (zie hiertoe hoofdstuk 7).
Art. 2.2.2. Informatieverstrekking aan en/of raadpleging van belanghebbenden in ten minste de volgende gevallen
[…]
Het woord ‘raadplegen’ impliceert niet een ‘tot overeenstemming’ moeten komen. Uiteindelijk beslist immers het daartoe bevoegde orgaan van de zorgorganisatie. Het beoordelen van de verschillende invalshoeken, het afwegen van de relevante belangen en het maken van keuzes kan door zorgorganisaties niet aan anderen worden overgedragen. De achterliggende bedoeling van de raadpleging van de in deze bepaling bedoelde belanghebbenden is voor de zorgorganisatie dat zij kennis kan nemen van de bij belanghebbenden levende wensen en behoeften. Alleen als wensen, behoeften en belangen kenbaar kunnen worden gemaakt en worden gehoord, kunnen ze meewegen in de besluitvorming. De zorgorganisatie kan via raadpleging verder ook kennis nemen van eventuele alternatieve oplossingen en door overleg en informatieverschaffing ook draagvlak creëren voor soms moeilijke beslissingen.
[…]
Art. 2.2.3. Recht van enquête

Dit artikel regelt dat ten minste één partij die de belangen van de patiënten of cliënten van de zorginstelling vertegenwoordigt, de Ondernemingskamer van het Gerechtshof in Amsterdam kan vragen om een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken binnen een onderneming. De Ondernemingskamer kan hiermee onderzoek doen als een zorgorganisatie met aandeelhouders (een NV, BV of een coöperatieve vereniging), de (korte termijn) belangen van de aandeelhouders op ongepaste wijze zou laten prevaleren boven de lange termijn doelstellingen van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming. In dat geval kan de Ondernemingskamer juridisch bindende uitspraken doen. […]
Overigens is het ook denkbaar dat belanghebbenden zich met een dergelijke toetsingsvraag tot de Governancecommissie Gezondheidszorg wenden. In dat geval zijn er meer mogelijke belanghebbenden die een dergelijk toetsingsverzoek kunnen doen dan via de weg van het enquêterecht bij de Ondernemingskamer. Een belangrijk voordeel voor belanghebbenden voor de keuze van het inschakelen van de Governancecommissie is verder dat de procedure minder zwaar is. Een mogelijk nadeel van de keuze voor het inschakelen van de Governancecommissie is echter dat de Governancecommissie geen juridisch bindende uitspraken kan doen. De Governancecommissie doet wel uitspraak en geeft daarmee duidelijkheid of de code geschonden is (voetnoot weggelaten).

Het in artikel 2.2.1 genoemde Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording is een document waarin de zorgorganisatie ieder jaar aan ‘alle rechthebbenden en belangstellenden’ verantwoording aflegt over het beleid en de prestaties van de zorgorganisatie (artikel 2.3.1). De raad van bestuur is hiervoor, onder toezicht van de raad van toezicht, verantwoordelijk (artikel 2.3.2). Als onderdeel van het document moet de raad van bestuur verantwoording afleggen over het beleid en moet de raad van toezicht verantwoording afleggen over zijn werkzaamheden (artikel 2.3.4 en 2.3.5). Ook moeten ‘alle aan de zorgorganisatie verbonden vrijgevestigde (medische) professionals op geaggregeerd niveau (in ieder geval op het niveau van maatschappen en medische staven) verantwoording afleggen over de wijze en resultaten van hun handelen en behandelen’ (artikel 2.3.3).

De externe accountant van een zorgorganisatie moet worden benoemd door de raad van toezicht, tenzij de algemene vergadering daartoe wettelijk bevoegd is (in dat geval doet de raad van toezicht een voordacht en kan de raad van bestuur daarover aan de raad van toezicht advies uitbrengen (artikel 2.4.1); ‘De externe accountant wordt qua persoon periodiek gewisseld’ (artikel 2.4.1); ‘De externe accountant verricht bij voorkeur geen advieswerkzaamheden voor de zorgorganisatie en maakt – indien dit in het te controleren boekjaar wel is gebeurd – in het verslag over de jaarrekening melding van de in dat jaar verrichte advieswerkzaamheden’ (artikel 2.4.2).

Hoofdstuk 3 van de code gaat over 'De Raad van Bestuur'. De bepalingen over de raad van bestuur zijn mede geïnspireerd door De Nederlandse corporate governance code. De raad van bestuur 'is eindverantwoordelijk voor en belast met het besturen van de zorgorganisatie': 'Dit houdt onder meer in dat hij verantwoordelijk is voor de realisatie van de statutaire en andere doelstellingen van de zorgorganisatie, de strategie en het beleid en de daaruit voortvloeiende resultatenontwikkeling en voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg'. De raad van bestuur legt verantwoording af aan de raad van toezicht (artikel 3.1.1). De raad van bestuur moet zich richten naar 'het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming', moet daartoe 'de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden' afwegen (artikel 3.1.2). De raad van bestuur is verantwoordelijk 'voor het beheersen van de risico's verbonden aan de activiteiten van de zorgorganisatie en voor de financiering van de zorgorganisatie': 'De Raad van Bestuur rapporteert hierover aan en bespreekt de interne risicobeheersings- en controlesystemen met de Raad van Toezicht' (artikel 3.1.3). 'De Raad van Bestuur verschaft de Raad van Toezicht tijdig alle informatie die nodig is voor een goede uitoefening van de taak van de Raad van Toezicht. Afspraken hierover worden vastgelegd in een informatieprotocol' (artikel 3.1.4). Vervolgens luidt artikel 3.1.5:

De Raad van Bestuur draagt ervoor zorg dat werknemers en anderen die in een contractuele relatie tot de zorgorganisatie staan, zonder gevaar voor hun rechtspositie de mogelijkheid hebben aan de voorzitter van de Raad van Bestuur of aan een door hem aangewezen functionaris te rapporteren over vermeende onregelmatigheden binnen de zorgorganisatie van algemene, operationele en/of financiële aard. Vermeende onregelmatigheden die het functioneren van leden van de Raad van Bestuur betreffen, worden gerapporteerd aan de voorzitter van de Raad van Toezicht. Deze klokkenluidersregeling wordt algemeen bekend gemaakt.

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 3.1.2. Referentiekader taakvervulling Raad van Bestuur
In dit artikel wordt bepaald dat de Raad van Bestuur zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming. Zorgorganisaties zijn als maatschappelijke onderneming primair gericht op het verlenen van verantwoorde zorg door middel van een cliëntgerichte, veilige, doelmatige, doeltreffende en transparante bedrijfsvoering. Het feit dat zorgorganisaties maatschappelijke ondernemingen zijn, maakt dus dat het handelen en de keuzes van zorgorganisaties anders moeten worden beoordeeld dan het handelen en de keuzes van commerciële ondernemingen. Zorgorganisaties zullen immers – als een direct gevolg van hun maatschappelijk ondernemerschap – regelmatig afwegingen en keuzes moeten maken in een spanningsveld tussen cliëntenbelangen, organisatiebelangen, maatschappelijke en publieke belangen en individuele preferenties

van burgers. Ondernemerschap, risico's en rendement dienen een optimum te vinden in een adequate afweging van deze belangen.
Dit geldt dus ook voor organisaties waarbij het uitkeren van winst mogelijk is. Anders dan klassieke kapitaalvennootschappen, die primair op het genereren van uitkeerbare winst (dividend) gericht zijn, staat bij deze zorgorganisaties winstuitkering primair als middel ten dienste van het maatschappelijk ondernemerschap.
De artikelen 3.1.2. en het daarmee vergelijkbare 4.1.2. zijn van groot belang, omdat in deze artikelen een maatstaf is opgenomen om het handelen van de Raad van Bestuur of de Raad van Toezicht aan te toetsen. In het bijzonder is dat van belang als de Ondernemingskamer in het kader van het enquêterecht een klacht beoordeelt over mogelijk wanbeleid (zie in deze ook art. 2.2.3.). De Ondernemingskamer heeft met deze twee artikelen bij de beoordeling van die vraag een referentiepunt, namelijk het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming.

De omvang van de raad van bestuur wordt vastgesteld door de raad van toezicht, die ook de leden van de raad van bestuur benoemt, schorst en ontslaat (tenzij deze bevoegdheden toekomen aan de algemene vergadering) (artikel 3.2.1 en 3.2.2). Het is ook de raad van toezicht die (weer tenzij deze bevoegdheden toekomen aan de algemene vergadering) verantwoordelijk is voor 'het vaststellen van een maatschappelijk passende beloning, de contractduur, de rechtspositie en de andere arbeidsvoorwaarden van de individuele leden van de Raad van Bestuur' (artikel 3.2.2). Opvallend is dat een voormalig lid van de raad van toezicht na het einde van die functie drie jaar lang niet mag worden benoemd in de raad van bestuur (artikel 3.2.3). Een zorgorganisatie mag aan haar bestuurders 'geen persoonlijke leningen, garanties en dergelijke [verstrekken], tenzij in de normale uitoefening van het bedrijf en tegen de daarvoor voor het gehele personeel geldende voorwaarden en na goedkeuring van de Raad van Toezicht. Leningen worden niet kwijtgescholden' (artikel 3.2.7). De raad van bestuur moet 'integer' zijn en moet zich 'toetsbaar [opstellen] ten aanzien van zijn eigen functioneren' (artikel 3.3.1). Dit brengt mee dat '[e]lke vorm en schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling tussen enig lid van de Raad van Bestuur en de zorgorganisatie wordt vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van bestuurders spelen die van materiële betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende bestuurders, behoeven de goedkeuring van de Raad van Toezicht' (artikel 3.3.1.). Ook bepaalt artikel 3.3: 'Een lid van de Raad van Bestuur kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van lid van de Raad van Toezicht van de zorgorganisatie of van een andere zorgorganisatie die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht, tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie' (artikel 3.3.2), en: 'Een lid van de Raad van Bestuur zal

zonder de toestemming van de Raad van Toezicht geen betaalde of onbetaalde nevenfunctie aanvaarden of continueren als deze nevenfunctie, al dan niet in samenhang met andere betaalde of onbetaalde nevenfuncties, een meer dan minimale werkbelasting kan opleveren of anderszins strijdig kan zijn met de belangen van de zorgorganisatie' (artikel 3.3.3).
Hoofdstuk 4 van de code gaat over 'De Raad van Toezicht'.[39] Ook de bepalingen over de raad van toezicht zijn mede geïnspireerd door De Nederlandse corporate governance code. De raad van toezicht 'heeft tot taak toezicht te houden op het besturen door de Raad van Bestuur en op de algemene gang van zaken in de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming en staat de Raad van Bestuur met raad terzijde': 'De Raad van Toezicht vervult de werkgeversrol voor de Raad van Bestuur en zorgt ondermeer door benoeming, evaluatie en ontslag dat de zorgorganisatie is voorzien van een capabel bestuur' (artikel 4.1.1). Ook de raad van toezicht moet zich richten naar 'het belang van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming', en moet daartoe 'de in aanmerking komende belangen van de bij de zorgorganisatie betrokken belanghebbenden' afwegen (artikel 4.1.3). Het uit te oefenen toezicht omvat ten minste:

• de realisatie van de statutaire en andere doelstellingen van de zorgorganisatie;
• de strategie en de risico's verbonden aan de activiteiten van de zorgorganisatie;
• de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen;
• de financiële verslaglegging;
• de kwaliteit en veiligheid van zorg;
• de naleving van wet- en regelgeving;
• de verhouding met belanghebbenden;
• het op passende wijze uitvoering geven aan de maatschappelijke doelstelling en verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie.

De Raad van Toezicht bespreekt in ieder geval eenmaal per jaar de strategie en de voornaamste risico's verbonden aan de zorgorganisatie, de uitkomsten van de beoordeling door de Raad van Bestuur van de opzet en werking van de interne risicobeheersings- en controlesystemen alsmede eventuele significante wijzigingen daarin. Van het houden van deze besprekingen wordt melding gemaakt in het jaarverslag van de Raad van Toezicht (artikel 4.1.1),

en (mede geïnspireerd door artikel 2:164 lid 1/274 lid 1 BW) zijn in ieder geval de volgende besluiten van de raad van bestuur onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht: besluiten omtrent:

[39] Vergelijk over het toezichthoudend orgaan van een zorgorganisatie: A.G.H. Klaassen, 'Professionalisering van intern toezicht bijzorgaanbieders', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013-4, p. 334-345.

• de vaststelling van de begroting, de jaarrekening en de winstbestemming, tenzij deze bevoegdheid wettelijk aan de Algemene Vergadering toekomt;
• de vaststelling van (strategische) beleidsplannen van de zorgorganisatie;
• het beleid van de zorgorganisatie voor de dialoog met belanghebbenden;
• 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;
• het bestuursreglement van de Raad van Bestuur;
• aangifte van faillissement en aanvraag van surséance van betaling;
• 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 zelfstandigen of als samenwerkingsverband werkzaam is voor de zorgorganisatie;
• overige majeure beslissingen, vast te leggen in de statuten en/of het bestuursreglement (artikel 4.1.2).

De raad van toezicht 'is verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren' (artikel 4.1.5) en 'evalueert zijn functioneren ten minste jaarlijks buiten de aanwezigheid van de Raad van Bestuur en informeert de Raad van Bestuur over de uitkomsten hiervan' (artikel 4.1.6). Ook moet de raad van toezicht 'jaarlijks met elk van de leden van de Raad van Bestuur een gesprek over diens functioneren' voeren (artikel 4.1.4) en 'ten minste jaarlijks met de Raad van Bestuur als geheel een evaluatiegesprek over het wederzijds functioneren van beide organen op zich en in relatie tot elkaar' voeren (artikel 4.1.7). De raad van toezicht en zijn afzonderlijke leden 'hebben een eigen verantwoordelijkheid om van de Raad van Bestuur en de externe accountant alle informatie te verlangen die de Raad van Toezicht behoeft om zijn taak als toezichthoudend orgaan goed te kunnen uitoefenen'; de raad van toezicht kan 'informatie inwinnen van functionarissen en externe adviseurs van de zorgorganisatie' (artikel 4.1.8). De raad van toezicht benoemt, schorst en ontslaat zijn eigen leden en stelt de beloning van zijn eigen leden vast (tenzij deze bevoegdheden toekomen aan de algemene vergadering) (artikel 4.2.1). Bij de benoeming 'wordt gebruik gemaakt van een voor de betreffende vacature opgestelde profielschets' en de leden worden in beginsel 'op openbare wijze geworven' (artikel 4.2.8). Een lid van de raad van toezicht kan maximaal twee keer voor een periode van vier jaar worden benoemd (artikel 4.2.7).

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 4.1.8. Informatie
De Raad van Toezicht is zelf verantwoordelijk voor de kwaliteit van zijn eigen functioneren en heeft daarmee ook een verantwoordelijkheid voor de eigen informatievoorziening. Dat betekent onder meer dat de informatie die de Raad van Toezicht ontvangt naar het eigen oordeel passend moet zijn om

de eigen taak adequaat te kunnen vervullen. Daarom is in dit artikel expliciet vastgelegd welke rechten (en verplichtingen) zowel de Raad van Toezicht als de afzonderlijke toezichthouders hebben om bij de Raad van Bestuur en/of de externe accountant de (nadere) informatie in te winnen die zij nodig hebben om hun taak goed uit te kunnen oefenen. Ook is geregeld dat de Raad van Toezicht informatie kan inwinnen bij functionarissen en externe adviseurs van de zorgorganisatie. Eventuele afspraken hierover kunnen in het in artikel 3.1.4. bedoelde informatieprotocol worden vastgelegd.
Art. 4.2.7. De maximale zittingsduur in de Raad van Toezicht
[…]
Het is in strijd met (de geest van) deze code dat een toezichthouder na een fusie weer met een schone lei aan een 'eerste' drie- of vierjarige periode als toezichthouder bij de rechtsopvolger van de oorspronkelijke zorgorganisatie begint. Als een toezichthouder na een fusie als toezichthouder aanblijft (hetzij als een feitelijk gegeven, hetzij als een herbenoeming), dan geldt binnen het kader van dit artikel van de code dat zijn daaraan voorafgaande periode als toezichthouder meetelt.

Over de samenstelling van de raad van toezicht bepaalt artikel 4.2:

2. De Raad van Toezicht dient zodanig te zijn samengesteld dat hij zijn taak naar behoren kan vervullen.
3. Ieder lid van de Raad van Toezicht dient geschikt te zijn om de hoofdlijnen van het totale beleid te beoordelen. Ieder lid van de Raad van Toezicht beschikt over de specifieke deskundigheid die noodzakelijk is voor de vervulling van zijn specifieke taak, binnen zijn rol in het kader van de profielschets van de Raad.
5. Ten minste één lid van de Raad van Toezicht beschikt over voor de zorgorganisatie relevante kennis van en ervaring in de zorg.
6. Het aantal bestuurlijke of toezichthoudende functies van de leden van de Raad van Toezicht is zodanig beperkt dat een goede taakvervulling door ieder van de leden van de Raad gewaarborgd is.

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 4.2.2. Samenstelling van de Raad van Toezicht
Een goede samenstelling van de Raad van Toezicht wordt bevorderd door het opstellen en hanteren van de profielschets zoals voorgeschreven in artikel 4.2.3. Het is belangrijk om bij het opstellen van deze profielschets gebruik te maken van de inzichten en wensen van belanghebbenden. Belangrijke aandachtspunten bij een goede samenstelling van de Raad zijn zowel een bepaalde spreiding van de leeftijd van de leden als de verdeling van de functies over mannen en vrouwen. Verdere belangrijke aandachtspunten zijn onder meer een diversiteit in deskundigheid, sociale-, culturele, bedrijfsmatige- en zorgachtergrond.

Artikel 4.4 gaat over ‘Onafhankelijkheid’: de raad van toezicht moet zodanig zijn samengesteld ‘dat de leden ten opzichte van elkaar, de Raad van Bestuur en welk deelbelang dan ook onafhankelijk en kritisch kunnen opereren’ (artikel 4.4.1). Leden die door anderen dan de raad van toezicht zelf of door de algemene vergadering zijn benoemd, en ook leden die zijn benoemd door de raad van toezicht zelf of door de algemene vergadering maar op voordracht, ‘zijn onafhankelijk’: ‘De leden van de Raad van Toezicht vervullen hun functie zonder last of ruggespraak en zonder een deelbelang te laten prevaleren’ (artikel 4.4.2). Een lid van de raad van toezicht mag nooit bestuurstaken vervullen binnen de zorgorganisatie (artikel 4.4.3), en: ‘Een lid van de Raad van Toezicht kan niet tegelijkertijd de functie vervullen van lid van de Raad van Bestuur of van de Raad van Toezicht van een andere zorgorganisatie die binnen het verzorgingsgebied van de zorgorganisatie geheel of gedeeltelijk dezelfde werkzaamheden als de zorgorganisatie verricht, tenzij de andere zorgorganisatie als groeps- of dochtermaatschappij of anderszins nauw verbonden is met de zorgorganisatie’ (artikel 4.4.4). Een voormalig lid van de raad van bestuur mag na het einde van die functie drie jaar lang niet worden benoemd in de raad van toezicht. ‘Evenmin zijn tot de leden van de Raad van Toezicht benoembaar werknemers of personen die tot de zorgorganisatie toegelaten zijn tot drie jaar na het einde van hun arbeidscontract of toelatingsovereenkomst’ (artikel 4.4.5). Tenslotte bepaalt artikel 4.5.1: ‘Elke vorm of schijn van persoonlijke bevoordeling dan wel belangenverstrengeling tussen enig lid van de Raad van Toezicht en de zorgorganisatie moet worden vermeden. Besluiten tot het aangaan van transacties waarbij tegenstrijdige belangen van leden van de Raad van Toezicht spelen die van materiele betekenis zijn voor de zorgorganisatie en/of voor de betreffende toezichthouders, behoeven de goedkeuring van de Raad van Toezicht’.

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 4.4.2. Voordrachten
Dit artikel bepaalt dat indien de wet of statuten bepalen dat (bepaalde) leden van de Raad van Toezicht op voordracht worden benoemd, deze leden desondanks volledig onafhankelijk functioneren. Als aan bepaalde partijen rechten toegekend zijn, dan is het ter bevordering van de onafhankelijkheid ook mogelijk dat deze partijen in goed overleg afstand doen van benoemingsrechten. Daar tegenover kan dan afgesproken worden dat zij dan door de Raad van Toezicht betrokken zullen worden bij het opstellen van het gewenste profiel voor meerdere of alle te benoemen leden en/of bij de wervings- en selectieprocedure.
Art. 4.4.3. Het (tijdelijk) vervullen van bestuurstaken
Het vervullen van bestuurstaken door een of meer (gedelegeerde) toezichthouders is uitgesloten. Bij ontstentenis van de Raad van Bestuur dient op andere wijze in het bestuur te worden voorzien. Het verdient aanbeveling dat de Raad van Toezicht bij reglement regelt wat er dient te gebeuren bij ontstentenis van de gehele Raad van Bestuur, waarbij de Raad van Toezicht

de duur van de alsdan te treffen tijdelijke voorzieningen vastlegt. Zie in deze ook artikel 3.2.3.

Hoofdstuk 5 van de code gaat over 'De Algemene Vergadering'. De bepalingen over de algemene vergadering zijn weer mede geïnspireerd door De Nederlandse corporate governance code. Dit hoofdstuk is dus alleen van toepassing op rechtsvormen die een algemene vergadering hebben. In dat geval bepaalt artikel 5.1:

5.1. Positie en bevoegdheden
1. De Algemene Vergadering bepaalt de structuur en statutaire inrichting van de zorgorganisatie en stelt de rechten en verplichtingen van haar individuele leden vast. […]
2. De Algemene Vergadering en haar individuele leden houden bij het uitoefenen van hun bevoegdheden en stemrechten zorgvuldig rekening met de maatschappelijke doelstelling van de zorgorganisatie.
3. De Algemene Vergadering dient zodanig invloed te kunnen uitoefenen op het beleid van de Raad van Bestuur en de Raad van Toezicht van de zorgorganisatie, dat zij een volwaardige rol speelt in het systeem van 'checks and balances' in de zorgorganisatie.
4. De besluiten van de Raad van Bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de zorgorganisatie als maatschappelijke onderneming zijn aan de goedkeuring van de Algemene Vergadering onderworpen.

Hoofdstuk 6 van de code ('Toepassing') bepaalt: 'De hoofdlijnen van de governancestructuur van de zorgorganisatie worden, mede aan de hand van de principes die in deze code zijn genoemd, in het Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording van de zorgorganisatie uiteengezet' (artikel 6.2), en 'In dit Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording geeft de zorgorganisatie uitdrukkelijk aan dat zij de principes van deze governancecode heeft opgevolgd en naleeft en zo niet, waarom niet en op welke punten zij met welke vervangende regels daarvan afwijkt (het 'pas toe of leg uit'-beginsel)' (artikel 6.3). Hoofdstuk 7 van de code ('Naleving') voegt daaraan toe dat belanghebbenden bij een zorgorganisatie 'die op enigerlei wijze nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop deze zorgorganisatie de Zorgbrede Governancecode 2010 heeft nageleefd' een 'toetsingsverzoek' kunnen indienen bij de Governancecommissie Gezondheidszorg (artikel 7).[40]

[40] Vergelijk P. Bergkamp & L. Houwen, 'Vechten of beslechten: conflicthantering in de zorg door het Scheidsgerecht', in: L. Houwen, P. Bergkamp & L. Arends (redactie), *Governance en ondernemerschap in de zorg. Nieuwe bestuurlijke verantwoordelijkheden in de gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 2010, p. 243-262 (258-259).

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Hoofdstuk 7. Naleving
Anders dan bijvoorbeeld in hoofdstuk 2.2., kunnen belanghebbenden hier in beginsel ook individuele belanghebbenden zijn.

Hoofdstuk 1 van de code ('Werkingssfeer') bevat behalve de artikelen 1.1 en 1.2 nog de volgende bepalingen:

1.3. Dispensatie kleine zorgorganisaties
Kleine zorgorganisaties, zijnde zorgorganisaties met minder dan 10 zorggerelateerde personeelsleden en een zorgomzet van minder dan 1.000.000 euro zijn – mits zij in het laatst uitgebrachte Jaardocument Maatschappelijke Verantwoording hierop expliciet een beroep gedaan hebben – voor het verslagjaar en voor het daarop volgende verslagjaar vrijgesteld van al hetgeen deze code bepaalt, met uitzondering van naleving van het bepaalde in de artikelen 2.1.1., 2.1.2. en 2.3.1. Kleine zorgorganisaties worden wel geacht om waar mogelijk steeds in de geest van deze code te handelen. De dispensatie kent een maximale duur van twee jaar.
1.4. Vennootschappen en coöperatie
De (onderdelen van de) bepalingen in deze code die betrekking hebben op de taken, bevoegdheden en/of verantwoordelijkheden van de Algemene Vergadering en haar individuele leden (aandeelhouders, leden of vennoten) zijn slechts van toepassing als de zorgorganisatie de rechtsvorm van een besloten of naamloze vennootschap, een coöperatie of vereniging respectievelijk een personenvennootschap heeft.

[uit de Toelichting bij de artikelen:] Art. 1.4. Vennootschappen en coöperatie
De taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden die deze code aan de Algemene Vergadering of aan de leden daarvan (afhankelijk van het type rechtspersoon zijn dat aandeelhouders, leden of vennoten) toekent, zijn uiteraard slechts van toepassing indien de zorgorganisatie de rechtsvorm van de NV, BV, coöperatie, vereniging of een personenvennootschap heeft. Als dat het geval is, dan is de gehele code van toepassing met dien verstande echter dat afhankelijk van de rechtsvorm het woord 'aandeelhouders' in de code vervangen dient te worden door een van de woorden 'coöperatieve leden', 'leden' of 'vennoten'.

D. CULTUUR: DE GOVERNANCE CODE CULTUUR

de Governance Code Cultuur

[**15**] De Werkgroep Governance Code Cultuur heeft in oktober 2013 de Governance Code Cultuur gepubliceerd.[41] De code heeft als ondertitel 'Goed

[41] <www.governancecodecodecultuur.nl>.

bestuur en toezicht in de cultuursector: De 9 principes'. De code bestaat uit een Voorwoord en een Preambule, een uiteenzetting 'Over bestuur en toezicht', een met name op de website uitgewerkte Toolkit, 'De 9 principes', en bijlagen. In de bijlage 'Begrippen' staat: 'De cultuursector omvat alle bedrijvigheid op het terrein van de kunsten en de cultuur door de overheid, vanuit de markt, dan wel in een mix daarvan gefinancierd. Tot de onderdelen worden in ieder geval gerekend: de amateurkunst, de cultuur- en erfgoededucatie, de archieven, architectuur en stedenbouw, beeldende kunst, vormgeving/design, muziek, muziektheater, theater, dans, film, fotografie, landschapsarchitectuur, letteren, bibliotheken, media-art, musea en cultureel erfgoed'. De principes in de code worden uitgewerkt in zogenoemde praktijkaanbevelingen (PA). Naleving gebeurt op basis van het 'pas toe of leg uit'- (*comply or explain*-)beginsel, waarover de Preambule opmerkt: 'Het gaat er niet om of we alle regels kunnen afvinken, maar of er sprake is van bewust handelen. Daarom bestaat de code uit 9 principes die algemeen gesteld maar ook verplichtend zijn. Wie, vanwege het karakter of de omvang van zijn organisatie, wil afwijken van de code is daarin vrij. In het kader van de verantwoording en de transparantie is het dan wél van belang dat te kunnen uitleggen. Omgekeerd: als je niet kunt uitleggen waarom je het anders zou doen is het bestuurlijk wél zo verstandig de code te volgen. Vandaar het principe: "Pas toe of leg uit"'.

De code maakt een onderscheid tussen het 'raad-van-toezicht-model' en het 'bestuur-model'. In het gedeelte 'Over bestuur en toezicht' staat over deze modellen:

Bij het raad-van-toezicht-model is het bestuurlijk proces met uitzondering van het toezicht in handen van 'het bestuur'. Het bestuur in het raad-van-toezicht-model is professioneel en bestaat uit één of meer statutair bestuurders. De toezichthoudende functie ligt bij een apart orgaan: de raad van toezicht. Het toezicht heeft op twee momenten plaats. Vooraf: de plannen (missie, strategie, beleidsplan en begroting) worden ter goedkeuring aan de raad van toezicht voorgelegd. En achteraf: de raad van toezicht beoordeelt het bestuur en de organisatie kritisch en keurt het jaarverslag goed. Daarnaast heeft de raad van toezicht ook een stimulerende en adviserende functie jegens het bestuur. De raad van toezicht benoemt en ontslaat het bestuur en de externe accountant. Organisaties met deze besturingsvorm zijn veelal grotere organisaties met een professionele dagelijkse leiding, een eigen staf en interne hiërarchie. (voetnoot weggelaten),

en:

Bij het bestuur-model is het hele bestuurlijk proces in handen van 'het bestuur'. Het bestuur bestaat uit leden die deze functie onbezoldigd vervullen. Het bestuur kan de bestuurlijke taken zelf uitvoeren, maar kan ook de uit-

voering delegeren aan een directie. Het bestuur blijft echter volledig verantwoordelijk. Ook de toezichthoudende functie wordt hier door het bestuur vervuld. Deze functie krijgt vooral gestalte in de onderlinge afstemming tussen de bestuursleden en de door hen gehanteerde principes uit de code.
Organisaties met deze besturingsvorm kunnen kleine organisaties zijn, waar het bestuur veel zelf uitvoert. Er zijn weinig procedures en reglementen (vastgelegd). Maar het kan ook om grotere, meer professionele organisaties gaan. Uitvoering wordt dan gedelegeerd aan een directie die bestaat uit één of meer directieleden. Procedures en reglementen zijn hier vastgelegd.

De code is vooral geschreven voor het raad-van-toezicht-model met een bestuur en een raad van toezicht. Voor het bestuur-model met een bestuur en een directie kan in de verschillende code-bepalingen raad van toezicht worden gelezen als bestuur (tenzij in een bepaling een uitsplitsing wordt gemaakt). De code realiseert zich dat ook in een raad-van-toezicht-model het bestuur als directie kan worden aangeduid. Eén van de bijlagen bij de code gaat over de directie. Hierin wordt aangegeven wat een directie kan zijn: 'de "directeur-bestuurder" of "het bestuur" in het raad-van-toezicht-model', en 'de "directeur" of de "directie" in een bestuur-model'. De bijlage is speciaal beschreven voor een bestuur-model met een bestuur en een directie. Voor die situatie bevat de bijlage het volgende principe: 'Als de organisatie over een directie beschikt is het bestuur verantwoordelijk voor het functioneren van de directie'. Onder dit principe wordt opgemerkt dat het bestuur duidelijk moet maken welke taken aan de directie zijn gedelegeerd, de directie de verantwoordelijkheden van het bestuur moet respecteren, en de directie ervoor zorg moet dragen 'dat alle belangrijke beslissingen en strategische documenten door het bestuur worden vastgesteld'.

De code bevat de volgende negen principes:

Principe 1: 'Het bestuur is verantwoordelijk voor het in acht nemen van de Governance Code Cultuur'.

[enkele PA zijn:] '3. De organisatie kan afwijken van een principe of een praktijkaanbeveling. Aard en omvang van de organisatie of aanwezige kennis en ervaring leveren de motieven', '4. In het jaarverslag maakt de organisatie melding van toepassing van de code en van eventuele wijzigingen op het gebied van de governance, inclusief het besturingsmodel', en '5. Op de website geeft de organisatie informatie over de wijze waarop zij de code toepast'.

Principe 2: 'Het bestuur kiest het besturingsmodel van de organisatie bewust'.

[een PA is:] ‘3. Als er aanleiding is om van besturingsmodel te veranderen organiseert het bestuur overleg met betrokken partijen. Het bestuur stelt zo nodig een implementatieplan vast’.

Principe 3: ‘Het bestuur is verantwoordelijk voor de organisatie. Het bestuur is in- en extern duidelijk over de taken, bevoegdheden en werkwijze’.

[enkele PA zijn: voor zowel het raad-van-toezicht-model als het bestuur-model:] ‘1. Het bestuur opereert vanuit haar missie en weegt daarbij de belangen van de stakeholders mee’, ‘3. De organisatie kent een op de instelling toegesneden systeem voor risicobeheersing en controle. Het jaarverslag bericht over de toepassing hiervan’, ‘6. Alle voor de organisatie belangrijke beslissingen en strategische documenten worden door het bestuur vastgesteld’, ‘Leden van het bestuur aanvaarden niet zonder méér nevenfuncties als deze de belangen van de organisatie zouden kunnen raken (zie ook principe 8)’, ‘9. De organisatie maakt het mogelijk dat medewerkers die onregelmatigheden menen waar te nemen deze zonder risico voor hun positie kunnen melden. Zij melden deze bij het bestuur of bij een door het bestuur aangewezen functionaris’, [alleen voor het raad-van-toezicht-model:] ‘10. Als medewerkers onregelmatigheden te melden hebben die het bestuur zelf betreffen dan doen zij dat aan de voorzitter van de raad van toezicht’, ‘13. Het bestuur geeft alle informatie die nodig is voor het goed kunnen functioneren van de raad van toezicht. Het bestuur doet dit gevraagd en ongevraagd en tijdig. (“Geen verrassingen” is een belangrijk principe voor de onderlinge relatie.)’, ‘14. Het bestuur legt belangrijke beslissingen en strategische documenten ter goedkeuring aan de raad van toezicht voor’, en [alleen voor het bestuur-model:] ’15. Als medewerkers onregelmatigheden te melden hebben die het bestuur zelf betreffen dan doen zij dat aan de voorzitter van het bestuur’.

Principe 4: ‘De raad van toezicht stelt rechtspositie en bezoldiging van het bestuur zorgvuldig vast en is hierover zo open mogelijk’.

Principe 5: ‘De raad van toezicht legt zijn taken, verantwoordelijkheden en werkwijze vast en handelt daarnaar’.

[enkele PA zijn (‘Onderstaande praktijkaanbevelingen gelden ook voor het bestuur in een bestuur-model’):] ‘1. Bij zijn werk laat de raad van toezicht zich leiden door het culturele, economische en maatschappelijke belang van de organisatie’, ‘2. De raad van toezicht richt zich op het belang van de organisatie en weegt de belangen af van degenen die bij de organisatie zijn betrokken (de stakeholders)’, ‘6. De raad van toezicht is verantwoordelijk voor zijn eigen functioneren. De raad van toezicht bespreekt zijn functioneren tenminste eenmaal per jaar buiten aanwezigheid van bestuur/directie en bereidt dit zelf voor’, ‘7. Ook bespreekt de raad van toezicht tenminste een-

maal per jaar het functioneren van bestuur/directie. Dit bereidt de raad van toezicht buiten aanwezigheid van bestuur/directie voor', '8. De raad van toezicht houdt actief op stimulerende en kritische wijze toezicht', '9. De raad van toezicht benoemt de externe accountant na advies van het bestuur/directie (zie ook principe 9)', '10. De raad van toezicht adviseert het bestuur en doet dit op actieve wijze, zowel anticiperend als reflecterend op beslissingen van het bestuur', '11. De raad van toezicht kent een vast aantal onderwerpen die in ieder geval tot het toezicht behoren, zoals: realisatie van doelstellingen, strategie, risicobeheer en financieel beleid', en '12. De raad van toezicht beslist over benoeming, beoordeling, bezoldiging, schorsing en ontslag van het bestuur. Bij het vervullen van (artistieke) bestuursfuncties laat de raad zich extern adviseren'.

Principe 6: 'De raad van toezicht is verantwoordelijk voor zijn samenstelling: hij waarborgt deskundigheid, diversiteit en onafhankelijkheid'.

[enkele PA zijn ('Onderstaande praktijkaanbevelingen gelden ook voor het bestuur in een bestuur-model'):] '1. De raad van toezicht bestaat uit minimaal drie leden', '2. De raad van toezicht moet zó zijn samengesteld dat hij zijn werk naar behoren kan doen', '3. Elk lid van de raad van toezicht moet het beleid van de organisatie op hoofdlijnen kunnen beoordelen', '4. Daarnaast draagt elk lid met een eigen specifieke deskundigheid bij aan de kennis en expertise waarover de raad van toezicht overeenkomstig zijn profielschets beschikt', '5. In zijn samenstelling waarborgt de raad van toezicht diversiteit; in het bijzonder heeft hij daarbij aandacht voor leeftijd, etnische achtergrond en geslacht', '7. Vacatures in de raad van toezicht worden openbaar gemaakt', en '9. Statutair legt de organisatie de maximale zittingstermijn voor de leden van de raad van toezicht vast. Gebruikelijk is: tweemaal een periode van vier jaar of driemaal een periode van drie jaar'.

Principe 7: 'De raad van toezicht geeft tevoren aan welke inzet van de leden wordt verwacht en welke eventuele vergoeding daar tegenover staat'.

[enkele PA zijn ('Onderstaande praktijkaanbevelingen gelden ook voor het bestuur in een bestuur-model'):] '1. Ieder lid van de raad van toezicht wordt geacht voldoende tijd te hebben voor de vervulling van zijn functie; dat waarborgt een goede taakvervulling. Als er geen of slechts een beperkte vergoeding is ontslaat dat leden niet van de plicht tot behoorlijke invulling van hun taak', '2. De raad van toezicht stelt een eventuele vergoeding voor zijn leden vast, passend bij het karakter van de organisatie, wettelijke voorschriften en subsidievoorwaarden' (voetnoot wegelaten), '4. De eventuele vergoeding aan leden van de raad van toezicht is niet afhankelijk van de resultaten van de organisatie', '8. De voorzitter van de raad van toezicht is geen voormalig lid van het bestuur van de organisatie', '9. De raad van toezicht kan een van de leden tot "gedelegeerd lid" benoemen. Dit is van tijde-

lijke aard. Het gaat om een bijzondere taak die intensiever toezicht en advies en meer geregeld overleg met het bestuur vergt. De delegatie gaat niet verder dan de taken die de raad van toezicht zelf heeft en omvat niet het besturen van de organisatie. De raad van toezicht kan hiervoor een aparte vergoeding verstrekken', '10. Delegatie van taken aan één lid doet niets af aan de collectieve verantwoordelijkheid en bevoegdheden van de raad van toezicht. Het gedelegeerd lid blijft lid van de raad van toezicht', en '11. Als een lid van de raad van toezicht tijdelijk voorziet in het vervullen van een bestuurs-/directiefunctie dan treedt dit lid voor die periode uit de raad van toezicht'.

Principe 8: 'Toezichthouders en bestuurders vermijden elke vorm van belangenverstrengeling. De raad van toezicht ziet hier op toe'.

[enkele PA zijn ('Onderstaande praktijkaanbevelingen gelden ook voor het bestuur in een bestuur-model'):] '1. Ieder lid van de raad van toezicht moet onafhankelijk en kritisch kunnen bijdragen aan de besluitvorming. De raad van toezicht vergewist zich van de onafhankelijkheid van zijn leden. De raad van toezicht is verantwoordelijk voor de besluitvorming over hoe de instelling met tegenstrijdige belangen om gaat', '2. Besluiten over het aangaan van transacties of relaties waarbij tegenstrijdige belangen kunnen spelen behoeven vooraf goedkeuring van de raad van toezicht' (voetnoot weggelaten), '3. Als een lid van de raad van toezicht of het bestuur een nevenfunctie aanvaardt die gezien de aard of het tijdsbeslag van betekenis is voor zijn functioneren vraagt hij vooraf goedkeuring van de raad van toezicht', '4. Een lid van de raad van toezicht of bestuur • treedt niet in concurrentie met de organisatie; • neemt van de organisatie geen schenkingen aan of bedingt deze voor zichzelf of zijn naasten; • verschaft zichzelf geen ongerechtvaardigd voordeel ten laste van de organisatie; • benut geen zakelijke kansen die de organisatie toekomen voor zichzelf of zijn naasten' (voetnoot weggelaten), '6. Als sprake is van een (mogelijk) tegenstrijdig belang meldt de betreffende persoon dit direct aan de voorzitter van de raad van toezicht en hij geeft daarbij alle relevante informatie. Buiten zijn aanwezigheid neemt de raad van toezicht hierover dan een standpunt in. Of daadwerkelijk sprake is van tegenstrijdig belang is aan het oordeel van de raad van toezicht. Wanneer zich op dit punt kwesties voordoen is de raad van toezicht hier naar buiten toe open over' (voetnoot weggelaten), '7. Een lid van de raad van toezicht of bestuur neemt niet deel aan discussie en besluitvorming over zaken waarin hij een tegenstrijdig belang heeft', '8. Goedgekeurde besluiten waarbij sprake is van tegenstrijdige belangen komen, met toelichting, in het jaarverslag te staan', '9. De organisatie verstrekt aan leden van de raad van toezicht of bestuur geen persoonlijke leningen, garanties en dergelijke', en '10. Het jaarverslag vermeldt nevenfuncties van de leden van de raad van toezicht en het bestuur'.

De bijlage bij de code die over de directie gaat schrijft: ‘Principe 8 is ook van toepassing op de directie’.

Principe 9: ‘Het bestuur is verantwoordelijk voor financieel beleid en risicobeheer door sluitende interne procedures en externe controle’.

[enkele PA zijn:] ‘1. Het bestuur is verantwoordelijk voor de opgemaakte financiële verslagen. In het raad-van-toezicht-model ziet de raad van toezicht er op toe dat dit volgens de afgesproken normen gebeurt’, ‘2. De raad van toezicht benoemt de externe accountant en stelt diens beloning vast; dit op basis van advies van het bestuur. In het bestuur-model benoemt het bestuur de externe accountant, al dan niet op advies van de directie en stelt het bestuur de beloning vast’, en ‘8. De externe accountant krijgt geen opdrachten vanuit de organisatie die zijn onafhankelijke controle in gevaar zouden kunnen brengen. Zijn er andere dan controle-opdrachten dan laat de accountant dit aan de raad van toezicht respectievelijk het bestuur weten’.

HOOFDSTUK 4
CLOSE ENCOUNTERS OF THE FIRST AND SECOND KIND: DE FUNCTIECUMULATIEREGELING EN ZETELVERDELINGSREGELING EN DE STRUCUURREGELING

A. INLEIDING

de functiecumulatieregeling en zetelverdelingsregeling en de structuurregeling

[**16**] Boek 2 BW bevat enkele regelingen die de manier waarop bestuur en toezicht moeten worden ingericht in belangrijke mate beïnvloeden. Deze regelingen zijn van toepassing wanneer een rechtspersoon een bepaalde omvang heeft bereikt. Het gaat om (voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen en stichtingen) de *functiecumulatieregeling* in de artikelen 2:132a/242a/297a en 142a/252a/297b BW, (voor naamloze en besloten vennootschappen) de *zetelverdelingsregeling* in artikel 2:166/276 BW, en (voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen) de *structuurregeling* in de artikelen 2:152-164a/262-274a BW. De *functiecumulatieregeling* is van toepassing op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen en stichtingen en de *zetelverdelingsregeling* is van toepassing op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die voldoen aan ten minste twee van de volgende drie alternatieve criteria:
- het balanstotaal van de rechtspersoon, berekend volgens de activa op de balans gewaardeerd op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs is groter dan € 17.500.000,
- de netto-omzet van de rechtspersoon is groter dan € 35.000.000, en:
- het gemiddelde aantal werknemers bij de rechtspersoon is ten minste 250.

De benaming die wordt gebruikt voor rechtspersonen die aan ten minste twee van deze drie alternatieve criteria voldoen is ‘grotere’ of (enigszins verwarrend omdat die term ook in het kader van de structuurregeling wordt gebruikt) ‘grote’ rechtspersonen. De structuurregeling is van toepassing op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die voldoen aan de volgende drie cumulatieve criteria:
- het geplaatste kapitaal van de vennootschap te samen met de reserves (dat komt ongeveer maar niet helemaal neer op het eigen vermogen van de vennootschap) bedraagt ten minste € 16.000.000,
- de vennootschap heeft op grond van de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad ingesteld, en:
- bij de vennootschap zijn in Nederland in de regel ten minste 100 werknemers werkzaam.

De functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling verwijzen naar een balanstotaal dat groter is dan € 17.500.000. Het gaat bij het balanstotaal

aan de passiefkant van de balans om zowel het eigen vermogen als het vreemd vermogen van de rechtspersoon. De structuurregeling verwijst naar een geplaatste kapitaal te samen met de reserves van ten minste € 16.000.000. Het gaat bij het geplaatste kapitaal te samen met de reserves aan de passiefkant van de balans om alleen (ongeveer) het eigen vermogen van de rechtspersoon. Uitgaande van een voor veel ondernemingen redelijke verhouding tussen het eigen vermogen (EV) en het vreemd vermogen (VV) van minimaal 50% EV-50% VV zakkend tot 25% EV-75% VV zou een structuurvennootschap met een eigen vermogen van € 16.000.000 een balanstotaal hebben van € 32.000.000 tot € 64.000.000. Dat betekent dat op basis van alleen de financiële criteria die de wet hanteert de toepassing structuurregeling begint bij vennootschappen die ten minste twee maal de omvang hebben van rechtspersonen waarvoor de toepassing van de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling begint (die beginnen immers bij en balanstotaal van meer dan € 17.500.000).

B. *A CLOSE ENCOUNTER OF THE FIRST KIND*: DE FUNCTIECUMULATIEREGELING EN DE ZETELVERDELINGSREGELING

de functiecumulatieregeling bij naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en stichtingen, en de zetelverdelingsregeling bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen

inleiding

[**17**] Tijdens de parlementaire behandeling van de wet bestuur en toezicht in de Tweede Kamer zijn verschillende amendementen aangenomen. Twee amendementen leiden tot belangrijke wijzigingen van de wettelijke regelingen over het bestuur en toezicht in naamloze vennootschappen en in besloten vennootschappen, en in mindere mate in stichtingen. *Het eerste amendement* (van het lid Irrgang) regelt voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen en voor stichtingen twee kwesties:
- ten eerste hoeveel niet uitvoerend bestuurderschappen of commissariaten één persoon kan vervullen. Het antwoord is vijf, maar het voorzitterschap van een monistisch bestuur of van een raad van commissarissen telt dubbel, en:
- ten tweede hoeveel niet uitvoerend bestuurderschappen of commissariaten iemand kan vervullen naast de functie van uitvoerend bestuurder in een monistisch model of van bestuurder in een dualistisch model. Het antwoord is twee, maar het voorzitterschap van een monistisch bestuur of van een raad van commissarissen is in het geheel niet toegestaan.[42] Deze regeling wordt hier als de *functiecumulatieregeling* aangeduid.

[42] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 31 763, wet bestuur en toezicht, nr 20, amendement van het lid Irrgang (3 december 2009).

Het tweede amendement (van het lid Kalma c.s.) probeert voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen te bereiken dat de zetels in een monistisch bestuur en in het bestuur en de raad van commissarissen in een dualistisch model evenwichtig zijn verdeeld over vrouwen en mannen in die zin dat ten minste 30% van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste 30% van de zetels wordt bezet door mannen, althans 'voor zover deze zetels worden verdeeld over natuurlijke personen'.[43] Deze regeling wordt hier als de *zetelverdelingsregeling* aangeduid.[44]
het eerste en tweede amendement: de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling

[**18**] Het amendement van het lid Irrgang (de functiecumulatieregeling) maximeert voor sommige naamloze en besloten vennootschappen en voor sommige stichtingen het aantal niet uitvoerend bestuurderschappen of commissariaten dat één persoon kan vervullen tot vijf (waarbij een voorzitterschap dubbel telt), en maximeert voor sommige naamloze en besloten vennootschappen en voor sommige stichtingen het aantal niet uitvoerend bestuurderschappen of commissariaten dat een uitvoerend bestuurder van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met een monistisch model en een bestuurder van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met een dualistisch model en een bestuurder van een stichting kan vervullen tot twee (waarbij het voorzitterschap van een monistisch bestuur of van een raad van commissarissen in het geheel niet is toegestaan).

Het amendement van het lid Kalma c.s. (de zetelverdelingsregeling) gaat voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen in het algemeen uit van een wenselijke situatie waarin de zetels in een monistisch model en in het bestuur en de raad van commissarissen in een dualistisch model voor ten minste 30% worden bezet door vrouwen en voor ten minste 30% worden bezet door mannen, en probeert te bevorderen dat deze situatie in sommige naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen ook inderdaad wordt bereikt.

De toelichting bij het amendement geeft aan dat de regeling tijdelijk is omdat zij op 1 januari 2016 weer vervalt:

---

[43] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 31 763, wet bestuur en toezicht, nr 14, gewijzigd amendement van het lid Kalma c.s. ter vervanging van dat gedrukt onder nr 8 (1 december 2009).

[44] De bespreking van de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling is gebaseerd op: C. de Groot, 'Three Innovations in Corporate Law in the Netherlands: On Directors' Employment Contracts, Limits to Non-Executive Directorships and Gender-Balanced Boards', *European Company Law* 2013-4/5, p. 147-155.

> De reikwijdte van de voorgestelde bepalingen beperkt zich in de tijd door het opnemen van een horizonbepaling, welke regelt dat de artikelen welke het amendement invoert in het Burgerlijk Wetboek, per 1 januari 2016 komen te vervallen.

De functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling zijn van toepassing op vennootschappen (en de functiecumulatieregeling ook op stichtingen) die als 'groter' of ook wel als 'groot' worden aangeduid. De termen 'groter' en 'groot' moeten daarbij worden opgevat als 'groter' en 'groot' in de zin van het jaarrekeningenrecht. Het jaarrekeningenrecht maakt een onderscheid tussen drie soorten rechtspersonen: rechtspersonen die volledig jaarrekeningplichtig zijn, rechtspersonen die vanwege hun omvang beperkt jaarrekeningplichtig zijn en rechtspersonen die vanwege hun omvang zeer beperkt jaarrekeningplichtig zijn. Rechtspersonen die zeer beperkt jaarrekeningplichtig zijn worden ook wel als 'kleine' rechtspersonen aangeduid; de jaarrekeningplicht van deze rechtspersonen wordt geregeld in artikel 2:396 BW. Rechtspersonen die beperkt jaarrekeningplichtig zijn worden ook wel als 'middelgrote' rechtspersonen aangeduid; de jaarrekeningplicht van deze rechtspersonen wordt geregeld in artikel 2:397 BW. Rechtspersonen die volledige jaarrekeningplichtig zijn worden ook wel als 'grotere' of 'grote' rechtspersonen aangeduid. Volgens artikel 2:397 lid 1 BW is een middelgrote rechtspersoon een rechtspersoon die (tenzij het regime voor kleine rechtspersonen van toepassing is) voldoet:
aan twee of drie van de volgende vereisten:
a. de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, *niet meer dan € 17 500 000*;
b. de netto-omzet over het boekjaar bedraagt *niet meer dan € 35 000 000*;
c. het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt *minder dan 250* (cursiveringen toegevoegd.

De functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling zijn alleen van toepassing op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen (en de functiecumulatieregeling ook op stichtingen) die in de zin van het jaarrekeningen recht 'groter' of 'groot' zijn. Dit wordt bereikt door in die regelingen te verwijzen naar een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap (en in de functiecumulatieregeling naar een stichting) die *niet* voldoet aan ten minste twee van de vereisten van artikel 2:397 lid 1 BW: door daaraan *niet* te voldoen is de vennootschap of stichting geen middelgrote vennootschap of stichting maar een grotere of grote vennootschap of stichting. Hoewel de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling verwijzen naar grotere of grote vennootschappen in de zin van het jaarrekeningenrecht gaat het niet om vennootschappen die *de facto* volledig jaarrekeningplichtig zijn: ook vennootschappen die niet voldoen aan ten minste twee van de vereisten van artikel 2:397 lid 1 BW maar desondanks niet jaarrekeningplichtig

zijn (met name op grond van de vrijstelling van de jaarrekeningplicht in artikel 2:403 BW) vallen onder de functiecumulatieregeling en de zetelverdelingsregeling. Dit is anders bij de toepassing van de functiecumulatieregeling op stichtingen. Artikel 2:297a lid 1 onder a (en artikel 2:297b lid 1) BW beperkt de reikwijdte tot een stichting die wel *de facto* 'bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9'. Hierover schrijft de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer bij de reparatiewet bestuur en toezicht:[45]

> Met het wetsvoorstel wordt verduidelijkt dat de regeling uitsluitend stichtingen raakt indien zij een jaarrekening moeten opmaken met inachtneming van de regels van titel 9 van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (of een financiële verantwoording moeten maken die daaraan gelijkwaardig is); is dat niet het geval, dan is artikel 2:397 BW niet op hen van toepassing.

De functiecumulatieregeling heeft eerbiedigende werking: 'De artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing op de benoeming of aanwijzing van personen tot bestuurder of commissaris die voor de datum van inwerkingtreding van deze wet heeft plaatsgevonden' (artikel VI van de wet bestuur en toezicht).

het eerste amendement: de functiecumulatieregeling

algemeen

[**19**] De functiecumulatieregeling staat in artikel 2:132a/242a en 142a/252a BW. Artikel 2:132a/242a BW beperkt het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen dat een bestuurder in een dualistisch model en een uitvoerend bestuurder in een monistisch model kan vervullen. Artikel 2:142a/252a BW beperkt het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen dat één persoon tegelijkertijd kan vervullen. De regeling is in de artikelen 2:297a en 297b BW doorgetrokken naar stichtingen.

Het amendement van het lid Irrgang dat tot de functiecumulatieregeling heeft geleid is niet rechtstreeks in de wet terechtgekomen, maar heeft geresulteerd in een omstandige wetgevingsprocedure. Eerst zijn door een amendement 'enkele technische aanpassingen' aangebracht: dit amendement is aangenomen tijdens de parlementaire behandeling van de wet vereenvoudi-

[45] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 3, memorie van toelichting (2 september 2011), p. 1.

ging en flexibilisering bv-recht.[46] Vervolgens heeft de regering de reparatiewet bestuur en toezicht aan het parlement aangeboden.[47] Ondanks de benaming van deze reparatiewet (wetsvoorstel tot 'Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter verduidelijking van de artikelen 297a en 297b') wijzigde zij niet alleen de artikelen 2:297a en 297b BW maar alle artikelen van de functiecumulatieregeling. De tekst van dit wetsvoorstel is aangepast door een nota van wijziging[48], door een tweede nota van wijziging (niet inhoudelijk, maar in verband met de datum van inwerkingtreding),[49] en door een derde nota van wijziging ('een louter technische wijziging').[50] Tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer is één amendement (van het lid Van der Steur) aangenomen.[51]

beperking van het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen dat een bestuurder in een dualistisch model en een uitvoerend bestuurder in een monistisch model kan vervullen

[**20**] Artikel 2:132a lid 1/242a lid 1 BW bepaalt dat de volgende personen *niet* tot bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap ('die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2') kunnen worden benoemd:

a. personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan twee rechtspersonen;
b. personen die voorzitter zijn van de raad van commissarissen van een rechtspersoon of van het bestuur van een rechtspersoon indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

---

[46] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2009-2010, 31 058, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), nr 27, amendement van het lid Irrgang (15 december 2009).
[47] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 2, voorstel van wet (2 september 2011).
[48] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 6, nota van wijziging (9 december 2011).
[49] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 12, tweede nota van wijziging (1 mei 2012).
[50] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 20, derde nota van wijziging (25 juni 2012).
[51] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 13, gewijzigd amendement van het lid Van der Steur ter vervanging van dat gedrukt onder nr 7 (20 juni 2012).

En artikel 2:297a lid 1 en 2 BW bepaalt dat de volgende personen *niet* tot bestuurder van een stichting (lid 1 onder b: die 'op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2') kunnen worden benoemd:

a. personen die commissaris of, indien de bestuurstaken bij een rechtspersoon zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, niet uitvoerende bestuurder zijn bij meer dan twee rechtspersonen;
b. personen die voorzitter zijn van de raad van commissarissen van een rechtspersoon of van het bestuur van een rechtspersoon indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders.

Op deze manier geeft de functiecumulatieregeling aan dat iemand die *bestuurder* is van een naamloze of besloten vennootschap die onder de functiecumulatieregeling valt of van een stichting die onder de functiecumulatieregeling valt naast het bestuurderschap maximaal twee commissariaten of niet uitvoerend bestuurderschappen mag bekleden, waarbij het voorzitterschap van een monistisch bestuur of van een raad van commissarissen is in het geheel niet toegestaan. De hier bedoelde *bestuurder* is allereerst een *bestuurder in een dualistisch model*. Daarnaast hebben deze bepalingen in een monistisch model betrekking op een *uitvoerend bestuurder*. De wet formuleert dat in artikel 2:132a lid 2 onder d/242a lid 2 onder d BW als volgt: voor de toepassing van de functiecumulatieregeling 'wordt met bestuurder in de zin van de aanhef van lid 1 gelijkgesteld de uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders'. Een dergelijke gelijkstellingsbepaling komt niet voor in artikel 2:297a BW omdat de wet het monistische model alleen voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen mogelijk maakt.

Daarnaast bevatten artikel 2:132a lid 2 onder a/242a lid 2 onder a en artikel 2:297a lid 3 onder a BW nog een gelijkstellingsbepaling: voor de toepassing van de functiecumulatieregeling 'wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld'. De bedoeling van deze bepaling is vooral dat voor de toepassing van de functiecumulatieregeling lidmaatschappen van een toezichthoudend orgaan dat een stichting kan hebben ook worden meegeteld wanneer dat toezichthoudend orgaan niet als raad van commissarissen maar bij voorbeeld als raad van toezicht wordt aangeduid (en dat voorzitterschappen van zo'n orgaan in het geheel niet zijn toegestaan).

beperking van het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen dat één persoon tegelijkertijd kan vervullen

[**21**] Artikel 2:142a lid 1/252a lid 1 BW bepaalt dat de volgende personen *niet* tot commissaris van een naamloze of besloten vennootschap ('die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2') kunnen worden benoemd: 'personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij vijf of meer andere rechtspersonen. Het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, telt dubbel'. En artikel 2:297b lid 1 BW bepaalt dat de volgende personen *niet* tot lid van het toezichthoudend orgaan van een stichting ('als bedoeld in artikel 297a lid 1', dat wil zeggen die 'op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2') kunnen worden benoemd: 'personen die commissaris of niet uitvoerende bestuurder zijn bij vijf of meer andere rechtspersonen. Het voorzitterschap van de raad van commissarissen of het bestuur, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders, telt dubbel'. Op deze manier geeft de functiecumulatieregeling aan dat iemand die *commissaris* is van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap die onder de regeling valt of lid is van het toezichthoudend orgaan van een stichting die onder de regeling valt naast het commissariaat van de naamloze of besloten vennootschap of het lidmaatschap van het toezichthoudend orgaan van de stichting maximaal vier andere commissariaten of niet uitvoerend bestuurderschappen mag bekleden mag bekleden (waarbij een voorzitterschap van de raad van commissarissen of van een monistisch bestuur dubbel telt). De regeling in artikel 2:142a lid 1/252a lid 1 BW geldt allereerst voor een *commissaris in een dualistisch model*. Daarnaast hebben deze bepalingen in een monistisch model betrekking op een *niet uitvoerend bestuurder*. De wet formuleert dat in artikel 2:132a lid 2 onder d/242a lid 2 onder d BW als volgt: voor de toepassing van de functiecumulatieregeling 'wordt met commissaris in de zin van de aanhef van lid 1 gelijkgesteld de niet uitvoerende bestuurder, indien de bestuurstaken zijn verdeeld over uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders'. Een dergelijke gelijkstellingsbepaling komt niet voor in artikel 2:297b BW omdat de wet het monistische model alleen voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen mogelijk maakt.

Daarnaast bevatten artikel 2:142a lid 2 onder a/252a lid 2 onder a en artikel 2:297b lid 2 onder a BW nog een gelijkstellingsbepaling: voor de toepassing van de functiecumulatieregeling 'wordt met een commissaris gelijkgesteld de persoon die lid is van een toezichthoudend orgaan dat bij of krachtens de statuten van een rechtspersoon is ingesteld'. Ook hier is de bedoeling van

deze bepaling vooral dat voor de toepassing van de functiecumulatieregeling lidmaatschappen van een toezichthoudend orgaan dat een stichting kan hebben ook worden meegeteld wanneer dat toezichthoudend orgaan niet als raad van commissarissen maar bij voorbeeld als raad van toezicht wordt aangeduid (en dat voorzitterschappen van zo'n orgaan dubbel tellen).

uitzonderingen in de functiecumulatieregeling

[**22**] De functiecumulatieregeling heeft niet tot doel alle commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen te raken. De functiecumulatieregeling formuleert enkele gevallen die ertoe moeten leiden dat sommige commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen niet meetellen bij de benoeming van iemand tot bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap met een dualistisch model of uitvoerend bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap met een monistisch model of tot bestuurder van een stichting, en niet meetellen bij de benoeming van iemand tot commissaris van een naamloze of besloten vennootschap met een dualistisch model of niet uitvoerend bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap met een monistisch model of tot lid van het toezichthoudend orgaan van een stichting.

Een eerste uitzondering staat in artikel 2:132a lid 2 onder e/242a lid 2 onder e en 297a lid 3 onder d en in artikel 2:142a lid 2 onder e/252a lid 2 onder e en art. 2:297b lid 2 onder d BW: voor de toepassing van al deze artikelen 'geldt een tijdelijke aanstelling overeenkomstig artikel 349a lid 2 of artikel 356 onder c niet als benoeming'. Deze uitzondering betreft een benoeming door de Ondernemingskamer als onmiddellijke of definitieve voorziening in het kader van een enquêteprocedure. Deze uitzondering is geïntroduceerd door het amendement van het lid Van der Steur.

Een tweede uitzondering staat in artikel 2:132a lid 2 onder b/242a lid 2 onder b en 297a lid 3 onder b en in artikel 2:142a lid 2 onder b/252a lid 2 onder b en art. 2:297b lid 2 onder b BW: voor de toepassing van al deze artikelen 'telt de benoeming bij verschillende rechtspersonen die met elkaar in een groep zijn verbonden als één benoeming'. Deze uitzondering gaat over concernverhoudingen en regelt dat commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen die iemand bekleed bij rechtspersonen die tot dezelfde groep behoren bij elkaar worden genomen en als één commissariaat of niet uitvoerend bestuurderschap tellen.

Een derde uitzondering staat in artikel 2:132a lid 2 onder c/242a lid 2 onder c en 297a lid 3 onder c en in artikel 2:142a lid 2 onder c/252a lid 2 onder c en art. 2:297b lid 2 onder c BW: voor de toepassing van al deze artikelen 'betreft de verwijzing naar rechtspersonen de rechtsvorm van de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet heeft voldaan aan ten minste twee van de vereisten als bedoeld in artikel 397 leden 1 en 2, onderscheidenlijk de stichting als bedoeld in artikel 297a lid 1'. Dit is een 'over en weer'-uitzondering. Bij de benoeming van iemand tot bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap met een dualistisch model of uitvoerend bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap met een monistisch model of tot bestuurder van een stichting die onder de functiecumulatieregeling vallen, en bij de benoeming van iemand tot commissaris van een naamloze of besloten vennootschap met een dualistisch model of niet uitvoerend bestuurder van een naamloze of besloten vennootschap met een monistisch model of tot lid van het toezicht houdend orgaan van een stichting die onder de functiecumulatieregeling vallen *worden in de maximering van het aantal commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen alleen commissariaten en niet uitvoerend bestuurderschappen betrokken die deze persoon bekleed bij rechtspersonen die eveneens onder de functiecumulatieregeling vallen*. In dit verband gebruikt de nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede Kamer bij de reparatiewet bestuur en toezicht de termen 'actieve zijde' en 'passieve zijde':[52]

> Deze leden vragen of in het wetsvoorstel moet worden verduidelijkt dat – tenzij een stichting groot is en verplicht is een jaarrekening op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 – de regeling over het maximum aantal functies niet van toepassing is aan de actieve zijde (bij de stichting die benoemt) en aan de passieve zijde (de stichting die moet worden meegeteld bij benoemingen bij een andere rechtspersoon). Daarvoor zou moeten worden bepaald dat de stichting aan de passieve zijde (bij het tellen van de al bestaande functies) de eis wordt gesteld dat deze jaarrekeningplichtig is. Ik onderschrijf dit voorstel van de leden van de CDA-fractie. De limitering van het aantal commissariaten in verband met stichtingen moet alleen gelden voor «grote» stichtingen en uitsluitend commissariaten bij dergelijke «grote» stichtingen moeten worden meegeteld. In de nota van wijziging wordt voor dit laatste verduidelijkt dat het moet gaan om benoemingen bij stichtingen die jaarrekeningplichtig zijn. Dat wordt bereikt door te verwijzen naar artikel 2:297a lid 1 BW, waarin is bepaald dat niet alleen moet worden bezien of een stichting «groot» is, maar tevens of zij een jaarrekening moet opstellen.

Als vierde uitzondering geldt een algemene leeswijzer voor Boek 2 BW: het gebruik van de woorden 'naamloze vennootschap', 'besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid', 'vereniging' (en 'coöperatie' en 'onderlin-

[52] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 5, nota naar aanleiding van het verslag (9 december 2011), p. 10.

ge waarborgmaatschappij') en 'stichting' is alleen een verwijzing naar Nederlandse rechtspersonen (in tegenstelling tot het het gebruik van woorden als 'dochtermaatschappij', 'deelneming' en 'afhankelijke maatschappij' die een verwijzing zijn naar rechtsvormen ongeacht het recht dat op die rechtsvorm van toepassing is). Daarmee is de reikwijdte van de functiecumulatieregeling (aan de actieve zijde en) aan de passieve zijde beperkt tot Nederlandse rechtspersonen.

het moment van benoeming is bepalend

[**23**] De nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede Kamer bij de reparatiewet bestuur en toezicht schrijft:[53]

> Wel is van de gelegenheid gebruik gemaakt om met de nota van wijziging te verduidelijken dat de limitering wordt toegepast op het moment van benoeming en niet daarna; er wordt telkens aangegeven dat de limitering ertoe leidt dat een persoon niet tot bestuurder of toezichthouder kan worden benoemd (artikelen 2:297a lid 2 aanhef, 297b lid 1, 132a lid 1 aanhef, 142a lid 1, 242a lid 1 aanhef, 252a lid 1 BW). Een latere wijziging van omstandigheden is dan niet relevant voor een benoeming die rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Zo'n wijziging van omstandigheden kan wel tot gevolg hebben dat een herbenoeming niet kan plaatsvinden.

tenslotte

[**24**] Tenslotte: 'De nietigheid van de benoeming op grond van de vorige leden heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen' (artikel 2:132a lid 3/242a lid 3 en 297a lid 4 en artikel 2:142a lid 3/252a lid 3 en 297b lid 3 BW). In de nota naar aanleiding van het verslag aan de Tweede Kamer bij de reparatiewet bestuur en toezicht staat hierover: [54]

---

[53] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 5, nota naar aanleiding van het verslag (9 december 2011), p. 5.

[54] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 873, reparatiewet bestuur en toezicht, nr 5, nota naar aanleiding van het verslag (9 december 2011), p. 2, vergelijk *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2010-2011, 31 763, wet bestuur en toezicht, C, memorie van antwoord (3 mei 2011), p. 18: 'Een persoon kan niet tot bestuurder of commissaris van een grote organisatie worden benoemd wanneer hij het maximum van het aantal te vervullen toezichtfuncties bij grote organisaties heeft bereikt. De desbetreffende benoeming is in strijd met de wet en daarmee nietig (artikel 2:14 BW)'.

> Indien een persoon het maximum aantal commissariaten heeft bereikt, is het gevolg daarvan dat de volgende benoeming van die persoon tot bestuurder of commissaris bij een grote NV, BV of stichting nietig is. […] Wanneer een nietig benoemde «bestuurder» – die echter wel als bestuurder is ingeschreven in het handelsregister – vertegenwoordigingshandelingen verricht, zal de wederpartij normaliter beschermd zijn; de rechtspersoon zal zijn gebonden aan de transactie omdat de wederpartij mag afgaan op de inschrijving in het handelsregister (artikel 25 Handelsregisterwet). Nieuw is de aanleiding voor de nietigheid van de benoeming: het overschrijden van een wettelijk maximum voor het aantal toezichthoudende functies.

het tweede amendement: de zetelverdelingsregeling

[**25**] De zetelverdelingsregeling die door het amendement van het lid Kalma c.s. is geïntroduceerd staat in afdeling 7 (‘Evenwichtige verdeling van de zetels over vrouwen en mannen’) van Titel 4 (over naamloze vennootschappen) en van Titel 5 (over besloten vennootschappen) van Boek 2 BW. Het gaat om artikel 2:166/276 BW dat luidt:

1. Bij een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen wordt ten minste 30% van de zetels bezet door vrouwen en ten minste 30% door mannen, voor zover deze zetels worden verdeeld over natuurlijke personen.
2. In een vennootschap, die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1, wordt ten behoeve van een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen, voor zover deze zetels worden verdeeld over natuurlijke personen, zoveel mogelijk rekening gehouden met een evenwichtige verdeling over vrouwen en mannen bij:
a. het benoemen en het voordragen van bestuurders als bedoeld in de [artikelen 132 lid 1, 133 en 162/242 lid 1, 243 en 272];
b. het opstellen van een profielschets voor de omvang en samenstelling van de raad van commissarissen alsmede bij het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van commissarissen als bedoeld in de [artikelen 142, 158 leden 3 tot en met 6 en lid 9, en artikel 159/252 lid 1 tot en met 3, 268 leden 3 tot en met 6 en lid 9, en artikel 269];
c. het opstellen van een profielschets voor de niet uitvoerende bestuurders alsmede bij het voordragen, benoemen en aanbevelen van niet uitvoerende bestuurders als bedoeld in [artikel 164a lid 1 en 2/274a lid 1 en 2].
3. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing op een [naamloze vennootschap/besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid] die tot bestuurder is benoemd in:

a. een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1; of
b. een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die tot bestuurder is benoemd in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1.

Artikel 2:166 lid 1/276 lid 1 BW is een algemeen geformuleerde bepaling die een doelstelling formuleert voor alle naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen. Deze doelstelling is niet voor alle naamloze en besloten vennootschappen bindend. Artikel 2:166 lid 2/276 lid 2 BW beperkt het bindende karakter van de zetelverdelingsregeling tot naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen 'die niet voldoet aan ten minste twee van de vereisten genoemd in artikel 397 lid 1'. Voor die vennootschappen geeft lid 2 aan dat de streefcijfers om te komen tot een evenwichtige verdeling van de zetels waarbij ten minste 30% van de zetels worden bezet door vrouwen en ten minste 30% van de zetels worden bezet door mannen bindend zijn bij (kortweg):
- de benoeming van bestuurders in een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een dualistisch model zowel wanneer die vennootschap de structuurregeling niet toepast als wanneer die vennootschap de structuurregeling wel toepast (onder a),
- de benoeming van uitvoerende bestuurders in een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een monistisch model zowel wanneer die vennootschap de structuurregeling niet toepast als wanneer die vennootschap de structuurregeling wel toepast (onder a),
- de benoeming van niet uitvoerende bestuurders in een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een monistisch model die de structuurregeling niet toepast (onder a),
- de benoeming van leden van de raad van commissarissen in een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een dualistisch model zowel wanneer die vennootschap de structuurregeling niet toepast als wanneer die vennootschap de structuurregeling wel toepast (onder b), en:
- de benoeming van niet uitvoerende bestuurders in een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een monistisch model die de structuurregeling toepast (onder c).

Over artikel 2:166 lid 3/276 lid 3 BW schrijft de toelichting bij het amendement van het lid Kalma c.s.:

> De streefcijfers kunnen – per definitie – geen betrekking hebben op bestuurzetels die worden bezet door naamloze of besloten vennootschappen. In dat geval dienen de besturen van die naamloze of besloten vennootschappen, zelf wel aan de streefcijfer-bepalingen te vol-

doen. Hetzelfde geldt voor de naamloze en besloten vennootschappen die weer bestuurder zijn van deze bestuurders. De verplichting wordt aldus aan de moedervennootschap doorgegeven, ook als deze zelf van kleinere omvang is. In hoeverre de naamloze of besloten vennootschappen als bestuurder voldoen aan de vereisten van artikel 2:397 lid 1 BW is in zo'n geval niet van belang.

Het bindende karakter van de zetelverdelingsregeling wordt gematigd door artikel 2:391 lid 7 BW dat bepaalt:[55]

In het geval artikel 166 of 276 op een vennootschap van toepassing is en in die vennootschap de zetels in het bestuur of de raad van commissarissen, voor zover deze zetels zijn verdeeld over natuurlijke personen, niet evenwichtig zijn verdeeld over vrouwen en mannen als bedoeld in de artikelen 166 en 276, wordt in het jaarverslag uiteengezet:
a. waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld;
b. op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van de zetels te komen; en
c. op welke wijze de vennootschap beoogt in de toekomst een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren.

In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer bij de wet bestuur en toezicht staat: 'De regeling is geformuleerd als een «pas toe of leg uit» regeling (artikel 2:391 lid 7 BW)'.[56]

Het bindende karakter van de zetelverdelingsregeling wordt nog meer gematigd door de horizonbepaling die tot gevolg heeft dat de zetelverdelingsregeling per 1 januari 2016 weer vervalt. Juridisch-technisch is dat als volgt geregeld: artikel VIII van de wet bestuur en toezicht luidt: 'Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, met uitzondering van artikel VII dat op 1 januari 2016 in werking treedt', en artikel VII van de wet bestuur en toezicht luidt: 'Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt als volgt gewijzigd: A. Artikel 166 vervalt. B. Artikel 276 vervalt. C. Artikel 391 lid 7 vervalt'.

[55] De tekst van artikel 2:391 lid 7 BW is nog aangepast door de invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.
[56] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2010-2011, 31 763, wet bestuur en toezicht, C, memorie van antwoord (3 mei 2011), p. 25.

C. *A CLOSE ENCOUNTER OF THE SECOND KIND*: DE STRUCTUURREGELING

de structuurregeling bij naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen

[**26**] De structuurregeling is op grond van artikel 2:153 lid 2/263 lid 2 BW van toepassing op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die voldoen aan de volgende drie cumulatieve criteria:
- het geplaatste kapitaal van de vennootschap te samen met de reserves (dat komt ongeveer maar niet helemaal neer op het eigen vermogen van de vennootschap) bedraagt ten minste € 16.000.000,
- de vennootschap heeft op grond van de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad ingesteld, en:
- bij de vennootschap zijn in Nederland in de regel ten minste 100 werknemers werkzaam.
Bij de toetsing aan deze criteria telt/tellen een ondernemingsraad/ondernemingsraden die zijn ingesteld door dochtervennootschappen die aan bepaalde vereisten voldoen en tellen werknemers die in Nederland werkzaam zijn bij dochtervennootschappen die aan bepaalde vereisten voldoen (zo'n dochtervennootschap heet in de structuurregeling een afhankelijke maatschappij) ook mee: deze ondernemingsra(a)d(en) en werknemers worden als het ware toegerekend aan de moedervennootschap die daardoor eerder voldoet aan twee van de drie cumulatieve criteria. Daar staat dan tegenover dat een dochtervennootschappen die op zichzelf ook voldoet aan de drie cumulatieve criteria van artikel 2:153 lid 2/263 lid 2 BW de structuurregeling niet hoeft toe te passen: zij draagt er immers al toe bij dat haar moedervennootschap onder de structuurregeling valt.

Boek 2 BW noemt een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap die haar inrichting heeft aangepast aan de structuurregeling een 'grote' vennootschap; de meer gebruikelijke benaming is 'structuurvennootschap'. De structuurregeling heeft twee varianten: het volledige structuurregime en het beperkte (ook wel gedeeltelijke, gemitigeerde, partiële of verzwakte) structuurregime. Bij toepassing van het volledige structuurregime is de naamloze vennootschap of de besloten vennootschap volledig structuurplichtig. Bij toepassing van de beperkte structuurregeling is de naamloze vennootschap of de besloten vennootschap beperkt structuurplichtig (anders gezegd: de vennootschap is gedeeltelijk vrijgesteld omdat zij gebruik kan maken van een gedeeltelijke vrijstelling). Daarnaast zijn er naamloze vennootschappen en besloten vennootschap die, hoewel zij voldoen aan de drie cumulatieve criteria, niet structuurplichtig zijn (anders gezegd: de vennootschap is volledig vrijgesteld omdat zij gebruik kan maken van een volledige vrijstelling). Zo'n volledige vrijstelling geldt bij voorbeeld voor een doch-

tervennootschap waarvan de ondernemingsra(a)d(en) en/of werknemers aan de structuurplichtige moedervennootschap worden toegerekend.

Binnen naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die volledig structuurplichtig zijn of beperkt structuurplichtig zijn is de aanwezigheid van een interne toezichthoudende functie niet langer facultatief maar verplicht. De structuurvennootschap moet een raad van commissarissen hebben of een bestuur hebben waarvan naast één of meer uitvoerende bestuurders tevens niet uitvoerende bestuurders deel uitmaken. Bovendien moeten er ten minste drie commissarissen of niet uitvoerende bestuurders zijn. De structuurregeling bevat bijzondere regels voor de benoeming, de schorsing en het ontslag van deze commissarissen of niet uitvoerende bestuurders. De structuurregeling geeft de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders van een structuur-NV en een structuur-BV meer bevoegdheden dan de bevoegdheden die de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders van een 'gewone' naamloze vennootschap en een 'gewone' besloten vennootschap hebben. Hier komt het verschil naar voren tussen naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die volledig structuurplichtig zijn en naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die beperkt structuurplichtig zijn. De 'extra' bevoegdheden van de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders van een volledig structuurplichtige vennootschap gaan verder dan de 'extra' bevoegdheden van de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders van een beperkt structuurplichtige vennootschap. Naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die wel voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling maar volledig van toepassing van de structuurregeling zijn vrijgesteld, zijn niet verplicht een raad van commissarissen te hebben of een bestuur te hebben waarvan naast één of meer uitvoerende bestuurders tevens niet uitvoerende bestuurders deel uitmaken. Wanneer zo'n vennootschap een raad van commissarissen of niet uitvoerende bestuurders heeft, is sprake van een interne toezichthoudende functie die facultatief en buiten de structuurregeling om is gecreëerd. Die raad van commissarissen en die niet uitvoerende bestuurders hebben dan ook niet de 'extra' bevoegdheden van een volledig structuurplichtige of een beperkt structuurplichtige vennootschap.

De structuurregeling geld ook voor coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. De regeling daarvoor die sterkt lijkt op de structuurregeling voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die beperkt structuurplichtig zijn staat in de artikelen 2:63a-63j BW.

benoeming, ontslag en schorsing van de commissarissen en niet uitvoerende bestuurders

[**27**] De regels voor benoeming van leden van de raad van commissarissen staan in artikel 2:158/268 BW en zijn op grond van artikel 2:264a lid 1/274a lid 1 BW van overeenkomstige toepassing op de niet uitvoerende bestuurders. Deze regels gelden zowel voor structuurvennootschappen die volledig structuurplichtig zijn als voor structuurvennootschappen die beperkt structuurplichtig zijn. De gewone regels voor de benoeming, ontslag en schorsing van commissarissen of niet uitvoerende bestuurders die gelden voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen die niet structuurplichtig zijn, zijn dan niet van toepassing.

De commissarissen of niet uitvoerende bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders zelf (artikel 2:158 lid 4/268 lid 4 BW). Voordat de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders een voordracht opmaken moeten de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders zowel de algemene vergadering als de ondernemingsraad de gelegenheid geven één of meer personen aan te bevelen om te worden voorgedragen (artikel 2:158 lid 5/268 lid 5 BW). Dit aanbevelingsrecht komt dus zowel toe aan de algemene vergadering als aan de ondernemingsraad. Wat betreft de algemene vergadering is dit aanbevelingsrecht verklaarbaar uit het feit dat de algemene vergadering de commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders uiteindelijk benoemt en dus invloed moet kunnen uitoefenen op de voordracht die de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders opmaken. Wat betreft de ondernemingsraad is dit aanbevelingsrecht verklaarbaar uit de gedachte dat de ondernemingsraad in een structuurvennootschap om reden van medezeggenschap invloed moet kunnen uitoefenen op de samenstelling van de raad van commissarissen of de samenstelling van het bestuur voor zover het om de niet uitvoerende bestuurders gaat. Omdat deze medezeggenschap betrekking heeft op de samenstelling van een orgaan van een rechtspersoon wordt deze vorm van medezeggenschap wel *organieke medezeggenschap* genoemd. Wanneer de algemene vergadering een besluit neemt over de voordracht kunnen zich verschillende situaties voordoen:
1. de algemene vergadering benoemt de voorgedragen kandidaat (of één van de voorgedragen kandidaten als de voordracht twee of meer personen voor de vacature bevat) met een gewone meerderheid (de helft plus één);
2. de algemene vergadering wijst de voorgedragen kandidaat (of alle voorgedragen kandidaten als de voordracht twee of meer personen voor de vacature bevat) af met een gewone meerderheid (de helft plus één) en die meerderheid komt overeen met ten minste een derde van het geplaatste kapitaal: de voorgedragen kandidaat of kandidaten zijn dan definitief afgewezen (artikel 2: 158 lid 9/268 lid 9 BW);

3. de algemene vergadering wijst de voorgedragen kandidaat (of alle voorgedragen kandidaten als de voordracht twee of meer personen voor de vacature bevat) af met een gewone meerderheid (de helft plus één) en die meerderheid is kleiner dan een derde van het geplaatste kapitaal. Dan kan de algemene vergadering in een later te houden algemene vergadering nogmaals een besluit nemen (artikel 2:158 lid 9/268 lid 9 BW); in dat laatste geval kunnen zich verschillende situaties voordoen:

4. de algemene vergadering benoemt de voorgedragen kandidaat (of één van de voorgedragen kandidaten als de voordracht twee of meer personen voor de vacature bevat) alsnog met een gewone meerderheid (de helft plus één);
5. de algemene vergadering wijst de voorgedragen kandidaat (of alle voorgedragen kandidaten als de voordracht twee of meer personen voor de vacature bevat) af met een gewone meerderheid (de helft plus één) waarbij het er niet toe doet met welk percentage van het geplaatste kapitaal die meerderheid overeenkomt: de voorgedragen kandidaat of kandidaten zijn dan definitief afgewezen en de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders moeten de voordrachts- en aanbevelingsprocedure overdoen (artikel 2:158 lid 9/269 lid 9 BW);
6. de algemene vergadering komt niet tot een besluit: dan benoem(t/en) de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders de voorgedragen kandidaat (of één van de voorgedragen kandidaten als de voordracht twee of meer personen voor de vacature bevat) zelf (artikel 2:158 lid 9/268 lid 9 BW). Dit is het geval dat artikel 2:158 lid 9/268 lid 9 BW als volgt omschrijft: 'Indien de algemene vergadering de voorgedragen persoon niet benoemt en niet besluit tot afwijzing van de voordracht, benoemt de raad van commissarissen de voorgedragen persoon'. Hierbij moet vooral worden gedacht aan het geval waarin de stemmen in de algemene vergadering staken. Over het geval waarin de stemmen in de algemene vergadering staken bevatten artikel 2:120 lid 1 en 2:230 lid 1 BW een regeling. Respectievelijk: 'Staken de stemmen bij verkiezing van personen, dan beslist het lot, staken de stemmen bij een andere stemming, dan is het voorstel verworpen; een en ander voor zover *in de wet* of de statuten niet een andere oplossing is aangegeven' (cursivering toegevoegd), en 'Staken de stemmen bij verkiezing van personen, dan beslist het lot, staken de stemmen bij een andere stemming, dan is het voorstel verworpen; een en ander voorzover in de statuten niet een andere oplossing is aangegeven'. Bij een structuur-NV is artikel 2:158 lid 9 BW zo'n andere wettelijke oplossing als bedoeld in artikel 2:120 lid 1 BW; bij een structuur-BV formuleert artikel 2:268 lid 9 BW een uitzondering op artikel 2:230 lid 1 BW.

Bij de voordrachts- en aanbevelingsprocedure in artikel 2:158/268 BW kunnen de volgende drie opmerkingen worden gemaakt:

Bij 2: artikel 2:158 lid 9/268 lid 9 BW bepaalt: 'De algemene vergadering kan bij volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend ten minste een derde van het geplaatste kapitaal, de voordracht afwijzen'. Deze bepaling is niet helemaal duidelijk over het geval waarin de stemmen in de algemene vergadering staken in die zin dat de helft van de algemene vergadering vóór benoeming stemt en de andere helft van de algemene vergadering tegen benoeming stemt terwijl beide helften overeen komen met precies een derde van het geplaatste kapitaal.

Bij 3: artikel 2:158 lid 9/268 lid 9 bepaalt: 'Indien de aandeelhouders bij volstrekte meerderheid van stemmen hun steun aan de kandidaat onthouden, maar deze meerderheid niet ten minste een derde van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigde, *kan* een nieuwe vergadering worden bijeengeroepen waarin de voordracht kan worden afgewezen met volstrekte meerderheid van stemmen' (cursivering toegevoegd). Deze zin moet zo worden gelezen dat niet een nieuwe algemene vergadering bijeengeroepen *kan* worden, maar bijeengeroepen *moet* worden. Dortmond verwijst in dit verband naar enkele passages in de parlementaire geschiedenis[57]. Die passages zijn: 'De […] formulering […] betekent dat in alle gevallen waarin een meerderheid zich niet met de kandidaat kon verenigen, een tweede vergadering wordt gehouden waarin de quorumeis niet geldt',[58] 'Het gaat derhalve niet om een keuze voor degene die bevoegd is tot oproeping, doorgaans het bestuur of de raad van commissarissen',[59] en: 'De leden van de fractie van het CDA vroegen voorts of er terecht sprake is van een «kan» bepaling. De redactie van de bepaling is afgeleid van de in artikel 2:120 lid 3[/230 lid 3][[60]] BW neergelegde algemene regel voor het bijeenroepen van een tweede algemene ver-

[57] P.J. Dortmond (hoofdbewerker), *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr 286.1.

[58] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2004-2005, 30 019, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen, nr 3, memorie van toelichting (7 maart 2005), p. 13-14.

[59] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2003-2004, 28 179, Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met aanpassing van de structuurregeling, D, nadere memorie van antwoord (4 juni 2004), p. 8.

[60] Art. 2:120 lid 3/230 lid 3 BW luidt: 'Indien in de statuten is bepaald dat de geldigheid van een besluit afhankelijk is van het ter vergadering vertegenwoordigd gedeelte van het kapitaal en dit gedeelte ter vergadering niet vertegenwoordigd was, kan, tenzij de statuten anders bepalen, een nieuwe vergadering worden bijeengeroepen waarin het besluit kan worden genomen, onafhankelijk van het op deze vergadering vertegenwoordigd gedeelte van het kapitaal. Bij de oproeping tot de nieuwe vergadering moet worden vermeld dat en waarom een besluit kan worden genomen, onafhankelijk van het ter vergadering vertegenwoordigd gedeelte van het kapitaal'.

gadering indien een statutair quorum niet is gehaald. Daarbij is uitdrukkelijk gekozen voor «kan» om duidelijk te maken dat zo'n tweede vergadering pas kan worden georganiseerd nadat in de eerste vergadering is vastgesteld dat het quorum niet aanwezig was of de meerderheid niet het vereiste deel van het kapitaal vertegenwoordigde. De oproep voor de vergadering kan dan niet tevens een tweede, voorwaardelijke, oproep inhouden voor de vergadering waarbij de quorumeis terzijde wordt gesteld. […] Gelet op het belang van de besluitvorming acht ik het juist dat bij de tweede vergadering alle dwingendrechtelijke voorschriften rond oproeping worden nageleefd, opdat alle aandeelhouders kunnen bepalen of zij deze nieuwe vergadering wensen bij te wonen en hoe zij stemmen. Met de regeling wordt derhalve niet beoogd degene die de tweede algemene vergadering bijeen roept – doorgaans het bestuur van de vennootschap –, een discretionaire bevoegdheid te geven om te bepalen of zulks wel of niet moet gebeuren'.[61]

Bij 1-6: 1-6 gaan ervan uit dat de voordracht van de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders aan de algemene vergadering ook twee of meer personen voor één vacature kan bevatten. Maar artikel 2:158 lid 9/68 lid 9 BW formuleert: 'Indien de algemene vergadering de voorgedragen persoon niet benoemt en niet besluit tot afwijzing van de voordracht, benoemt de raad van commissarissen *de voorgedragen persoon*' (cursivering toegevoegd).

De regels voor ontslag van leden van de raad van commissarissen staan in artikel 2:161 lid 2/271 lid 2 en 161a/271a BW en zijn op grond van artikel 2:264a lid 1/274a lid 1 BW van overeenkomstige toepassing op niet uitvoerende bestuurders. Een *individuele* commissaris of niet uitvoerende bestuurder kan alleen worden ontslagen door de Ondernemingskamer 'wegens verwaarlozing van zijn taak, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging der omstandigheden op grond waarvan handhaving als commissaris[/niet uitvoerend bestuurder] redelijkerwijze niet van de vennootschap kan worden verlangd'. Een verzoek daartoe kan worden ingediend door de vennootschap, vertegenwoordigd door de raad van commissarissen respectievelijk de niet uitvoerende bestuurders, de algemene vergadering, vertegenwoordigd door een daartoe aangewezen persoon, of de ondernemingsraad, vertegenwoordigd door een daartoe aangewezen persoon. Daarnaast geeft artikel 2:161a/271a BW de algemene vergadering de bevoegdheid het vertrouwen op te zeggen in *alle* commissarissen of niet uitvoerende bestuurders; de algemene vergadering moet dit besluit nemen met een gewone meerderheid (de helft plus één) die overeen komt met ten min-

[61] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2005-2006, 30 019, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de besluitvorming in rechtspersonen, nr 7, nota naar aanleiding van het verslag (22 december 2005), p. 12.

ste een derde van het geplaatste kapitaal (lid 1). Het besluit 'heeft het onmiddellijk ontslag van de leden van de raad van commissarissen[/de niet uitvoerende bestuurders] tot gevolg' (lid 3). Het bestuur moet vervolgens de Ondernemingskamer verzoeken tijdelijk één of meer commissarissen of niet uitvoerende bestuurders aan te stellen (lid 3) die tot taak hebben via de voordrachts- en aanbevelingsprocedure tot benoeming van nieuwe commissarissen of niet uitvoerende bestuurders te komen (lid 4).

De regels voor schorsing van leden van de raad van commissarissen staan in art. 2:161 lid 3/271 lid 3 BW en zijn op grond van artikel 2:264a lid 1/274a lid 1 BW van overeenkomstige toepassing op niet uitvoerende bestuurders. Een commissaris kan alleen worden geschorst door de raad van commissarissen en een niet uitvoerend bestuurder kan alleen worden geschorst door de niet uitvoerende bestuurders. Wanneer de vennootschap, vertegenwoordigd door de raad van commissarissen respectievelijk de niet uitvoerende bestuurders, niet binnen een maand de Ondernemingskamer heeft verzocht de commissaris of niet uitvoerende bestuurder te ontslaan, vervalt de schorsing.

'werknemerscommissarissen'

[**28**] De commissarissen of niet uitvoerende bestuurders worden benoemd door de algemene vergadering op voordracht van de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders zelf (artikel 2:158 lid 4/268 lid 4 BW). De raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders moeten zowel de algemene vergadering als de ondernemingsraad de gelegenheid geven één of meer personen aan te bevelen om te worden voorgedragen (artikel 2:158 lid 5/268 lid 5 BW). Bij de benoeming van éénderde van het totale aantal commissarissen of niet uitvoerende bestuurders heeft de ondernemingsraad een versterkt aanbevelingsrecht. Dat betekent dat de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders de door de ondernemingsraad aanbevolen kandidaat in beginsel op de voordracht aan de algemene vergadering moeten plaatsen (artikel 2:158 lid 6/268 lid 6 BW). De raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders mogen dat alleen weigeren 'op grond van de verwachting dat de aanbevolen persoon ongeschikt zal zijn voor de vervulling van de taak van commissaris of dat de raad van commissarissen bij benoeming overeenkomstig de aanbeveling niet naar behoren zal zijn samengesteld'. In dat geval moeten de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders hun bezwaren tegen de aanbevolen persoon aan de ondernemingsdraad meedelen en daarover met de ondernemingsraad in overleg treden (artikel 2:158 lid 7/268 lid 7 BW). Wanneer dat overleg niet tot overeenstemming leidt kunnen de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders de Ondernemingskamer verzoeken 'het bezwaar gegrond te verklaren'. Als de Ondernemingskamer dit verzoek toewijst kan de ondernemingsraad een nieuwe kandidaat aanbe-

velen. Als de Ondernemingskamer het verzoek afwijst moeten de raad van commissarissen of de niet uitvoerende bestuurders de aanbevolen persoon alsnog op de voordracht plaatsen.

De met toepassing van het versterkte aanbevelingsrecht benoemde commissarissen of niet uitvoerende bestuurders zouden 'werknemerscommissarissen' kunnen worden genoemd, maar die term wordt over het algemeen niet gebruikt omdat zij de suggestie kan wekken dat deze commissarissen of niet uitvoerende bestuurders zich bij de vervulling van hun taak vooral naar het belang van de werknemers zouden moeten richten. Maar ook voor deze commissarissen of niet uitvoerende bestuurders geldt zij zich moeten richten naar het algemenere belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming.

de 'extra' bevoegdheden van de raad van commissarissen of niet uitvoerende bestuurders

[**29**] De 'extra' bevoegdheden van de raad van commissarissen en de niet uitvoerende bestuurders van structuurvennootschappen staan in artikel 2:164/274 BW en in artikel 2:162/272 BW. Artikel 2:164/274 BW is van toepassing op zowel structuurvennootschappen die volledig structuurplichtig zijn als structuurvennootschappen die beperkt structuurplichtig zijn. Artikel 2:162/272 BW is alleen van toepassing op structuurvennootschappen die volledig structuurplichtig zijn.

Artikel 2:164 lid 1/274 lid 1 BW bepaalt dat het bestuur de goedkeuring van de raad van commissarissen nodig heeft voor een aantal besluiten. Het gaat dan onder meer om besluiten 'omtrent' uitgifte van aandelen (onder a), het aangaan of verbreken van duurzame samenwerking 'indien deze samenwerking of verbreking van ingrijpende betekenis is voor de vennootschap' (onder d), het doen van grote investeringen (onder f), het doen van voorstellen tot statutenwijziging (onder g) en beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een aanmerkelijk aantal werknemers (onder j). Voor het geval de vennootschap een monistisch model heeft bepaalt artikel 2:164a lid 4/274a lid 4 BW dat deze besluiten zijn onderworpen aan 'de goedkeuring van de meerderheid van de niet uitvoerende bestuurders van de vennootschap'. Door deze bepaling wordt voorkomen dat wanneer in een monistisch model het aantal uitvoerende bestuurders groter is dan het aantal niet uitvoerende bestuurders het goedkeuringsrecht betekenisloos wordt.

Artikel 2:162/272 BW bepaalt dat de bevoegdheid de bestuurders van de vennootschap te benoemen bij de raad van commissarissen ligt. Dan is de raad van commissarissen ook bevoegd de bestuurders te schorsen en te ontslaan (artikel 2:134 lid 1/244 lid 1 BW), en bij toepassing van de structuurregeling als enige. Voor het geval de vennootschap een monistisch model

heeft bepaalt artikel 2:164a lid 2/274a lid 2 BW dat de bevoegdheid de uitvoerende bestuurders van de vennootschap te benoemen bij de niet uitvoerende bestuurders ligt. Dan zijn de niet uitvoerende bestuurders ook bevoegd de uitvoerende bestuurders te schorsen en te ontslaan (artikel 2:134 lid 1/244 lid 1 BW), en bij toepassing van de structuurregeling als enigen. De gewone regels voor de benoeming, ontslag en schorsing van bestuurders van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met een dualistisch model die niet structuurplichtig zijn en voor de uitvoerende bestuurders van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met een monistisch model die niet structuurplichtig zijn, zijn dan niet van toepassing.

Bij artikel 2:162/272 en 164a lid 2/274a lid 2 BW kan de volgende opmerking worden gemaakt:

Artikel 2:164a lid 2/274a lid 2 BW bepaalt: 'Indien toepassing is gegeven aan [artikel 129a/239a], benoemen de niet uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders van de vennootschap'. Deze bepaling is dermate klemmend geformuleerd dat zij de suggestie kan wekken dat steeds wanneer een structuurvennootschap een monistisch model heeft, de niet uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders van de vennootschap benoemen. Dat zou betekenen dat op grond van deze bepaling de bevoegdheid de uitvoerende bestuurders te benoemen niet alleen bij de niet uitvoerende bestuurders ligt wanneer de vennootschap volledig structuurplichtig is maar ook bij de niet uitvoerende bestuurders ligt wanneer de vennootschap beperkt structuurplichtig is. Het laatste is niet de bedoeling. Vandaar dat Bartman & Dorresteijn schrijven: 'Naar onze mening gaat het hier om een omissie in de wettekst en komt de bevoegdheid de uitvoerende bestuurders te benoemen ook in een nv of bv die onderworpen is aan het verlichte regiem toe aan de algemene vergadering. Het eerste deel van art. 2:264a lid 2/274a lid 2 moet dan zo worden gelezen dat de niet-uitvoerende bestuurders de uitvoerende bestuurders van de vennootschap benoemen "ingeval die bevoegdheid aan de raad van commissarissen toekomt indien geen toepassing is gegeven aan [artikel 129a/239a]"'.[62]

toepassing van de structuurregeling in convernverhoudingen

uitgangspunten

[**30**] De toepassing van de structuurregeling in concernverhoudingen is afgestemd op drie uitgangspunten, waarvan het eerste en een deel van het derde uitgangspunt hier van belang zijn:

[62] S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, nr V.3.9.

1. wanneer de structuurregeling in een concern op het niveau van de 'moederrechtspersoon' wordt toegepast, is dat de *volledige structuurregeling* en wordt die structuurregeling 'geaggregeerd' / 'geconsolideerd' toegepast op het niveau van de moedervennootschap die dus *volledig structuurplichtig* is en zijn de dochtervennootschappen (voor zover zij voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling) *volledig vrijgesteld* van toepassing van de structuurregeling,

2. een Nederlandse moedervennootschap van een internationaal concern (een concern waarvan de meerderheid van de werknemers in het hele concern buiten Nederlands werkzaam is) is volledig vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling. Deze Nederlandse moedervennootschap kan zich daardoor internationaal presenteren als een 'gewone' vennootschap in plaats van als een structuurvennootschap, en:

3. wanneer de structuurregeling in een concern niet op het niveau van de 'moederrechtspersoon' maar op een lager concernniveau wordt toegepast, is dat de *beperkte structuurregeling* en wordt ook die structuurregeling 'geaggregeerd' / 'geconsolideerd' toegepast op het niveau van de dochtervennootschap die dus *beperkt structuurplichtig* is en zijn de dochtervennootschappen op de niveaus daar weer onder (voor zover zij voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling) *volledig vrijgesteld* van toepassing van de structuurregeling. Situaties waarin dat zich kan voordoen zijn:

a. in een internationaal concern: de 'moederrechtspersoon' is een Nederlandse moedervennootschap van een internationaal concern (een concern waarvan de meerderheid van de werknemers in het hele concern buiten Nederlands werkzaam is) die volledig is vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling,
b. in een internationaal concern: de 'moederrechtspersoon' is een rechtspersoon naar buitenlands recht die geheel buiten het bereik van de structuurregeling valt en is de buitenlandse 'moederrechtspersoon' van een internationaal concern (een concern waarvan de meerderheid van de werknemers in het hele concern buiten Nederlands werkzaam is) , en:

c. in een nationaal concern: de 'moederrechtspersoon' is een vereniging, een stichting of een publiekrechtelijke rechtspersoon die buiten het bereik van de structuurregeling valt omdat die regeling alleen van toepassing is op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen (en coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen).

De *beperkte structuurplichtigheid* op het hoogste niveau onder de 'moederrechtspersoon' waarop de structuurregeling niet van toepassing is voorkomt

dat in een dualistisch model de bevoegdheid de bestuurders van de beperkt structuurplichtige vennootschap te benoemen, ontslaan en schorsen bij de raad van commissarissen ligt en dat in een monistisch model de bevoegdheid de uitvoerende bestuurders van de beperkt structuurplichtige vennootschap te benoemen, ontslaan en schorsen bij de niet uitvoerende bestuurders ligt. Op die manier behoudt de 'moederrechtspersoon' de mogelijkheid leiding te geven aan het concern.

Overigens kunnen op een vereniging en een stichting ook vormen van organieke medezeggenschap van toepassing zijn. Daarbij valt te denken aan de regelingen in artikel 30 lid 9 en 10 van de (gewijzigde) Woningwet en artikel 7 Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen. Wanneer de woningcorporatie of zorginstelling haar onderneming heeft ondergebracht in een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap kan het zich dus voordoen dat op de vereniging of de stichting organieke medezeggenschap van toepassing is op grond van die regelingen en op de dochter-naamloze vennootschap of dochter-besloten vennootschap organieke medezeggenschap van toepassing is in de vorm van de beperkte structuurregeling.

toepassing van de structuurregeling: Nederlands concern met een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap (N) als 'moederrechtspersoon': figuur 1, 2 en 3

[**31**] N is een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap die leiding geeft aan een Nederlands concern. In figuur 1 heeft N één dochtervennootschap (A), in figuur 2 heeft N twee dochtervennootschappen (A en Z), in figuur 3 heeft N vier dochtervennootschappen (A, B, C en Z).

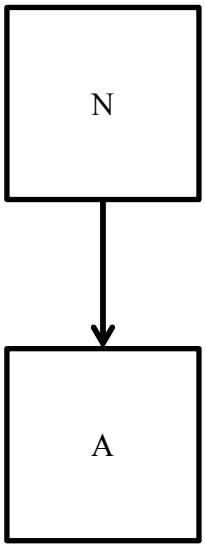
Het geplaatste kapitaal te samen met de reserves van N bedraagt ten minste € 16.000.000. Aan het criterium dat op grond van de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad is ingesteld en aan het criterium dat in Nederland in de regel ten minste 100 werknemers werkzaam zijn, voldoet N:
- *hetzij* reeds zelf,
- *hetzij* door toerekening aan haar van een ondernemingsraad of ondernemingsraden van haar dochtervennootschap(pen) en/of door toerekening aan haar van in Nederland werkzame werknemers bij haar dochtervennootschap(pen), of:
- *hetzij mede* door toerekening aan haar van een ondernemingsraad of ondernemingsraden van haar dochtervennootschap(pen) en/of door toerekening aan haar van in Nederland werkzame werknemers bij haar dochtervennootschap(pen).

N is volledig structuurplichtig.

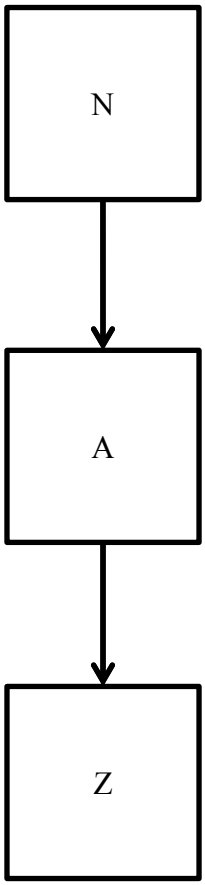
Alle ondernemingsraden van dochtervennootschappen van N en alle in Nederland werkzame werknemers bij dochtervennootschappen van N worden ‘automatisch’ aan N toegerekend, dat wil zeggen:
- zowel wanneer N zelf aan het ondernemingsraadscriterium en het werknemerscriterium voldoet, als wanneer N niet zelf aan het ondernemingsraadscriterium en het werknemerscriterium voldoet, als wanneer N zelf deels aan het ondernemingsraadscriterium en het werknemerscriterium voldoet, en:
- zowel ondernemingsraden en werknemers van dochtervennootschappen die niet voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling als ondernemingsraden en werknemers van dochtervennootschappen die wel voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling worden aan N toegerekend.

Dochtervennootschappen van N die niet voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling zijn ‘gewone’ vennootschappen. Dochtervennootschappen van N die wel voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling zijn volledig vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling waardoor hun inrichting niet die van een structuurvennootschap maar die van een ‘gewone’ vennootschap is. Dit betekent dat de structuurregeling in figuur 1, 2 en 3 slechts één keer voorkomt, namelijk bij N. N is volledig structuurplichtig.

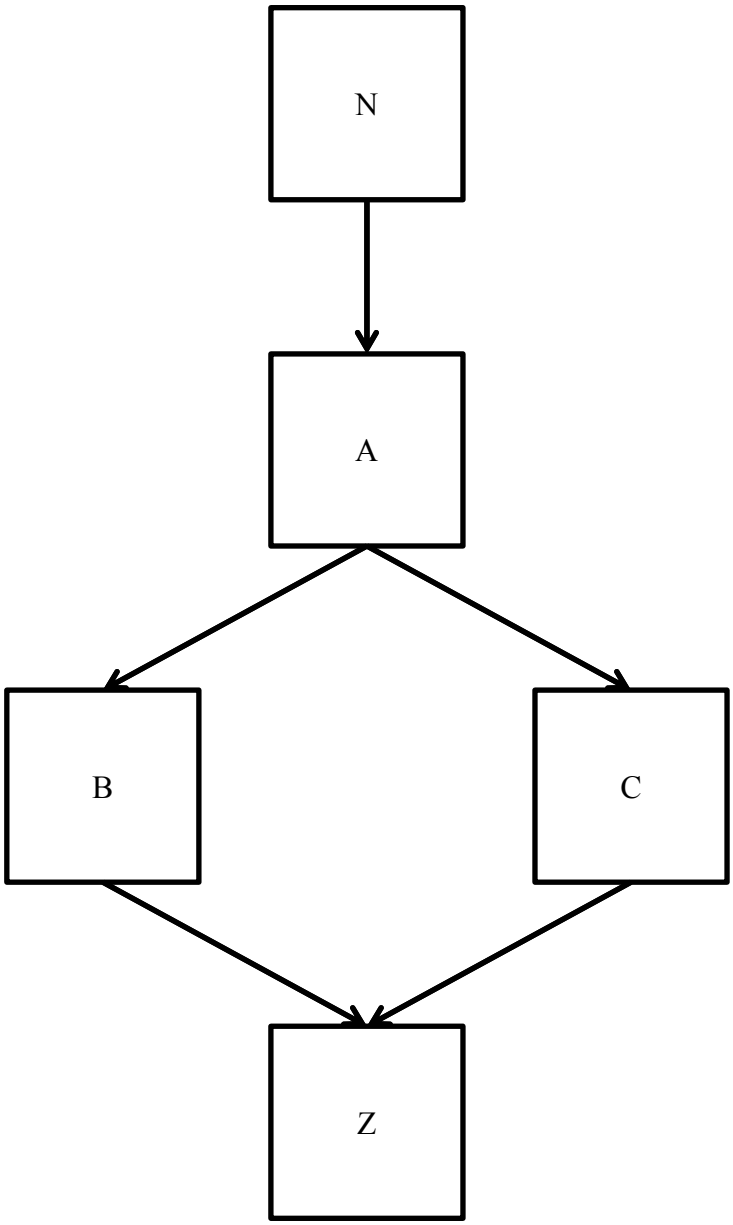
figuur 1: Nederlandse concernverhouding met N als ‘moederrechtspersoon’



figuur 2: Nederlandse concernverhouding met N als ‘moederrechtspersoon’



figuur 3: Nederlandse concernverhouding met N als ‘moederrechtspersoon’



toepassing van de structuurregeling: Nederlands concern met een vereniging, een stichting of een publiekrechtelijke rechtspersoon (V/S/P) als 'moederrechtspersoon': figuur 4, 5 en 6

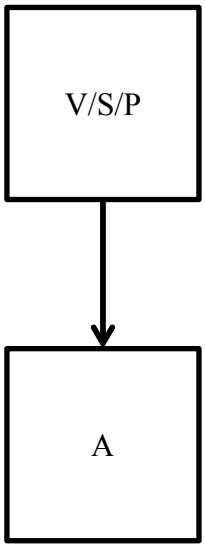
[**32**] V/S/P is een vereniging, een stichting of een publiekrechtelijke rechtspersoon. In figuur 4 heeft V/S/P één Nederlandse dochtervennootschap (A, een verenigingsdochter, een stichtingsdochter of een overheidsdeelneming), in figuur 5 heeft V/S/P Nederlandse twee dochtervennootschappen (A en Z, verenigingsdochters, stichtingsdochters of overheidsdeelnemingen), en in figuur 6 heeft V/S/P vier Nederlandse dochtervennootschappen (A, B, C en Z, verenigingsdochters, stichtingsdochters of overheidsdeelnemingen).

V/S/P is een vereniging, een stichting of een publiekrechtelijke rechtspersoon en valt buiten het bereik van de structuurregeling omdat die alleen van toepassing is op naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen (en coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen).

Kenmerkend voor deze situaties is dat er dochtervennootschappen zijn van een rechtspersoon waarop de structuurregeling niet van toepassing is: op V/S/P niet omdat de structuurregeling geen betrekking heeft op die rechtspersonen.

In figuur 4 is A een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap waarvan het geplaatste kapitaal te samen met de reserves ten minste € 16.000.000 bedraagt, die op grond van de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad heeft ingesteld, en waarbij in Nederland in de regel ten minste 100 werknemers werkzaam zijn. In figuur 4 is A een structuurvennootschap die beperkt structuurplichtig is.

figuur 4: Nederlandse concernverhouding met V/S/P als ‘moederrechtspersoon’



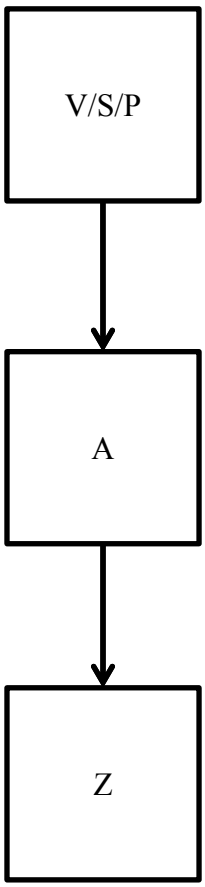
In figuur 5 en 6 is A een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap waarvan het geplaatste kapitaal te samen met de reserves ten minste € 16.000.000 bedraagt. In figuur 5 is Z een dochtervennootschap van A, en in figuur 6 zijn B, C en Z dochtervennootschappen van A. Aan het criterium dat op grond van de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad is ingesteld en aan het criterium dat in Nederland in de regel ten minste 100 werknemers werkzaam zijn, voldoet A:
- *hetzij* reeds zelf,
- *hetzij* door toerekening aan haar van een ondernemingsraad of ondernemingsraden van haar dochtervennootschap(pen) en/of door toerekening aan haar van in Nederland werkzame werknemers bij haar dochtervennootschap(pen), of:
- *hetzij mede* door toerekening aan haar van een ondernemingsraad of ondernemingsraden van haar dochtervennootschap(pen) en/of door toerekening aan haar van in Nederland werkzame werknemers bij haar dochtervennootschap(pen).

In figuur 5 en 6 is A een structuurvennootschap die beperkt structuurplichtig is.

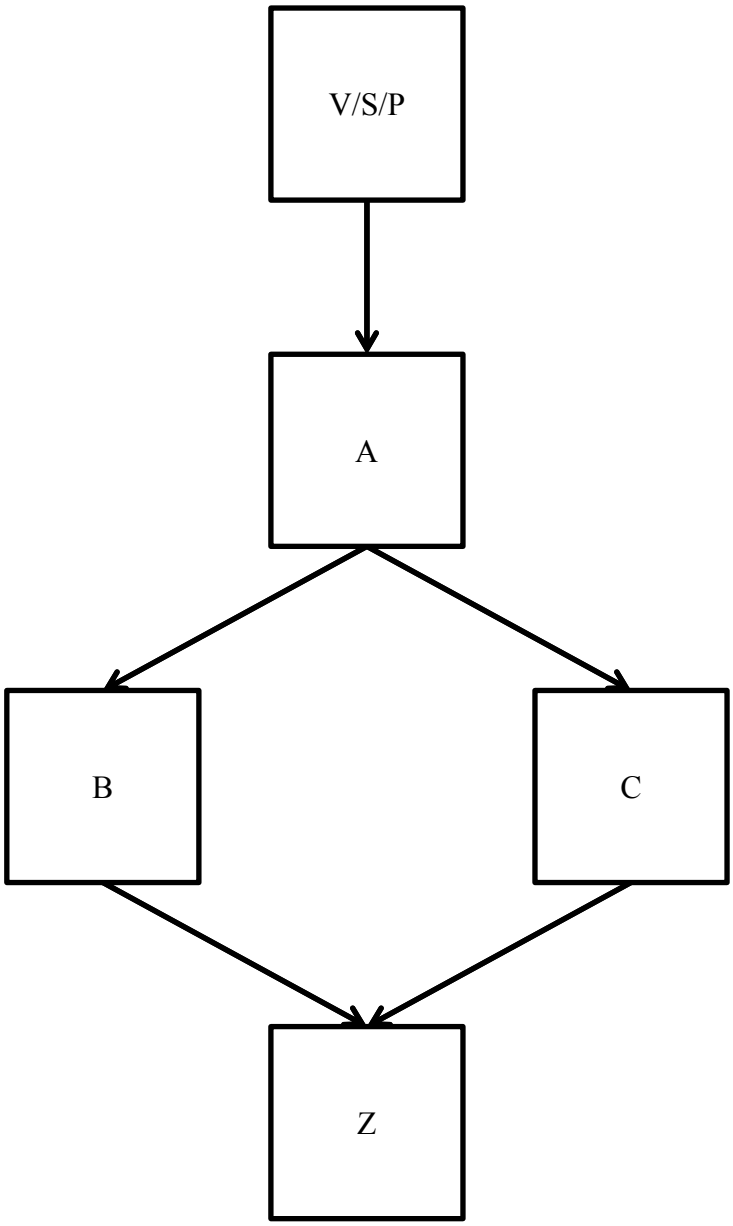
In figuur 5 en 6 worden alle ondernemingsraden van dochtervennootschappen van A en alle in Nederland werkzame werknemers bij dochtervennootschappen van A 'automatisch' aan A toegerekend, dat wil zeggen:
- zowel wanneer A zelf aan het ondernemingsraadscriterium en het werknemerscriterium voldoet, als wanneer A niet zelf aan het ondernemingsraadscriterium en het werknemerscriterium voldoet, als wanneer A zelf deels aan het ondernemingsraadscriterium en het werknemerscriterium voldoet, en:
- zowel ondernemingsraden en werknemers van dochtervennootschappen die niet voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling als ondernemingsraden en werknemers van dochtervennootschappen die wel voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling worden aan A toegerekend.

Dochtervennootschappen van A (B, C en Z) die niet voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling zijn 'gewone' vennootschappen. Dochtervennootschappen van A (B, C en Z) die wel voldoen aan de drie cumulatieve criteria die bepalend zijn voor toepassing van de structuurregeling zijn volledig vrijgesteld van toepassing van de structuurregeling waardoor hun inrichting niet die van een structuurvennootschap maar die van een 'gewone' vennootschap is. Dit betekent dat de structuurregeling in figuur 5 en 6 slechts één keer voorkomt, namelijk bij A. A is beperkt structuurplichtig.

figuur 5: Nederlandse concernverhouding met V/S/P als ‘moederrechtspersoon’



figuur 6: Nederlandse concernverhouding met V/S/P als ‘moederrechtspersoon’



HOOFDSTUK 5
INTERMEZZO: *PENSION FUND GOVERNANCE*: DE WET VERSTERKING BESTUUR PENSIOENFONDSEN

inleiding

[**33**] De Wet versterking bestuur pensioenfondsen heeft volgens de preambule tot doel 'het bestuur bij pensioenfondsen te versterken'.[63] Deze wet heeft onder meer de Pensioenwet die ondernemingspensioenfondsen en bedrijfstakpensioenfondsen regelt gewijzigd.[64] De Wet versterking bestuur pensioenfondsen is deels op 7 augustus 2013 en deels op 1 juli 2014 in wer-

[63] Wet van 10 juli 2013 tot wijziging van de Pensioenwet en enige andere wetten in verband met versterking van het bestuur bij pensioenfondsen en enige andere wijzigingen (Wet versterking bestuur pensioenfondsen), Stb. 2013, 302.
Over het pensioenstelsel in het algemeen: J.G.E. van Leeuwen, '"Een sterke tweede pijler. Naar een toekomstbestendig stelsel van aanvullende pensioenen." Een beschouwing van de bevindingen van de commissie-Goudswaard', *Onderneming en Financiering* 2010-2, p. 137-157; R.H. Maatman, 'Pensioen en pensioenfonds in transitie', *Ondernemingsrecht* 2013-15, p. 548-556. Over de Wet versterking bestuur pensioenfondsen: M. Adema, 'Wet versterking bestuur pensioenfondsen. Een blik op de invoeringspraktijk', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2014-1, no. 2, E.S. de Bock, 'Wetsvoorstel versterking bestuur pensioenfondsen: een gemiste kans?', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012-3, no. 24, P.G. van der Graaff, 'Wetsvoorstel versterking bestuur pensioenfondsen in organisatorisch perspectief', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012-4/5, no. 33, R.H. Maatman & S.R. Schuit, 'Versterking bestuur pensioenfondsen', *Ondernemingsrecht* 2012-9, p. 372-381, R.O.J. Melching, 'Goed pensioenfondsbestuur: naar een professioneel model? Lessen uit het verleden, gedachten over de toekomst', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2011-3, no. 17, H.M. Vletter-van Dort, 'Toezichthouder bij een pensioenfonds: gedoemd te falen?', *Ondernemingsrecht* 2013-4, p. 139-149. Vergelijk L.J.P. van der Meij, 'Wie wil nog pensioenfondsbestuurder zijn? Recente ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk en wat Nederland daar wellicht van kan leren', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2011-6, no. 33, L. van der Meij, 'De pensioenfondsbestuurder als beschermheer, een opinie', *Tijdschrift voor Pensioenvraagstukken* 2012-6, no. 41, S.W.AM. Visée, 'Pension Fund Governance', in: M.J. van Uchelen-Schipper & S.W.AM. Visée, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 75-99.

[64] En verder onder meer – hier niet behandeld – de Wet verplichte beroepspensioenregeling die beroepspensioenfondsen regelt.

king getreden.[65] Artikel 1 Pw omschrijft een pensioenfonds als 'een rechtspersoon […], waarin ten behoeve van ten minste twee deelnemers, gewezen deelnemers of hun nabestaanden gelden worden of werden bijeengebracht en worden beheerd ter uitvoering van ten minste een basispensioenregeling'. Een pensioenfonds is een pensioenuitvoerder: de parlementaire geschiedenis noemt drie mogelijke pensioenuitvoerders: pensioenfondsen, verzekeraars en premiepensioeninstellingen.[66] De rechtsvorm van een pensioenfonds is (vrijwel altijd) een stichting: de parlementaire geschiedenis merkt daarover op naar aanleiding van vragen die de Tweede Kamer stelde:[67]

> De leden van de CDA-fractie vragen of een stichting wel de geëigende vorm is voor een pensioenfonds. Is het niet logischer pensioenfondsen de vorm te geven van een onderlinge waarborgmaatschappij, zo vragen deze leden.
> [Daarover] wordt opgemerkt dat een als onderlinge waarborgmaatschappij opgerichte vereniging (OWM) op grond van artikel 53 Boek 2 BW een verzekeraar is. In de Pensioenwet wordt juist onderscheid gemaakt tussen pensioenfondsen en verzekeraars. Daarom zal een pensioenfonds op grond van de huidige wetgeving niet de vorm van een OWM kunnen hebben. In het geval van omzetting naar een OWM zou de Pensioenwet – voor zover het de regels voor pensioenfondsen betreft – niet langer van toepassing zijn, maar in plaats daarvan de Wft.

---

[65] Besluit van 30 juli 2013 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen en het Besluit van 30 juli 2013 houdende wijziging van het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen en enige andere besluiten in verband met het beloningsbeleid en enige andere wijzigingen (Stb. 329), Stb. 2013, 330: 'Art. 1:
1. De artikelen van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen treden in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin dit besluit wordt geplaatst, met uitzondering van artikel I, onderdelen B, C, D, F, G, H, I, J, L en artikel II, onderdelen A, C, D, E, F, H, I en K.
2. Artikel I, onderdelen B, C, D, F, G, H, I, J, L en artikel II, onderdelen A, C, D, E, F, H, I en K van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen treden in werking met ingang van 1 juli 2014'.

[66] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (26 juni 2012), p. 4.

[67] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (26 juni 2012), p. 29, vergelijk *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 14, nota naar aanleiding van het nader verslag (29 maart 2013), p. 2.

Hoofdstuk 5 van de Pensioenwet bevat *Algemene bepalingen met betrekking tot pensioenfondsen*. Dit hoofdstuk bestaat uit drie paragrafen: *§ 5.1. Pensioenfondsen algemeen* (artikelen 99-114 Pw), *§ 5.2. Verantwoordingsorgaan en belanghebbendenorgaan* (artikelen 115-115h Pw), en *§ 5.3. Taakafbakening* (artikelen 116-125 Pw). De Wet versterking bestuur pensioenfondsen betreft met name de paragrafen 1 en 2. Artikel 99 Pw ('Bestuur pensioenfondsen') luidt als volgt:

Een pensioenfonds heeft een paritair, een onafhankelijk of een gemengd bestuur. Indien een pensioenfonds een gemengd bestuur heeft, dan is dit een paritair gemengd bestuur, een onafhankelijk gemengd bestuur of een omgekeerd gemengd bestuur.

Een pensioenfonds heeft dus de keuze uit drie inrichtingsmodellen, waarbij het derde inrichtingsmodel drie vormen kan hebben:

1. een paritair bestuur,
2. een onafhankelijk bestuur, en:
3. een gemengd bestuur, met als vormen:
- een paritair gemengd bestuur,
- een onafhankelijk gemengd bestuur, en:
- een omgekeerd gemengd bestuur.

Op grond van artikel 115 Pw ('Het verantwoordingsorgaan') moeten pensioenfondsen met een paritair bestuur, een paritair gemengd bestuur en een omgekeerd gemengd bestuur een verantwoordingsorgaan instellen en op grond van artikel 115b Pw ('Het belanghebbendenorgaan') moeten pensioenfondsen met een onafhankelijk bestuur en een onafhankelijk gemengd bestuur een belanghebbendenorgaan instellen. Dit levert het volgende op:

1. een paritair bestuur: een verantwoordingsorgaan,
2. een onafhankelijk bestuur: een belanghebbendenorgaan, en:
3. een gemengd bestuur, met als vormen:
- een paritair gemengd bestuur: een verantwoordingsorgaan,
- een onafhankelijk gemengd bestuur: een belanghebbendenorgaan, en:
- een omgekeerd gemengd bestuur: een verantwoordingsorgaan.

Het wetsvoorstel dat leidde tot Wet versterking bestuur pensioenfondsen ging uit van een beperktere keuze, namelijk tussen een paritair bestuur en

een onafhankelijk bestuur.[68] Over de keuze tussen een paritair bestuur en een onafhankelijk bestuur schreef de parlementaire geschiedenis:[69]

> Het wetsvoorstel bevat twee bestuursmodellen waaruit gekozen kan worden: het paritaire bestuursmodel en het onafhankelijke bestuursmodel. Het eerste model is een versterking van het bestaande model, het tweede model is nieuw. Er is gekozen voor aanpassing van het bestaande paritaire model en toevoeging van een nieuw bestuursmodel om meer keuzevrijheid te bieden aan de pensioensector en om het potentiële aanbod van deskundige bestuurders te vergroten. Er bestaat een grote behoefte aan deskundige bestuurders. Niet altijd zijn die in voldoende mate binnen de geledingen van belanghebbenden beschikbaar.

doelstellingen en uitgangspunten

[**34**] Artikel 102a Pw ('Doelstellingen en uitgangspunten') gaat in op de taak van het bestuur van een pensioenfonds, waarbij niet van belang is voor welk organisatiemodel het pensioenfonds heeft gekozen. De leden 1-3 van dit artikel luiden:

1. Het bestuur van een pensioenfonds draagt in overleg met de overige organen van het pensioenfonds zorg voor de vastlegging van de doelstellingen en beleidsuitgangspunten, waaronder de risicohouding, van het pensioenfonds. De organen van het pensioenfonds gebruiken deze doelstellingen en uitgangspunten bij de toetsing van de opdrachtaanvaarding van de door vertegenwoordigers van werkgevers of werkgeversverenigingen en werknemers of werknemersverenigingen overeengekomen pensioenregelingen, en bij de besluitvorming, de verantwoording, de advisering, en het toezicht binnen het pensioenfonds.
2. Het bestuur van een pensioenfonds streeft er naar van de vertegenwoordigers, bedoeld in het eerste lid, zo veel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over de doelstellingen, het ambitieniveau van de toeslagverlening en de risicohouding, die ten grondslag liggen aan de pensioenregelingen die de vertegenwoordigers als opdracht in uitvoering aan het pensioenfonds geven.
3. Het bestuur van een pensioenfonds draagt zorg voor de formele opdrachtaanvaarding van de door de vertegenwoordigers, bedoeld in het eerste lid, aan het pensioenfonds opgedragen pensioenregelingen. Het bestuur toetst bij de opdrachtaanvaarding voor het pensioenfonds als geheel en voor de rele-

[68] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 2, voorstel van wet.
[69] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 5.

vante beleidsgebieden aan de doelstellingen en uitgangspunten, bedoeld in het eerste lid.

inrichting van een paritair bestuur

[**35**] Artikel 100 Pw ('Samenstelling paritair bestuur') gaat over de inrichting van een paritair bestuur van een pensioenfonds. Daarbij maakt dit artikel een onderscheid tussen een bedrijfstakpensioenfonds en een ondernemingspensioenfonds. Voor beide geldt dat het bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van 'de belanghebbenden' en dat de belanghebbenden via hun hun vertegenwoordigers 'op een zo evenwichtig mogelijke wijze' in het bestuur moeten zijn vertegenwoordigd. De parlementaire geschiedenis geeft het volgende aan:[70]

> Voorgesteld wordt om pensioengerechtigden toe te laten tot het paritaire bestuur van alle pensioenfondsen […]. Reden hiervoor is dat pensioengerechtigden net als werkgevers en werknemers een relatie hebben met pensioen als arbeidsvoorwaarde. Weliswaar zijn pensioengerechtigden in de regel niet meer betrokken bij de totstandkoming van de vigerende arbeidsvoorwaarden, maar wel waren zij betrokken bij de totstandkoming van de arbeidsvoorwaarden in de periode waarin hun pensioenaanspraak werd opgebouwd. Het pensioen is immers uitgesteld loon. En de waarde van die arbeidsvoorwaarde wordt in belangrijke mate bepaald door beslissingen van het bestuur omtrent premies, indexatie, korten en beleggingsbeleid. In die zin zijn ze residueel risicodrager net als werknemers en werkgevers. Bovendien wordt in de discussie over de governance algemeen het uitgangspunt gehanteerd dat dragers van het residueel risico ook zeggenschap zouden moeten hebben. Daarnaast hebben de resultaten van het huidige arbeidsvoorwaardenoverleg ook gevolgen voor hun pensioenrechten. Een voorbeeld hiervan is de keuze voor de overgang naar een nieuw pensioencontract. Verder is er de breed gedragen maatschappelijke wens tot de deelname van pensioengerechtigden aan het paritaire bestuur. […]. Ten slotte is van belang dat deelname aan het paritaire bestuur van deze groep tegemoet komt aan het feit dat de risico's verbonden aan pensioen ook deels naar de pensioengerechtigden verschuiven.

Over de inrichting van een paritair bestuur van een bedrijfstakpensioenfonds bepaalt artikel 100 lid 1 Pw 'dat de vertegenwoordigers van werknemersverenigingen in de betrokken bedrijfstak of bedrijfstakken en de vertegenwoordigers van pensioengerechtigden tezamen ten minste evenveel zetels

[70] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 14.

bezetten als de vertegenwoordigers van werkgeversverenigingen in de betrokken bedrijfstak of bedrijfstakken', met dien verstande dat de vertegenwoordigers van de pensioengerechtigden 'niet meer dan 25% van het aantal zetels dat door vertegenwoordigers van werkgeversverenigingen, vertegenwoordigers van werknemersverenigingen en vertegenwoordigers van pensioengerechtigden tezamen wordt bezet' mogen bezetten. Over de inrichting van een paritair bestuur van een ondernemingspensioenfonds bepaalt artikel 100 lid 2 Pw 'dat de werknemersvertegenwoordigers en vertegenwoordigers van pensioengerechtigden tezamen ten minste evenveel zetels bezetten als de werkgeversvertegenwoordigers', met dien verstande dat de vertegenwoordigers van de pensioengerechtigden 'niet meer dan 25% of, [indien sprake is van de situatie dat het aantal de werknemers en gewezen werknemers minder bedraagt dan 10% van de som van het aantal werknemers en gewezen werknemers en pensioengerechtigden] 50%, van het aantal zetels dat door werknemersvertegenwoordigers, werkgeversvertegenwoordigers en vertegenwoordigers van pensioengerechtigden tezamen wordt bezet'. Op grond van artikel 100 lid 6 Pw kunnen aan een paritair bestuur van zowel een bedrijfstakpensioenfonds als een ondernemingspensioenfonds 'maximaal twee bestuurders worden toegevoegd die niet directe vertegenwoordigers zijn van de belanghebbenden bij het pensioenfonds'.

En artikel 100 lid 4 Pw zegt het volgende: 'Indien de statuten van een pensioenfonds voorzien in stemgerechtigde vertegenwoordigers in het paritaire bestuur van anderen dan werknemersverenigingen dan wel werknemers, werkgeversverenigingen dan wel de werkgever of pensioengerechtigden, worden die vertegenwoordigers voor de toepassing van [de bepalingen over de inrichting van een paritair bestuur] gelijkgesteld met vertegenwoordigers van pensioengerechtigden'.

Opvallend is artikel 100 lid 7 Pw: 'Het bestuur stelt een profielschets op voor leden van het bestuur. Het bestuur kan een kandidaat bestuurder afwijzen indien deze niet aan de profielschets voldoet'. Hierover schrijft de parlementaire geschiedenis:[71]

> Het is van belang dat het bestuur een kandidaat-bestuurder kan weigeren indien deze naar het oordeel van het bestuur niet aan de eisen van deskundigheid voldoet. Dit geldt zowel voor de benoeming van de werkgevers- of werknemersvertegenwoordigers in het bestuur als voor de pensioengerechtigden. Ook heeft dit betrekking op onafhankelijke kandidaat-bestuursleden. In het onderhavige wetsvoorstel is daarom

[71] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 14', vergelijk *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2012-2013, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, D, memorie van antwoord (1 juli 2013), p. 7.

een wettelijke weigeringsgrond voor het bestuur opgenomen indien de kandidaat niet voldoet aan de profielschets. Dit vormt een extra waarborg voor de kwaliteit en deskundigheid van het bestuur.

Op grond van artikel 103 lid 1 Pw ('Intern toezicht pensioenfondsen') moet het 'intern toezicht' bij een pensioenfonds met een paritair bestuur dat een bedrijfstakpensioenfonds is worden uitgeoefend door een raad van toezicht. In afwijking daarvan kan het 'intern toezicht' 'ook worden uitgeoefend door jaarlijkse visitatie door een visitatiecommissie' als 'het bedrijfstakpensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar'. Op grond van artikel 103 lid 2 Pw moet het 'intern toezicht' bij een pensioenfonds met een paritair bestuur dat een ondernemingspensioenfonds is worden uitgeoefend door een raad van toezicht of door jaarlijkse visitatie door een visitatiecommissie. De parlementaire geschiedenis zegt in dit verband:[72]

> Concreet leidt dit tot het voorstel om bij bedrijfstakpensioenfondsen een permanente raad van toezicht in te stellen. Alleen een bedrijfstakpensioenfonds dat volledig verzekerd is bij een verzekeraar, kan kiezen voor een visitatiecommissie. Ondernemingspensioenfondsen krijgen een keuze voor een permanente raad van toezicht of een visitatiecommissie die jaarlijks […] visiteert. Er is gekozen voor een permanente raad van toezicht bij bedrijfstakpensioenfondsen omdat bij bedrijfstakpensioenfondsen de aangesloten werkgevers alsmede de werknemers meer op afstand staan van het fonds dan bij ondernemingspensioenfondsen. Zo zijn de werkgevers en de werknemers meer indirect via de vakverenigingen vertegenwoordigd. Verder kan een individuele werkgever bij een bedrijfstakpensioenfonds geen afspraken maken met het fonds in de uitvoeringsovereenkomst. Hierdoor ligt het meer voor de hand om een permanent toezichtsorgaan in te stellen. Bij een ondernemingspensioenfonds kan de werkgever meer invloed uitoefenen via de uitvoeringsovereenkomst met het fonds. Doordat veel meer in het contract wordt vastgelegd en door de directere vorm van vertegenwoordiging is de noodzaak voor een permanent orgaan minder groot. Dat neemt niet weg dat er uiteraard wel voor kan worden gekozen.

inrichting van een onafhankelijk bestuur

[**36**] Artikel 101 Pw ('Samenstelling onafhankelijk bestuur') gaat over de inrichting van een onafhankelijke bestuur van een pensioenfonds. Lid 1 zegt hierover: 'Het onafhankelijke bestuur van een pensioenfonds bestaat uit ten minste twee bestuurders. De bestuurders zijn niet directe vertegenwoordi-

[72] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 11.

gers van de belanghebbenden bij het pensioenfonds'. Lid 2 bepaalt ook hier: 'Het bestuur stelt een profielschets op voor leden van het bestuur. Het bestuur kan een kandidaat bestuurder afwijzen indien deze niet aan de profielschets voldoet'. Over artikel 101 lid 1 Pw zeg de parlementaire geschiedenis:[73]

> Het onafhankelijke model maakt het mogelijk om het fonds te laten besturen door onafhankelijke beroepsbestuurders die geen binding hebben met een van de drie geledingen. Bij een beroepsbestuurder wordt gedacht aan een persoon wiens beroep bestuurder is en die deze functie tegen betaling verricht.

en:[74]

> In het eerste lid wordt bepaald dat een onafhankelijk bestuur bestaat uit ten minste twee bestuurders (vierogenprincipe). De bestuurders bij een onafhankelijk bestuur zijn, in tegenstelling tot de bestuurders in het paritaire model, niet directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden bij het pensioenfonds. Dit betekent dat deze bestuurders geen permanente zakelijke band mogen hebben met een van de geledingen.

Op grond van artikel 103 lid 1 Pw moet het 'intern toezicht' bij een pensioenfonds met een onafhankelijk bestuur dat een bedrijfstakpensioenfonds is worden uitgeoefend door een raad van toezicht. In afwijking daarvan kan het 'intern toezicht' 'ook worden uitgeoefend door jaarlijkse visitatie door een visitatiecommissie' als 'het bedrijfstakpensioenfonds volledig is verzekerd bij een verzekeraar'. Op grond van artikel 103 lid 2 Pw moet het 'intern toezicht' bij een pensioenfonds met een onafhankelijk bestuur dat een ondernemingspensioenfonds is worden uitgeoefend door een raad van toezicht of door jaarlijkse visitatie door een visitatiecommissie.

de raad van toezicht en de visitatiecommissie

[**37**] Artikel 104 Pw ('Samenstelling en taken raad van toezicht en visitatiecommissie') gaat over de raad van toezicht en de visitatiecommissie. Volgens artikel 104 lid 1 Pw moeten een raad van toezicht en een visitatiecommissie uit ten minste drie natuurlijke personen bestaan, en zijn de leden van een raad van toezicht en een visitatiecommissie 'onafhankelijk en laten dit tot uiting komen in het toezicht'. Artikel 104 lid 9 Pw luidt: 'Het pensioen-

[73] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 6-7.

[74] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 33.

fonds verstrekt desgevraagd aan de raad van toezicht of de visitatiecommissie tijdig alle inlichtingen en gegevens, die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft. De inlichtingen worden desgevraagd schriftelijk verstrekt'. Deze bepaling is terughoudender geformuleerd dan artikel 2:141 lid 1/252 lid 1 BW: 'Het bestuur verschaft de raad van commissarissen tijdig de voor de uitoefening van diens taak noodzakelijke gegevens'. De parlementaire geschiedenis merkt over artikel 104 lid 1 Pw op:[75]

> De raad van toezicht alsmede de visitatiecommissie bestaat uit tenminste drie onafhankelijke personen. Onder onafhankelijkheid wordt allereerst verstaan dat de leden geen binding hebben met de belanghebbenden in het fonds. Verder wordt onder onafhankelijkheid verstaan dat er geen onderling toezicht tussen pensioenfondsen wordt gerealiseerd. Bestuurder van pensioenfonds A kan geen toezichthouder worden bij fonds B, als er een bestuurder van fonds B toezichthouder is bij fonds A.

Artikel 104 lid 2 Pw bepaalt algemeen over de raad van toezicht:

De raad van toezicht heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds. De raad van toezicht is ten minste belast met het toezien op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur en legt verantwoording af over de uitvoering van de taken en de uitoefening van de bevoegdheden aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het jaarverslag. De raad van toezicht staat het bestuur met raad ter zijde. Artikel 9 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is van overeenkomstige toepassing op de leden van de raad van toezicht.

Artikel 104 Pw bepaalt dat de raad van toezicht een profielschets moet opstellen voor de leden van de raad (lid 6) en dat het bestuur van het pensioenfonds en de raad van toezicht ten minste twee maal per kalenderjaar in een vergadering bijeen moeten komen (lid 7). Artikel 104 lid 3 Pw bepaalt dat een aantal besluiten van het bestuur zijn onderworpen aan de goedkeuring van de raad van toezicht. Het gaat daarbij om besluiten 'tot vaststelling van' 'het jaarverslag en de jaarrekening' (onder a), 'de profielschets voor bestuurders' (onder b), 'het beleid inzake beloningen, met uitzondering van de beloning van de raad van toezicht' (onder c), 'gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds' (onder d), 'liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds' (onder e), 'samenvoeging van pensioenfondsen als bedoeld in de definitie van ondernemingspensioenfonds in artikel 1'

[75] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 3, memorie van toelichting (22 februari 2012), p. 11.

(onder f) en ‘het omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm, bedoeld in artikel 18 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek’ (onder g). Hieraan voegt artikel 104 lid 4 Pw toe dat het ontbreken van goedkeuring de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur en de bestuurders niet aantast (vergelijk artikel 2:164 lid 2/274 lid 2 BW), en dat de statuten van het pensioenfonds moeten ‘voorzien in een regeling voor geschillen over goedkeuring van besluiten door de raad van toezicht’.

Artikel 104 lid 8 Pw bepaalt over de visitatiecommissie: ‘De visitatiecommissie heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds. De visitatiecommissie is ten minste belast met het toezien op adequate risicobeheersing en evenwichtige belangenafweging door het bestuur en legt verantwoording af over de uitvoering van de taken aan het verantwoordingsorgaan en de werkgever, het belanghebbendenorgaan en in het jaarverslag’.

inrichting van een gemengd bestuur

[**38**] Artikel 101a Pw (‘Samenstelling en taakverdeling gemengd bestuur’) gaat over de inrichting van een gemengd bestuur van een pensioenfonds. Uit artikel 101a lid 1 Pw blijkt dat dit een bestuur is waarin zowel uitvoerende bestuurders als niet uitvoerende bestuurders zitting hebben (dus een keuze voor een monistisch model): ‘Het gemengd bestuur van een pensioenfonds bestaat uit uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders’. Op grond van artikel 101a lid 3 Pw moeten er ‘ten minste drie natuurlijke personen als niet uitvoerende bestuurders’ zijn, en zijn de niet uitvoerende bestuurders ‘niet directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden bij het pensioenfonds’. Interessant is wat artikel 101a Pw in de leden 4-6 bepaalt. Die leden sluiten in belangrijke mate aan bij artikel 2:129a lid 1-3/239a lid 1-3 BW en luiden:

4. Bij de statuten van een pensioenfonds met een gemengd bestuur wordt bepaald dat de bestuurstaken worden verdeeld over niet uitvoerende bestuurders en uitvoerende bestuurders. Artikel 104, tweede lid, is van overeenkomstige toepassing op de taken van de niet uitvoerende bestuurders. De taak om toezicht te houden op de taakuitoefening door bestuurders kan niet door een taakverdeling worden ontnomen aan niet uitvoerende bestuurders. Het voorzitterschap van het bestuur, het doen van voordrachten voor benoeming van een bestuurder en het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders kan niet aan een uitvoerende bestuurder worden toebedeeld.
5. De uitvoerende bestuurders nemen niet deel aan de besluitvorming over het vaststellen van de bezoldiging van uitvoerende bestuurders.

6. Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten over zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

Opvallend is de tweede volzin van artikel 101a lid 4 Pw waarin artikel 104 lid 2 Pw dat gaat over de raad van toezicht van een pensioenfonds van overeenkomstige toepassing wordt verklaard op de niet uitvoerende bestuurders van een pensioenfonds met een gemengd bestuur. Artikel 104 lid 2 Pw bepaalt onder meer dat de raad van toezicht van een pensioenfonds tot taak heeft toezicht te houden op het beleid van het bestuur en op de algemene gang van zaken in het pensioenfonds en het bestuur met raad terzijde staat. Artikel 101a lid 4 Pw bepaalt dus veel uitdrukkelijker dan artikel 129a lid 1/239a lid 1 BW wat de taak is van niet uitvoerende bestuurders in een organisatie met een monistische model, namelijk het houden van toezicht en het geven van advies.

Een gemengd bestuur kan een paritair gemengd bestuur, een onafhankelijk gemengd bestuur of een omgekeerd gemengd bestuur zijn. Is sprake van een *paritair gemengd bestuur*, dan geldt voor de inrichting van dat bestuur voor zover het de uitvoerende bestuurders betreft de regeling van artikel 100 Pw over een paritair bestuur (artikel 101a lid 2 Pw). Is sprake van een *onafhankelijk gemengd bestuur*, dan geldt voor de inrichting van dat bestuur voor zover het de uitvoerende bestuurders betreft de regeling van artikel 101 Pw over een onafhankelijk bestuur (artikel 101a lid 2 Pw). Dit betekent dat een *paritair gemengd bestuur* neerkomt op een *paritair bestuur* met een keuze voor intern toezicht volgens het monistische model en dat een *onafhankelijk gemengd bestuur* neerkomt op een *onafhankelijk bestuur* met een keuze voor intern toezicht volgens het monistische model. Is sprake van een *omgekeerd gemengd bestuur*, dan geldt voor de inrichting van dat bestuur voor zover het de uitvoerende bestuurders betreft de regeling van artikel 101 Pw over een onafhankelijk bestuur en geldt voor de inrichting van dat bestuur voor zover het de niet uitvoerende bestuurders betreft de regeling van artikel 100 Pw over een paritair bestuur (artikel 101a lid 7 Pw). Hier geldt dus dat de evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden niet plaatsvindt op het niveau van de uitvoerende bestuurders maar op het niveau van de niet uitvoerende bestuurders. Op grond van artikel 101a lid 8 Pw moet een omgekeerd gemengd bestuur 'een onafhankelijke voorzitter die geen vertegenwoordiger is van de belanghebbenden bij het pensioenfonds' hebben.

De parlementaire geschiedenis schrijft over een gemengd bestuur:[76]

[76] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 11, nota van wijziging (27 december 2012), p. 6.

> In artikel 101a wordt de bestuurssamenstelling en taakverdeling van een gemengd bestuur geregeld. Hierbij is aangesloten bij de regeling voor het monistisch bestuursmodel in het Burgerlijk Wetboek (Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen; Stb. 275). In een gemengd bestuur worden uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders onderscheiden. Er worden drie vormen van gemengd bestuur onderscheiden: het paritair, onafhankelijk of omgekeerd gemengd bestuur.
> In het paritair gemengd bestuur is de samenstelling van het uitvoerend deel van het bestuur conform de samenstelling van het paritair bestuur: dat wil zeggen bestaande uit vertegenwoordigers van werknemers(verenigingen), werkgevers(verenigingen) en pensioengerechtigden waaraan eventueel maximaal twee externe bestuurders kunnen worden toegevoegd. De niet uitvoerende bestuurders zijn ten minste drie natuurlijke personen die niet directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden bij het pensioenfonds zijn.
> In het onafhankelijk gemengd bestuur is de samenstelling van het uitvoerend deel van het bestuur conform de samenstelling van het onafhankelijk bestuur: ten minste twee externe bestuurders. De niet uitvoerende bestuurders zijn ten minste drie natuurlijke personen die niet directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden bij het pensioenfonds zijn.
> Bij het omgekeerd gemengd bestuur is de samenstelling van het paritair bestuur omgedraaid, dat wil zeggen dat de vertegenwoordigers van belanghebbenden de niet uitvoerende bestuurders zijn en de uitvoerende bestuurders niet directe vertegenwoordigers van belanghebbenden bij het fonds. Daarnaast is er in het omgekeerd gemengd bestuur een onafhankelijke voorzitter die geen directe vertegenwoordiger is van de belanghebbenden.

en:[77]

> Het wordt nu mogelijk om zowel het paritaire bestuursmodel als het onafhankelijke bestuursmodel, zoals opgenomen in het wetsvoorstel, in de vorm van een one tier bestuur te organiseren, waarbij als het ware de leden van de raad van toezicht of de visitatiecommissie dan de leden worden van het toezichthoudende deel van het bestuur. Omdat

[77] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (26 juni 2012), p. 2-3, vergelijk *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 11, nota van wijziging (27 december 2012), p. 5 en *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 14, nota naar aanleiding van het nader verslag (29 maart 2013), p. 1.

> het intern toezicht dichtbij is, namelijk onderdeel vormt van het bestuur, kan dit efficiencywinst voor de betrokken fondsen opleveren. […]
> De regering is zich ervan bewust dat in de pensioensector ook behoefte bestaat aan een variant op het hiervoor beschreven one tier model. In deze variant wordt het uitvoerende deel van het bestuur gevormd uit externe beroepsbestuurders. Het niet-uitvoerende deel van het bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van belanghebbenden. Deze laatste bestuurders houden toezicht op de uitvoerende bestuurders. […] De bezwaren [hiertegen], namelijk het risico dat het interne toezicht niet voldoende onafhankelijk is van de belangen van de geledingen, zullen ondervangen moeten worden. Daarom acht de regering in het geval van intern toezicht door vertegenwoordigers van belanghebbenden de toevoeging van extra wettelijke waarborgen noodzakelijk. Een van die extra waarborgen vormt de […] onafhankelijke voorzitter.

Voor het geval een pensioenfonds een gemengd bestuur heeft bevat de Wet versterking bestuur pensioenfondsen niet de bepaling dat de besluiten bedoeld in artikel 104 lid 3 Pw de goedkeuring vereisen van de meerderheid van de niet uitvoerende bestuurders (vergelijk de regeling in artikel 2:164a lid 4/274a lid 4 BW waarin die vereiste meerderheid wel is opgenomen).

overzicht van de inrichtingsmodellen waarvoor een pensioenfonds wel en niet kan kiezen

[**39**] Pensioenfondsen kunnen kiezen uit vijf inrichtingsmodellen (van in totaal acht inrichtingsmodellen die theoretisch mogelijk zouden zijn). In een overzicht:

dualistisch model: **paritair bestuur** bestuur: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden verantwoordingsorgaan	 rvt: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden
monistisch model: **paritair gemengd bestuur** uitvoerende bestuurders: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden	 niet uitvoerende bestuurders: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden

verantwoordingsorgaan	
dualistisch model: **onafhankelijk bestuur** bestuur: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden belanghebbendenorgaan	 rvt: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden
monistisch model: **onafhankelijk gemengd bestuur** uitvoerende bestuurders: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden belanghebbendenorgaan	 niet uitvoerende bestuurders: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden
dualistisch model: *dit model is niet mogelijk* ('omgekeerd paritair bestuur') bestuur: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden	 rvt: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden
monistisch model: **omgekeerd gemengd bestuur** (beter: 'omgekeerd paritair gemengd bestuur') uitvoerende bestuurders: geen evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden verantwoordingsorgaan	 niet uitvoerende bestuurders: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden

dualistisch model: *dit model is niet mogelijk* ('dubbel paritair bestuur') bestuur: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden	rvt: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden
monistisch model: *dit model is niet mogelijk* ('dubbel paritair gemengd bestuur') uitvoerende bestuurders: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden	niet uitvoerende bestuurders: evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden

Artikel 101a lid 7 Pw dat over het omgekeerd gemengd bestuur gaat luidt: 'In afwijking van het tweede en derde lid kan een omgekeerd gemengd bestuur worden gevormd waarbij voor de samenstelling van de uitvoerende bestuurders artikel 101 van overeenkomstige toepassing is en waarbij voor de samenstelling, zetelverdeling en benoeming van de niet uitvoerende bestuurders [artikel 100] van overeenkomstige toepassing [is]'. Dit betekent dat voor dit bestuur de bepaling in artikel 101a lid 2 Pw dat de niet uitvoerende bestuurders niet de directe vertegenwoordigers zijn van de belanghebbende bij het pensioenfonds niet geldt. De reden is dat in een omgekeerd gemengd bestuur de evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden niet plaatsvindt op het niveau van de uitvoerende bestuurders maar op het niveau van de niet uitvoerende bestuurders. Dit onderstreept dat de niet uitvoerende bestuurders in een pensioenfonds met een omgekeerd gemengd bestuur de directe vertegenwoordigers van de belanghebbenden zijn.

Artikel 101a lid 9 Pw maakt het mogelijk om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de samenstelling van een omgekeerd gemengd bestuur, de organisatie en taakverdeling van dit bestuur en de bevoegdheden van de onafhankelijke voorzitter.

Uit het overzicht blijkt tevens dat het instellen van een verantwoordingsorgaan gekoppeld is aan de inrichtingsmodellen waarin gekozen is voor een paritair bestuursmodel (waarin sprake is van evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden) en dat het instellen van een belanghebbendenorgaan gekoppeld is aan de inrichtingsmodellen waarin gekozen is voor

een onafhankelijk bestuursmodel (waarin geen sprake is van evenwichtige vertegenwoordiging van de belanghebbenden).

verduidelijking van de rol van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en leden van de raad van toezicht

[**40**] Een pensioenfonds kan zijn ingericht volgens een monistisch model met een paritair gemengd bestuur, een onafhankelijk gemengd bestuur of een omgekeerd gemengd bestuur. In dat geval bestaat het bestuur van het pensioenfonds uit uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders. Een pensioenfonds kan ook zijn ingericht volgens een dualistisch organisatiemodel met een paritair bestuur of een onafhankelijk bestuur. In dat geval heeft het pensioenfonds een bestuur en een raad van toezicht (tenzij er een visitatiecommissie is). De parlementaire geschiedenis gaat in op de rol van uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders en van bestuurders en leden van de raad van toezicht. Voor beide modellen wijst de parlementaire geschiedenis op het belang van artikel 105 Pw.[78] Die bepaling luidt:
Artikel 105. Eisen ten aanzien van beleid
1. Ten minste twee natuurlijke personen bepalen het dagelijks beleid van een pensioenfonds.
2. De personen die het beleid van een pensioenfonds bepalen of mede bepalen richten zich bij de vervulling van hun taak naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever en zorgen ervoor dat dezen zich door hen op evenwichtige wijze vertegenwoordigd kunnen voelen.
3. Iedere bestuurder van een pensioenfonds is bevoegd een deskundige te raadplegen, of zich krachtens een bestuursbesluit, waarbij ten minste één vierde van de bestuurders zich daarvoor heeft uitgesproken, ter vergadering door een deskundige te laten bijstaan.

Over artikel 105 lid 2 Pw merkt de parlementaire geschiedenis op:[79]

[78] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2012-2013, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, D, memorie van antwoord (1 juli 2013), p. 9: 'In artikel 105, eerste lid, is […] geregeld dat ten minste twee natuurlijke personen het dagelijks beleid van een pensioenfonds bepalen. In deze bepaling is voor het dagelijks beleid het vierogenprincipe neergelegd. Onder dagelijks beleid wordt verstaan het beleid en de besluitvorming gericht op het dagelijks daadwerkelijk uitoefenen van de werkzaamheden van een pensioenfonds (Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr 3). De kring van dagelijks beleidsbepalers is ruimer dan die van bestuursleden. Pensioenfondsen kunnen zelf bepalen of de dagelijkse leiding geheel in handen is van een directie of ook (deels) belegd wordt bij leden van het bestuur'.

[79] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (26 juni 2012), p. 12.

> Voor alle bestuurders geldt dat zij zich op grond van artikel 105 Pensioenwet bij de vervulling van hun taak moeten richten naar de belangen van de bij het pensioenfonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever.

en:[80]

> Wat betreft de evenwichtige belangafweging wordt opgemerkt dat een pensioenfondsbestuur nu al de wettelijke taak heeft om zich bij de uitvoering van de pensioenregeling te richten op een evenwichtige belangenafweging van de bij het fonds betrokken deelnemers, gewezen deelnemers, andere aanspraakgerechtigden, de pensioengerechtigden en de werkgever. Dit vloeit voort uit artikel 105, tweede lid, van de Pensioenwet.

Meer concreet zegt de parlementaire geschiedenis over een pensioenfonds met een monistisch organisatiemodel:[81]

> In het voorgestelde vierde lid van artikel 101a is bepaald dat binnen het bestuur een taakverdeling wordt gemaakt. De bestuurders die zich in het bijzonder bezig houden met de dagelijkse leiding van het pensioenfonds zijn de uitvoerende bestuurders. Bestuurders aan wie geen specifieke uitvoerende taken zijn opgedragen, hebben als hoofdtaak het algemeen besturen. Deze bestuurders worden aangeduid als niet uitvoerend bestuurder. Taken die niet specifiek aan individuele bestuurders zijn toebedeeld, vallen toe aan het bestuur als geheel, dat wil zeggen aan zowel de niet uitvoerende als de uitvoerende bestuurders. Deze opzet voorkomt dat onbenoemde taken tussen wal en schip kunnen vallen. Een taakverdeling en het vormen van een uitvoerend bestuur laten onverlet dat de verantwoordelijkheid, ook voor de taakuitoefening door uitvoerende bestuurders, blijft berusten bij het bestuur. De term «uitvoerende» bestuurders geeft aan dat zij belast zijn met specifiek omschreven taken. De taken van de niet uitvoerend bestuurder omvatten meer dan advisering en toezicht houden in de bekende zin. De bestuursleden die belast zijn met algemene bestuurstaken zullen meer dan de leden van de raad van toezicht actief betrokken zijn bij het algemene beleid van het pensioenfonds. Zij nemen immers deel aan en zijn direct verantwoordelijk voor de besluitvorming over de algemene beleidslijnen. Gelijk aan de regeling in de Wet van 6 juni

[80] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (26 juni 2012), p. 19.

[81] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 11, nota van wijziging (27 december 2012), p. 6-7.

> 2011 is bepaald dat de niet uitvoerende bestuurders natuurlijke personen moeten zijn.
> Het voorgestelde vierde lid van artikel 101a bevat ter uitwerking van de algemene regel over de taakverdeling een opsomming van taken die zijn voorbehouden aan de niet uitvoerende bestuurders. Die taken kunnen niet worden toegedeeld aan de uitvoerende bestuurders. Zo kunnen de uitvoerende bestuurders niet worden belast met het doen van voordrachten voor benoeming van bestuurders en de taak om de bezoldiging van uitvoerende bestuurders vast te stellen. Ook kan de taak om toezicht te houden op de taakuitoefening van een niet uitvoerende of uitvoerende bestuurder niet aan een uitvoerende bestuurder worden toegedeeld. Het gaat hier om werkzaamheden die in een duaal systeem vaak worden neergelegd bij de raad van toezicht en nauw aansluiten bij toezicht en advies, alsmede om taken die gelet op een mogelijk belangenconflict niet uitsluitend mogen worden toegekend aan een of meer uitvoerende bestuurders. Alle andere bestuurstaken kunnen desgewenst worden toebedeeld aan de uitvoerende bestuurders.

En meer concreet over een pensioenfonds met een dualistisch organisatiemodel zegt de parlementaire geschiedenis naar aanleiding van opmerkingen in de Tweede Kamer:[82]

> De leden van de PvdA-fractie delen de mening van de SER en de Pensioenfederatie dat het toezicht op evenwichtige belangenafweging zich moet beperken tot of er een evenwichtige belangenafweging is geweest en zich niet bezig houdt met de vraag op welke wijze dat is gebeurd. Deze leden vragen of de regering bereid is de toezichthoudende taak op dit punt explicieter te beschrijven.
> De regering onderschrijft de uitleg van de SER van de rol van de raad van toezicht. De raad van toezicht beoordeelt of er een evenwichtige belangenafweging is geweest en treedt niet in de vraag op welke wijze dat is gebeurd.

benoeming en ontslag

[**41**] Op grond van artikel 111 lid 1 Pw ('Statuten') moeten de statuten van een pensioenfonds onder meer bepalingen bevatten over 'het bestuursmodel van het pensioenfonds, bedoeld in artikel 99' (onder f), 'de wijze waarop de bestuurders worden benoemd en ontslagen' (onder g), 'de wijze waarop het intern toezicht is georganiseerd' (onder h), 'de wijze waarop de leden van de

[82] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 182, Wet versterking bestuur pensioenfondsen, nr 14, nota naar aanleiding van het nader verslag (29 maart 2013), p. 5.

raad van toezicht dan wel de visitatiecommissie worden benoemd en ontslagen' (onder i) en 'de wijze waarop de leden van het verantwoordingsorgaan dan wel het belanghebbendenorgaan worden benoemd en ontslagen' (onder j).

het verantwoordingsorgaan en het belanghebbendenorgaan

[**42**] Uit de bepalingen in de Pensioenwet over (de taken van) het verantwoordingsorgaan en het belanghebbendenorgaan blijkt dat een *verantwoordingsorgaan* bestaat uit vertegenwoordigers van de werknemers en gewezen werknemers die pensioenaanspraken hebben (de deelnemers) en van de degenen die pensioen ontvangen (de pensioengerechtigden), en dat een *belanghebbendenorgaan* bestaat uit vertegenwoordigers van zowel de werknemers en gewezen werknemers die pensioenaanspraken hebben (de deelnemers) en van de degenen die pensioen ontvangen (de pensioengerechtigden) als van de werkgever(s). Uit de bepalingen over (de taken van) het verantwoordingsorgaan en het belanghebbendenorgaan blijkt ook dat een *verantwoordingsorgaan* adviesrechten heeft en dat een *belanghebbendenorgaan* adviesrechten en goedkeuringsrechten heeft. Het komt er dus op neer dat een belanghebbendenorgaan een bredere samenstelling heeft dan een verantwoordingsorgaan, en meer bevoegdheden heeft dan een verantwoordingsorgaan. Dit is verklaarbaar uit het feit dat een belanghebbendenorgaan moet worden ingesteld bij pensioenfondsen met een onafhankelijk bestuur, waar de belanghebbenden niet evenwichtig zijn vertegenwoordigd in het bestuur van het pensioenfonds.

Artikel 115. Het verantwoordingsorgaan 1. Een pensioenfonds met een paritair bestuur of een paritair gemengd dan wel omgekeerd gemengd bestuur stelt een verantwoordingsorgaan in. 2. In het verantwoordingsorgaan zijn de deelnemers en de pensioengerechtigden evenredig op basis van onderlinge getalsverhoudingen vertegenwoordigd. De leden van het verantwoordingsorgaan vormen een zo evenwichtig mogelijke afspiegeling van de betreffende geleding. […]	Artikel 115b. Het belanghebbendenorgaan 1. Een pensioenfonds met een onafhankelijk bestuur of een onafhankelijk gemengd bestuur stelt een belanghebbendenorgaan in. 2. Voor de samenstelling van het belanghebbendenorgaan [is artikel 100, eerste tot en met vijfde lid] van overeenkomstige toepassing. 3. Het belanghebbendenorgaan heeft recht op overleg met het intern toezicht. 4. Het bestuur van het pensioenfonds en het belang-

3. Op grond van door het bestuur van het pensioenfonds vast te stellen criteria kunnen naast de in het tweede lid bedoelde vertegenwoordigers ook één of meer vertegenwoordigers van gewezen deelnemers in het verantwoordingsorgaan zitting hebben. 4. In geval van verkiezing van leden van het verantwoordingsorgaan door deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden kunnen kandidaten worden voorgedragen door verenigingen en door individuele deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden. 5. Voor zover geen verkiezing door de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden plaatsvindt, maar de leden worden benoemd door verenigingen, zijn deze verenigingen evenredig aan hun ledenaantallen binnen hun geleding binnen het pensioenfonds vertegenwoordigd in het verantwoordingsorgaan. 6. Een vereniging als bedoeld in het vierde en vijfde lid bezit volledige rechtsbevoegdheid; haar statutair doel omvat mede het behartigen van de belangen van haar leden als belanghebbenden bij een pensioenfonds. 7. […] 8. Het verantwoordingsorgaan komt ten minste tweemaal per kalenderjaar in vergadering bijeen. Tijdens deze vergaderingen worden de aangelegenheden aan de orde gesteld waarover het bestuur van het pensioenfonds of het belanghebbendenorgaan overleg wenselijk acht. 5. Het pensioenfonds verstrekt desgevraagd aan het belanghebbendenorgaan tijdig alle inlichtingen en gegevens, die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft. De inlichtingen worden desgevraagd schriftelijk verstrekt.	

gaan heeft recht op overleg met het intern toezicht. 9. Het bestuur van het pensioenfonds en het verantwoordingsorgaan komen ten minste tweemaal per kalenderjaar in vergadering bijeen. Tijdens deze vergaderingen worden de aangelegenheden aan de orde gesteld waarover het bestuur van het pensioenfonds of het verantwoordingsorgaan overleg wenselijk acht. 10. Het pensioenfonds verstrekt desgevraagd aan het verantwoordingsorgaan tijdig alle inlichtingen en gegevens, die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft. De inlichtingen worden desgevraagd schriftelijk verstrekt.	

Artikel 115a. Taken verantwoordingsorgaan 1. Het bestuur van het pensioenfonds legt verantwoording af aan het verantwoordingsorgaan over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd. 2. Het verantwoordingsorgaan heeft de bevoegdheid een oordeel te geven over het handelen van het bestuur aan de hand van het jaarverslag, de jaarrekening en andere informatie, waaronder de bevindingen van het intern toezicht, over het door het bestuur uitgevoerde beleid, evenals over beleidskeuzes voor de toe-	Artikel 115c. Taken belanghebbendenorgaan 1. Het belanghebbendenorgaan adviseert het pensioenfonds desgevraagd of uit eigen beweging over aangelegenheden die het pensioenfonds betreffen. 2. Het pensioenfonds stelt het belanghebbendenorgaan in ieder geval in de gelegenheid advies uit te brengen over elk voorgenomen besluit van het pensioenfonds met betrekking tot: a. het nemen van maatregelen van algemene strekking; b. wijziging van de statu-

komst. Dit oordeel wordt, samen met de reactie van het bestuur daarop, bekend gemaakt en in het jaarverslag opgenomen. 3. Het pensioenfonds stelt het verantwoordingsorgaan in de gelegenheid advies uit te brengen over: a. het beleid inzake beloningen; b. de vorm en inrichting van het intern toezicht; c. de profielschets voor leden van de raad van toezicht; d. het vaststellen en wijzigen van een interne klachten- en geschillenprocedure; e. het vaststellen en wijzigen van het communicatie- en voorlichtingsbeleid; f. gehele of gedeeltelijke overdracht van de verplichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds; g. liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds; h. het sluiten, wijzigen of beëindigen van een uitvoeringsovereenkomst; i. het omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm, bedoeld in artikel 18 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; j. samenvoeging van pensioenfondsen als bedoeld in de definitie van ondernemingspensioenfonds in artikel 1; en k. de samenstelling van de feitelijke premie en de	ten en reglementen van het pensioenfonds; c. vaststelling van het jaarverslag, de jaarrekening en de actuariële en bedrijfstechnische nota, bedoeld in artikel 145; d. het sluiten, wijzigen of beëindigen van een uitvoeringsovereenkomst; e. een overeenkomst van uitbesteding; f. het beleid inzake beloningen; g. de vorm en inrichting van het intern toezicht; h. de profielschets voor leden van de raad van toezicht; i. het vaststellen en wijzigen van een interne klachten- en geschillenprocedure; en j. het vaststellen en wijzigen van het communicatie- en voorlichtingsbeleid. 3. Het advies van het belanghebbendenorgaan wordt op een zodanig tijdstip gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op de in het tweede lid bedoelde besluiten. 4. […] 5. Bij het vragen van advies wordt aan het belanghebbendenorgaan een overzicht verstrekt van de beweegredenen voor het besluit en van de gevolgen die het besluit naar verwachting voor de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden zal hebben.

hoogte van de premiecomponenten. 4. […] 5. Het advies van het verantwoordingsorgaan wordt op een zodanig tijdstip gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op de in het derde lid bedoelde besluiten. 6. Bij het vragen van advies wordt aan het verantwoordingsorgaan een overzicht verstrekt van de beweegredenen voor het besluit en van de gevolgen die het besluit naar verwachting voor de deelnemers, gewezen deelnemers en pensioengerechtigden zal hebben.	6. Het bestuur van het pensioenfonds legt verantwoording af aan het belanghebbendenorgaan over het beleid en de wijze waarop het is uitgevoerd. 7. Het belanghebbendenorgaan heeft de bevoegdheid een oordeel te geven over het handelen van het bestuur aan de hand van het jaarverslag, de jaarrekening en andere informatie, waaronder de bevindingen van het intern toezicht, over het door het bestuur uitgevoerde beleid, evenals over beleidskeuzes voor de toekomst. Dit oordeel wordt, samen met de reactie van het bestuur daarop, bekend gemaakt en in het jaarverslag opgenomen. 8. Besluiten van het bestuur kunnen bij of krachtens de statuten worden onderworpen aan de goedkeuring van het belanghebbendenorgaan, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. De statuten voorzien in een regeling voor geschillen over goedkeuring van besluiten door het belanghebbendenorgaan. 9. Het bestuur heeft in ieder geval goedkeuring nodig van het belanghebbendenorgaan voor elk voorgenomen besluit met betrekking tot: a. gehele of gedeeltelijke overdracht van de ver-

	plichtingen van het pensioenfonds of de overname van verplichtingen door het pensioenfonds; b. liquidatie, fusie of splitsing van het pensioenfonds; c. het omzetten van het pensioenfonds in een andere rechtsvorm, bedoeld in artikel 18 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek; d. samenvoeging van pensioenfondsen als bedoeld in de definitie van ondernemingspensioenfonds in artikel 1; e. het strategische beleggingsbeleid; f. de premie, waaronder mede wordt begrepen de samenstelling van de feitelijke premie en de hoogte van de premiecomponenten; g. het vaststellen en wijzigen van het toeslagbeleid; h. vaststelling van een herstelplan als bedoeld in artikel 138 of artikel 139; i. het terugstorten van premie of geven van premiekorting, bedoeld in artikel 129; en j. vermindering van de verworven pensioenaanspraken en pensioenrechten indien toepassing wordt gegeven aan artikel 134. De goedkeuring wordt niet onthouden dan nadat het bestuur in de gelegenheid is gesteld het besluit te

	heroverwegen. 10. Het ontbreken van de goedkeuring van het belanghebbendenorgaan op een besluit als bedoeld in het achtste of negende lid tast de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur of bestuurders niet aan.

Artikel 217 lid 1 Pw bepaalt: 'Het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan kan bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam beroep instellen tegen een besluit betreffende een aangelegenheid als bedoeld in artikel 115a, derde lid onderscheidenlijk artikel 115c, eerste lid, indien […]'.

Artikel 115e. Informatie omtrent advies Het pensioenfonds deelt het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan zo spoedig mogelijk schriftelijk mee, of het een advies niet of niet geheel volgt, waarbij tevens wordt meegedeeld waarom van het advies of van een daarin vervat minderheidsadvies wordt afgeweken.

overige bepalingen

[**43**] Enkele andere bepalingen in de Pensioenwet en in Boek 2 BW zijn de volgende:

artikel 106a. Tijdsbeslag
Bestuurders en leden van de raad van toezicht van een pensioenfonds hebben voldoende tijd beschikbaar om hun functie naar behoren uit te oefenen. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld. De artikelen 132a, 142a, 242a, 252a, 297a en 297b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn niet van toepassing.

Voor de toepassing van de functiecumulatieregeling zijn aan artikel 2:132a lid 2/242a lid 2, 142a lid 2/252a lid 2 en 297a lid 3 en 297b lid 2 BW de volgende bepalingen toegevoegd:

voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen: voor de toepassing van dit artikel:

f. wordt de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van be-

stuur op grond van artikel 106a van de Pensioenwet en artikel 110ca van de Wet verplichte beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur.

voor stichtingen: voor de toepassing van dit artikel:

e. wordt de benoeming van een lid van de raad van toezicht of niet uitvoerende bestuurder bij een fonds als bedoeld in de algemene maatregel van bestuur op grond van artikel 106a van de Pensioenwet en artikel 110ca van de Wet verplichte beroepspensioenregeling geteld overeenkomstig de normering in deze algemene maatregel van bestuur.

artikel 107 Diversiteit
In het jaarverslag van een pensioenfonds wordt gerapporteerd over de samenstelling naar leeftijd en geslacht van het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan en het bestuur en over de inspanningen die zijn verricht om diversiteit in de organen van het pensioenfonds te bevorderen.

artikel 109 Verbod leeftijdgrens
Iedere bepaling die het lidmaatschap van het bestuur, de raad van toezicht, de visitatiecommissie, het verantwoordingsorgaan of het belanghebbendenorgaan onmogelijk maakt op grond van het bereikt hebben van een bepaalde leeftijd is nietig.

artikel 110 Goedkeuringsrecht
Iedere bepaling die een goedkeuringsrecht inhoudt van een partij, die geen orgaan is van het pensioenfonds, inzake een besluit of voorgenomen besluit van het pensioenfonds is nietig, tenzij in deze wet anders is bepaald.

en:

artikel 219 Enquêterecht
1. Het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan of de raad van toezicht kan een verzoek in het kader van het recht van enquête, bedoeld in afdeling 2 van titel 8 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, indienen bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam.
2. De artikelen 346 tot en met 359 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn van overeenkomstige toepassing.
3. De kosten die verband houden met het indienen van het in het eerste lid bedoelde verzoek komen ten laste van het pensioenfonds indien zij redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van het verantwoordingsorgaan, het belanghebbendenorgaan of de raad van toezicht en het pensioenfonds van de te maken kosten vooraf in kennis is gesteld.

HOOFDSTUK 6
DE WET NORMERING TOPINKOMENS

A. DE WET NORMERING TOPINKOMENS: ALGEMEEN KADER

inleidende opmerkingen over de WNT

[**44**] De Wet normering topinkomens heeft betrekking op de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke sector en de semipublieke sector. In de semipublieke sector zijn dat op grond van artikel 1.1 onder b sub 5 WNT 'de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.3, artikel 1.4 of artikel 1.5, alsmede de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten aan dat orgaan en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding van de gehele rechtspersoon of de gehele instelling'. Hierbij geldt dat ook 'de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten' slechts onder de werking van de WNT vallen als zij belast zijn met de dagelijkse leiding van de *gehele* rechtspersoon of de *gehele* instelling.

De WNT verdeelt de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector in drie bezoldigingsregimes:
- het zwaarste bezoldigingsregime voor bezoldiging van topfunctionarissen waarbij zowel een bezoldigingsmaximum als een verplichting tot openbaarmaking geldt (regime 1); dit bezoldigingsregime bestaat uit een bezoldigingsmaximum dat aansluit bij het ministersalaris en een openbaarmakingsverplichting,
- het middelste bezoldigingsregime voor bezoldiging van topfunctionarissen waarbij zowel een sectorale bezoldigingsnorm als een verplichting tot openbaarmaking geldt (regime 2); dit bezoldigingsregime bestaat uit een voor deelsectoren van de semipublieke sector door de betrokken minister vast te stellen sectorale bezoldigingsnorm en een openbaarmakingsverplichting, en:
- het lichtste bezoldigingsregime voor bezoldiging van topfunctionarissen waarbij alleen een verplichting tot openbaarmaking' geldt (regime 3).

De memorie van toelichting aan de Tweede Kamer bij de WNT merkt in dit verband op: 'De term normering wordt gebruikt om de bezoldigingsregimes bezoldigingsmaximum en sectorale bezoldigingsnorm samen aan te duiden'.[83]

[83] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 11.

De WNT bestaat uit zeven paragrafen: *§ 1 Algemene bepalingen*, *§ 2 Bezoldigingsmaximum*, *§ 3 Sectorale bezoldigingsnorm*, *§ 4 Openbaarmaking*, *§ 5 Handhaving*, *§ 6 Het adviescollege normeringbeleid bezoldigingen topfunctionarissen*, en *§ 7 Overgangs- en slotbepalingen*. Voor het eerste, tevens zwaarste, bezoldigingsregime zijn de paragrafen 2 en 4 relevant, voor het tweede, middelste, bezoldigingsregime zijn de paragrafen 3 en 4 relevant, en voor het derde, tevens lichtste, bezoldigingsregime is alleen paragraaf 4 relevant. De regels in paragraaf 4 van de wet zijn ontleend aan de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens. De WNT bouwt met name voort op een advies (van de in totaal zeven adviezen) van (achtereenvolgens) de *adviescommissie beloning en rechtspositie ambtelijke en politieke topstructuur* die op 13 november 2002 was ingesteld door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de *tijdelijke adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers* die op 15 maart 2005 was ingesteld door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties, en de *tijdelijke adviescommissie beloning en rechtspositie politieke ambtsdragers* die op 10 juli 2008 was ingesteld door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (naar de voorzitter van de commissies, H.F. Dijkstal, samen genoemd de commissie Dijkstal).[84] De criteria uit

[84] *Regeling adviescommissie beloning en rechtspositie ambtelijke en politieke topstructuur* (Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), 13 november 2002, *Stcrt.* 2002/225, p. 8: art. 1: 'Er is een adviescommissie beloning en rechtspositie ambtelijke en politieke topstructuur', art. 2: '1. De adviescommissie heeft tot taak de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties te adviseren over het beloningsniveau (variabele en functiebeloning) van de ambtelijke en politieke topstructuur. 2. De commissie kan tevens om advies worden gevraagd over de rechtspositie van politieke ambtsdragers', art. 6: 'Deze regeling treedt in werking met ingang van de tweede dag na dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst en vervalt met ingang van 1 september 2004',
Regeling adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties), 15 maart 2005, *Stcrt.* 2005/55 p. 14: art. 1: 'Er is een tijdelijke adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers', art. 2: '1. De adviescommissie heeft tot taak de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties te adviseren over de bezoldiging van de politieke ambtsdragers in relatie tot het ministersalaris. 2. De commissie kan tevens om advies worden gevraagd over een modernisering van het pensioenstelsel van politieke ambtsdragers', art. 6: 'Deze regeling treedt in werking met ingang van de tweede dag na dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst en vervalt met ingang van 1 juli 2006',
Wijziging Regeling adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers (Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), 19 mei 2006, *Stcrt.* 2006/100, p. 8: art. I: 'De Regeling adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers wordt als volgt gewijzigd: 1. Aan artikel 2 wordt een derde lid toegevoegd, luidende: 3.

het vijfde advies van de commissie Dijkstal, *Normeren en waarderen* (september 2007, Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers),[85] over de afbakening van de semipublieke sector staan aan de basis van de WNT:[86]

> De semipublieke sector wordt gedefinieerd door te benoemen welke sectoren tot de semipublieke sector worden gerekend. De afbakening vindt plaats aan de hand van de vier criteria van de commissie Dijkstal:
> 1. status van «rechtspersoon met een wettelijke taak» (RWT);
> 2. de mate waarin een organisatie inkomsten uit publieke middelen ontvangt;
> 3. het publieke belang dat een organisatie behartigt;
> 4. de mate waarin sprake is van commerciële concurrentie (contra-indicatie).
> Deze criteria zijn niet zwart-wit.

Vervolgens zijn (de publieke en) de semipublieke sector verdeeld over de drie in de wet opgenomen bezoldigingsregimes:[87]

> Onderhavig voorstel van wet richt zich op de hoogste leidinggevenden binnen de publieke- en semipublieke sector. Het kabinet staat een systematiek voor ogen waarmee bezoldigingsbeleid gevoerd kan worden voor topfunctionarissen in de publieke sector en de uit zeer diverse instellingen bestaande semipublieke sector. Hierbij geldt dat naarmate een onderdeel van de semipublieke sector zich dichter bij de publieke sector bevindt, het bezoldigingsbeleid strikter is. Om recht te doen aan

---

De commissie kan de minister adviseren over de mogelijkheden van normering van topinkomens in de semipublieke sector. 2. […] 3. In artikel 6 wordt '1 juli 2006' vervangen door: 1 augustus 2007',
Besluit adviescommissie beloning en rechtspositie politieke ambtsdragers (Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties), 10 juli 2008, *Stcrt.* 2008/137, p. 8: art. 1: 'Er is een tijdelijke adviescommissie beloning en rechtspositie politieke ambtsdragers', art. 2: '1. De adviescommissie heeft tot taak de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties te adviseren over de normering van de ontslagvergoedingen in de publieke en semipublieke sector. 2. De adviescommissie heeft tot taak de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens te evalueren', art. 6: 'Dit besluit treedt in werking met ingang van de tweede dag na dagtekening van de Staatscourant waarin het wordt geplaatst, werkt terug tot en met 1 september 2007 en vervalt met ingang van 1 januari 2010'.

[85] <www.topinkomens.nl>, wet- en regelgeving, historie, commissie dijkstal.

[86] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 4-5.

[87] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 9-10.

de verschillen binnen de semipublieke sector en de verschillende positie ten opzichte van de arbeidsmarkt waarin de onderdelen van de semipublieke sector bewegen en de verschillen met en in de publieke sector, wordt voorzien in drie verschillende bezoldigingsregimes.

De WNT brengt organisaties op twee manieren onder het bereik van de wet: door die organisaties te benoemen in de wet zelf en door die organisatie te benoemen in bijlagen bij de wet. Er zijn vier bijlagen waarin zowel typen organisaties die aan bepaalde kenmerken voldoen als concrete individuele organisaties worden opgesomd. De verdeling van de publieke sector en de semipublieke sector over de drie bezoldigingsregimes is in de wet anders geregeld dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector. Dit komt doordat tijdens de parlementaire behandeling van dat wetsvoorstel in de Tweede Kamer amendementen zijn aangenomen die ertoe hebben geleid dat organisaties die waren ingedeeld in het middelste bezoldigingsregime zijn opgeschoven naar het zwaarste bezoldigingsregime, en dat organisaties die waren ingedeeld in het lichtste bezoldigingsregime zijn opgeschoven naar het middelste bezoldigingsregime: *zorgaanbieders (de zorgsector)* zijn opgeschoven van het middelste naar het zwaarste bezoldigingsregime, en *zorgverzekeraars* zijn opgeschoven van het lichtste naar het middelste bezoldigingsregime. Hierdoor hebben het lichtste bezoldigingsregime en het middelste bezoldigingsregime in belangrijke mate aan betekenis ingeboet en is de nadruk vooral komen te liggen op het zwaarste bezoldigingsregime.

Een belangrijke bron in verband met de WNT is: <www.topinkomens.nl>.

de WNT als resultaat van vier wetten

[**45**] Op 1 januari 2013 trad de *Wet van 15 november 2012, houdende regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector)* in werking.[88] De regering had het wets-

[88] Wet van 15 november 2012, houdende regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector), *Stb.* 2012/583,
Besluit van 15 november 2012, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, *Stb.* 2012/584: 'Artikel I De Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector treedt in werking met ingang van 1 januari 2013.

voorstel met Regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector) op 14 januari 2011 aan de Tweede Kamer aangeboden.[89] De preambule bij de wet formuleert de doelstelling van de wet als volgt: 'dat het wenselijk is dat de regels betreffende de openbaarmaking van topinkomens in de publieke en semipublieke sector worden uitgebreid met regels betreffende de hoogte van deze inkomens'. De al bestaande regels over openbaarmaking van topinkomens in de publieke en semipublieke sector stonden in de *Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens*. Deze wet is door de WNT op 1 januari 2013 ingetrokken.[90]

Op 28 juni 2014 trad de *Wet van 19 juni 2014 tot aanpassing van de reikwijdte en enige technische wijzigingen van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Aanpassingswet WNT)*

Artikel II Artikel 2.3, eerste lid, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector wordt als volgt gewijzigd:
1. In onderdeel b wordt «€ 7559» vervangen door: € 8069.
2. In onderdeel c wordt: «€ 28 767» vervangen door: € 33 190.
Artikel III Artikel II treedt in werking met ingang van 1 januari 2013'.
Vergelijk over de WNT: H. Hoving, 'Bestuurders en de Balkenende-norm. Over beloning en ontslagvergoeding van bestuurders van zorginstellingen', in: L. Houwen, P. Bergkamp & L. Arends (redactie), *Governance en ondernemerschap in de zorg. Nieuwe bestuurlijke verantwoordelijkheden in de gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 2010, p. 203-216, R.A.A. Duk, 'De WNT: een wonderkind of een total loss?', in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg (redactie), *Onderneming en beloning*, Deventer: Kluwer 2014, p. 261-273.

[89] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 2, voorstel van wet (14 januari 2011), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, Regels inzake de normering van bezoldigingen van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector (Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector), nr 1, Koninklijke boodschap (14 januari 2011).

[90] Art. 7.8 WNT: 'De Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens wordt ingetrokken',
Wet van 9 februari 2006, houdende regels inzake de openbaarmaking van beloningen bij rechtspersonen of organisaties die deel uit maken van rechtspersonen die volledig of in aanzienlijke mate uit publieke middelen worden gefinancierd of die zijn aangewezen, voorzover deze beloningen het gemiddelde belastbare loon per jaar van ministers te boven gaan (Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens), *Stb.* 2006/95,
Besluit van 17 februari 2006, houdende inwerkingtreding van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens, *Stb.* 2006/96: 'De Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens treedt in werking met ingang van 1 maart 2006'.

in werking, met (grotendeels) terugwerkende kracht tot en met 1 januari 2013.[91] De regering had het wetsvoorstel tot Aanpassing van de reikwijdte en enige technische wijzigingen van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Aanpassingswet WNT) op 30 augustus 2013 aan de Tweede Kamer aangeboden.[92] De preambule bij de wet formuleert de doelstelling van de wet als volgt: 'dat het wenselijk is de reikwijdte van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector te wijzigen op het terrein van algemeen nut beogende instellingen en van gesubsidieerde instellingen en in deze wet enige technische wijzigingen aan te brengen'. De memorie van toelichting bij de Aanpassingswet WNT formuleert de doelstelling van de Aanpassingswet WNT als volgt:[93]

> Dit wetsvoorstel strekt tot aanpassing van de per 1 januari 2013 in werking getreden Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna: Wnt). Het wetsvoorstel bevat de volgende onderdelen:
> a.de algemeen nut beogende instellingen (hierna: ANBI's) worden buiten het toepassingsbereik van de Wnt geplaatst;
> b. voor de toepasselijkheid van de Wnt op meer dan 50% van overheidswege gesubsidieerde instellingen worden twee extra criteria gesteld;
> c. diverse technische verbeteringen van de Wnt, waaronder:
> - de verduidelijking van de definitie van topfunctionaris;
> - het buiten het bezoldigingsbegrip laten van de ten laste van de werkgever komende verplichte sociale premies;
> - het inzichtelijk maken welke Minister bevoegd is tot handhaving;
> - een reparatie van het overgangsrecht, waarbij het uitgangspunt van vier jaar eerbiedigende werking en vervolgens in drie jaar terugbrengen naar het wettelijk maximum gehandhaafd wordt.
> […] Het streven is dat dit wetsvoorstel zo snel mogelijk in werking treedt en terugwerkende kracht krijgt tot 1 januari 2013.

---

[91] Wet van 19 juni 2014 tot aanpassing van de reikwijdte en enige technische wijzigingen van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Aanpassingswet WNT), *Stb*. 2014/235. De inwerkingtreding is geregeld in art. V Aanpassingswet WNT.

[92] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 2, voorstel van wet (30 augustus 2013), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassing van de reikwijdte en enige technische wijzigingen van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (Aanpassingswet WNT), nr 1, Koninklijke boodschap (30 augustus 2013).

[93] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013), p. 1.

Verder staat in de memorie van toelichting bij de Aanpassingswet WNT:[94]

> In het regeerakkoord «Bruggen slaan» van 29 oktober 2012 is overeengekomen dat de bezoldigingsnorm van de Wnt verlaagd zal worden van 130% van een ministersalaris naar 100% van een ministersalaris en bovendien dat deze norm […] voor alle medewerkers gaat gelden. Voorliggend wetsvoorstel bevat niet de wijzigingen die in het regeerakkoord zijn opgenomen. Gelet op de wens tot spoedige inwerkingtreding van dit voorstel voor een Aanpassingswet en het belang van zorgvuldige voorbereiding van de uit het regeerakkoord voortvloeiende wijzigingen, is er voor gekozen de wetgevingstrajecten gescheiden te houden.

Op 28 november 2014 trad de *Wet van 12 november 2014, houdende wijziging Wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector met het oog op een betere uitvoering van de wet (Reparatiewet WNT)* in werking, met (deels) terugwerkende kracht tot en met 1 januari 2013.[95] De regering had het wetsvoorstel tot Wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector met het oog op een betere uitvoering van de wet (Reparatiewet WNT) op 4 september 2014 aangeboden aan de Tweede Kamer.[96] De preambule bij de wet formuleert de doelstelling van de wet als volgt: 'dat het met het oog op een betere uitvoering van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector in de praktijk noodzakelijk is enige wijzigingen in deze wet aan te brengen'.

Op 1 januari 2015 trad de *Wet van 23 december 2014, houdende aanpassing van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector in verband met de verlaging van het wettelijke bezoldigingsmaximum van 130% naar 100% van de bezoldiging van een Minister (Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT)* in werking.[97]. De regering had het

---

[94] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013), p. 2.

[95] Wet van 12 november 2014, houdende wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector met het oog op een betere uitvoering van de wet (Reparatiewet WNT), *Stb.* 2014/446. De inwerkingtreding is geregeld in art. III Reparatiewet WNT).

[96] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013–2014, 34 017, Reparatiewet WNT, nr 2, voorstel van wet (4 september 2014), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013–2014, 34 017, Wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector met het oog op een betere uitvoering van de wet (Reparatiewet WNT), nr 1, Koninklijke Boodschap (4 september 2014).

[97] Wet van 23 december 2014, houdende aanpassing van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector in verband met de verla-

wetsvoorstel het wetsvoorstel tot Aanpassing van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector in verband met de verlaging van het wettelijke bezoldigingsmaximum van 130% naar 100% van de bezoldiging van een Minister (Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT) op 30 juni 2014 aangeboden aan de Tweede Kamer.[98] De preambule bij de wet formuleert de doelstelling van de wet als volgt: 'dat het wenselijk is het wettelijke bezoldigingsmaximum voor topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector, zoals neergelegd in de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, te verlagen van 130% naar 100% van de bezoldiging van een Minister'.

De WNT is dus het resultaat van achtereenvolgens de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector, de Aanpassingswet WNT, de Reparatiewet WNT en de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT.

afbakening van (de publieke sector en) de semipublieke sector

[**46**] De parlementaire geschiedenis bij de WNT bevat een aantal opmerkingen over de afbakening van (de publieke sector en) de semipublieke sector:[99]

> Onderhavig voorstel van wet is van toepassing op de publieke sector door een opsomming van alle krachtens publiekrecht opgerichte rechtspersonen. Voor de semipublieke sector is de reikwijdte van voorliggend voorstel van wet afgebakend door in de wet te benoemen welke sectoren en instellingen tot de semipublieke sector worden gerekend. De afbakening is geschied aan de hand van de […] criteria die

---

ging van het wettelijke bezoldigingsmaximum van 130% naar 100% van de bezoldiging van een Minister (Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT), Stb. 2014/588,
Besluit van 23 december 2014, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, Stb. 2014/589: 'De Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT treedt in werking met ingang van 1 januari 2015'.

[98] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013-2014, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, nr 2, voorstel van wet (30 juni 2014), aangeboden door *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013-2014, 33 978, Aanpassing van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector in verband met de verlaging van het wettelijke bezoldigingsmaximum van 130% naar 100% van de bezoldiging van een Minister (Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT), nr 1, Koninklijke Boodschap (30 juni 2014).

[99] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 10-11.

het kabinet heeft ontleend aan het advies «Normeren en waarderen» [van de commissie Dijkstal]. De uitkomst van de afbakening is neergelegd in de bijlagen bij de voorgestelde artikelen 1.3, 1.4 en 1.5. Met deze bijlagen wordt voorkomen dat over individuele instellingen discussie ontstaat over de toepassing van de criteria. Hieronder wordt kort ingegaan op de criteria.

Ad 1 Rechtspersonen met een wettelijke taak
Rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT) zijn instellingen van wie de taken of een deel daarvan bij wet zijn geregeld en die uit een heffing worden bekostigd (zie artikel 91, eerste lid, onderdeel d, van de Comptabiliteitswet 2001). Het kan hierbij gaan om publiekrechtelijke rechtspersonen (bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen), die in dat geval tot de publieke sector worden gerekend. Niet alle privaatrechtelijke sectoren/organisaties die het kabinet tot de semipublieke sector zou willen rekenen zijn RWT. Dat laat onverlet dat de RWT-status op zich een goed kader biedt voor de indeling in de semipublieke sector: er is een wettelijke taak gedefinieerd.

Ad 2 Inkomsten uit publieke middelen
In de in 2006 van kracht geworden Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens (Wopt) heeft de wetgever het criterium inkomsten uit publieke middelen gehanteerd om te bepalen welke privaatrechtelijke rechtspersonen de topinkomens openbaar moeten maken. Er bestaan echter ook sectoren die het kabinet wel tot de semipublieke sector wil rekenen maar die niet (rechtstreeks) uit publieke middelen zijn bekostigd. Verder kan de relatieve omvang van de inkomsten uit publieke middelen jaarlijks variëren. Ondanks dat het criterium inkomsten uit publieke middelen de semipublieke sector niet volledig afdekt, biedt het, vanwege de relatieve eenvoud en de meetbaarheid, een helder aangrijpingspunt. De inkomsten uit publieke middelen zijn daarom een indicatie dat een sector tot de semipublieke sector behoort. Indien een instelling eenmaal tot de semipublieke sector is gerekend, is een bezoldiging die wordt bekostigd uit private middelen overigens geen grond om toe te staan dat die bezoldiging de krachtens onderhavig voorstel van wet geldende normen overschrijdt.

Ad 3. Publiek belang
Het kabinet is van mening dat het criterium publiek of algemeen belang een inhoudelijk criterium is, op grond waarvan de semipublieke sector in beginsel kan worden afgebakend ten opzichte van de private sector. Het probleem is echter dat het begrip niet eenduidig is, wat de toepassing moeilijk maakt. Het criterium «publiek belang» kan echter een indicatie zijn dat een sector tot de semipublieke sector moet worden gerekend.

> *Ad 4. Commerciële marktwerking*
> Sinds jaar en dag wordt de uitvoering van overheidstaken doorgelicht. Soms wordt daarbij de conclusie getrokken dat taken die tot dan toe door de overheid werden uitgevoerd het best aan de markt kunnen worden overgelaten. Indien sprake is van marktactiviteiten in een concurrerende omgeving, is het kabinet van mening dat bij het aanmerken van de sector of instelling als «semipubliek» een kritische afweging opportuun is. Commerciële marktwerking vormt zodoende een contra-indicatie bij het bepalen of een organisatie tot de semipublieke sector behoort.

Bij rechtspersonen met een wettelijke taak gaat het niet alleen om rechtspersonen waaraan een wettelijke taak is *opgedragen*, maar in bredere zin ook om rechtspersonen die een in de wet omschreven taak *uitvoeren*. Dat kan worden afgeleid uit de volgende passage uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de WNT:[100]

> De keuringsinstanties, zoals de garages die de APK-keuring verrichten, zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die voor wat betreft de keuring een zelfstandig bestuursorgaan zijn, en daarmee een publieke taak uitvoeren. Die taak is, gelet op hun overige activiteiten, van onvoldoende gewicht om hen tot de semipublieke sector te rekenen.

de bezoldigingsregimes

[**47**] Artikel 2.1 lid 1 WNT bepaalt over *het zwaarste bezoldigingsregime*: 'Partijen komen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3'. Artikel 2.3 lid 1 WNT bepaalt vervolgens: 'De bezoldiging van een topfunctionaris bedraagt per kalenderjaar ten hoogste € 178.000,–'. Hieraan voegt artikel 2.2 lid 1 WNT toe dat de bezoldiging van de leden en de voorzitter 'van de hoogste toezichthoudende organen' van een organisatie waarvoor dit bezoldigingsregime geldt niet meer mag bedragen 'dan tien, onderscheidenlijk vijftien procent' van de geldende maximale bezoldiging die geldt voor die organisatie. In het zwaarste bezoldigingsregime is sprake het *bezoldigingsmaximum*. Artikel 3.1 lid 1 WNT bepaalt over *het middelste bezoldigingsregime*: 'Partijen komen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan het door Onze Minister wie het aangaat voor de toepasselijke in de bijlage bij artikel 1.4, eerste lid, aangewezen categorie voor dat jaar vastgesteld bedrag'. Dat bedrag kan hoger zijn dan het bezoldigingsmaximum in het eerste bezoldigingsregime. Artikel 3.3 WNT bepaalt vervolgens:

[100] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 2011), p. 11.

‘Onze Minister wie het aangaat stelt, gehoord Onze Minister, een bedrag als bedoeld in artikel 3.1, eerste lid, jaarlijks vast in de maand november voorafgaand aan het jaar waarop het bedrag betrekking heeft’. Ook hieraan voegt artikel 3.2 lid 1 WNT toe dat de bezoldiging van de leden en de voorzitter ‘van de hoogste toezichthoudende organen’ van een organisatie niet meer mag bedragen ‘dan tien, onderscheidenlijk vijftien procent’ van de geldende maximale bezoldiging die geldt voor die organisatie. In het middelste bezoldigingsregime is sprake van de *sectorale bezoldigingsnorm*. De maximering van de bezoldiging van leden en voorzitters van een raad van commissarissen of raad van toezicht in artikel 2.2 en 3.2 WNT is tijdens de parlementaire behandeling van de WNT toegevoegd door het aannemen van een amendement. Artikel 1.1 onder c WNT omschrijft de ‘partijen’ waarnaar artikel 2.1 en 3.1 WNT verwijzen als ‘de rechtspersoon waartoe de verantwoordelijke behoort en de topfunctionaris die een bezoldiging zijn overeengekomen als tegenprestatie voor de uitvoering van de aan de topfunctionaris opgedragen taken’. Daarbij gaat deze bepaling ervan uit dat de rechtspersoon bij het overeenkomen van een bezoldiging wordt vertegenwoordigd door de ‘verantwoordelijke’. In de semipublieke sector worden daaronder op grond van artikel 1.1 onder a sub 7 WNT verstaan ‘de organen van een rechtspersoon […], die eindverantwoordelijk zijn voor de binnen de rechtspersoon of organisatie betaalde bezoldiging of bij of krachtens de wet belast zijn met het vaststellen van een financieel verslaggevingsdocument’.
Artikel 4.1 WNT bepaalt voor *het zwaarste, middelste en lichtste bezoldigingsregime* dat de ‘verantwoordelijke’ ‘in het financieel verslaggevingsdocument’ over iedere (gewezen) topfunctionaris een aantal gegeven moet opnemen:

a. de naam;
b. de beloning;
c. de belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen;
d. de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn;
e. de functie of functies;
f. de duur en omvang van het dienstverband in het boekjaar.

Artikel 4.2 WNT trekt deze verplichting door naar personen die geen topfunctionaris zijn: de ‘verantwoordelijke’ moet dan ‘in het financieel verslaggevingsdocument’ hun bezoldiging vermelden wanneer die bezoldiging meer is dan het bezoldigingsmaximum van artikel 2.3 lid 1 WNT. De gegevens die op grond van artikel 4.1 WNT moeten worden vermeld betreffen onder meer zowel de naam als de functie van de topfunctionaris. De gegevens die op grond van artikel 4.2 WNT moeten worden vermeld betreffen

onder meer de functie van de personen die geen topfunctionaris zijn, maar niet de naam.[101]

de organisaties

inleiding

[**48**] Artikel 1.2 en 1.3 WNT gaan over de organisaties die onder het zwaarste bezoldigingsregime vallen. Op grond van artikel 1.2 lid 1 WNT valt de publieke sector (overheidsorganisaties) onder dit regime. Dit artikel bevat een opsomming van organisaties die tot de overheid behoren ('de overheid in enge zin')[102]. Op grond van artikel 1.3 lid 1 WNT vallen delen van de semipublieke sector onder dit regime. Dit artikel bevat een opsomming van organisaties die onder dit regime vallen en omschrijft andere organisaties die onder dit regime vallen door te verwijzen naar 'de in bijlage 1 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen' (onder d) en naar 'de in bijlage 2 bij deze wet opgenomen verenigingen van onderwijsinstellingen die voor hun leden optreden als werkgeversvertegenwoordiger bij collectieve arbeidsovereenkomsten of als vertegenwoordiger in overleg met de centrale overheid' (onder e). Artikel 1.4 WNT gaat over de organisaties die onder het middelste bezoldigingsregime vallen. Op grond van dit artikel vallen andere delen van de semipublieke sector onder dit regime. Artikel 1.4 lid 1 WNT omschrijft de organisaties die onder dit regime vallen door te verwijzen naar 'de in de in bijlage 3 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen'. Artikel 1.5 WNT gaat over organisaties die onder het lichtste bezoldigingsregime vallen. Op grond van dit artikel vallen weer andere delen van de semipublieke sector onder dit regime. Artikel lid 1 WNT omschrijft de organisaties die onder dit regime vallen door te verwijzen naar 'de in bijlage 4 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen'. Op deze manier wordt duidelijk welke organisaties deel uitmaken van de semipublieke sector.

regime 1: het zwaarste bezoldigingsregime, publieke sector: artikel 1.2 WNT

[**49**] Artikel 1.2 lid 1 WNT noemt achtereenvolgens (a) de organisaties waarover de ministers, bedoeld in artikel 51, eerste lid ('Onze Ministers leggen na afloop van een begrotingsjaar verantwoording af over het gevoerde beleid en de bedrijfsvoering'), juncto artikel 1 van de Comptabiliteitswet

[101] Vergelijk over art. 4.1 en 4.2 WNT: L. Suurland & A. van Vliet, 'Vermelding bezoldiging in de jaarrekening van semipublieke instellingen', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2014-12, p. 556-573.

[102] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 38.

2001,[103] uitgezonderd artikel 1, onderdeel d, van die wet, gehouden zijn financiële verantwoording af te leggen, (b) de provincies, (c) de gemeenten, (d) de waterschappen, (e) de openbare lichamen voor beroep en bedrijf, (f) de andere lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend, (g) de Europese groeperingen voor territoriale samenwerking met een statutaire zetel in Nederland, en (h) de andere bij of krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, met uitzondering van die rechtspersonen die zijn opgenomen in de bijlage bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, of artikel 1.4, eerste lid.

Onder *artikel 1.2 lid 1 onder a WNT* ('de organisaties waarover de ministers, bedoeld in artikel 51, eerste lid, juncto artikel 1 van de Comptabiliteitswet 2001, uitgezonderd artikel 1, onderdeel d, van die wet, gehouden zijn financiële verantwoording af te leggen') vallen in de eerste plaats de ministeries. *Artikel 1.2 lid 1 onder g WNT* noemt 'de Europese groeperingen voor territoriale samenwerking met een statutaire zetel in Nederland'. Het gaat hier om rechtspersonen die zijn opgericht op grond van Verordening (EG) Nr 1082/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS).[104] Volgens deze verordening kunnen onder meer de lidstaten van de Europese Unie en regionale overheden en lokale overheden Europese groeperingen voor territoriale samenwerking oprichten waarvan zij lid worden (artikel 3 lid 1). Een EGTS moet zijn samengesteld uit leden die zijn gevestigd op het grondgebied van ten minste twee lidstaten (artikel 3 lid 2).

---

[103] 'Tot de Rijksbegroting behoren:
a. de begrotingen van de onderscheiden ministeries, hierna te noemen: de departementale begrotingen;
b. de begrotingen van nationale schuld;
c. de begroting van koninkrijksrelaties, tenzij de verplichtingen, uitgaven en ontvangsten die samenhangen met koninkrijksrelaties worden opgenomen in de begroting van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
d. de begroting van de Koning;
e. de begroting van het Kabinet van de Koning;
f. de begroting van de Staten-Generaal;
g. de begroting van de overige Hoge Colleges van Staat en de Kabinetten van de Gouverneurs;
h. de begroting van de Commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten;
i. de begrotingen van de onderscheiden begrotingsfondsen, bedoeld in artikel 9;
j. een andere begroting, indien die begroting aan de Rijksbegroting wordt toegevoegd bij de wet waarmee die begroting voor de eerste keer wordt vastgesteld'.

[104] Verordening (EG) Nr 1082/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS), PbEU L 210/19-24.

Een EGTS moet tot doel hebben 'grensoverschrijdende, transnationale en/of interregionale samenwerking, hierna "territoriale samenwerking" genoemd, tussen haar in artikel 3, lid 1, genoemde leden te vergemakkelijken en te bevorderen, met als enig doel de economische en sociale samenhang te versterken' (artikel 1 lid 2). Een EGTS is een rechtspersoon (artikel 1 lid 3). *Artikel 1.2 lid 1 onder h WNT* verwijst naar 'de andere bij of krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, met uitzondering van die rechtspersonen die zijn opgenomen in de bijlage bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, of artikel 1.4, eerste lid'. Onder die categorie vallen ook de rechtspersonen die zijn ingesteld op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen. Die wet geeft onder meer Nederlandse lagere overheden de mogelijkheid gemeenschappelijke regelingen te treffen om hun belangen te behartigen. Zo'n regeling kan onder meer leiden tot het instellen van een orgaan of van een openbaar lichaam. Een openbaar lichaam is een rechtspersoon.

regime 1: het zwaarste bezoldigingsregime, semipublieke sector: artikel 1.3 WNT

[**50**] Artikel 1.3 WNT noemt achtereenvolgens (a) andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt, (b) andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarin een orgaan van een in artikel 1.2 genoemde rechtspersoon een of meer leden in het bestuur benoemt of op andere wijze invloed heeft op het beheer of beleid, met uitzondering van naamloze en besloten vennootschappen, de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij en de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland, (c) in Nederland gevestigde rechtspersonen waaraan voor een periode van ten minste drie achtereenvolgende kalenderjaren een of meer subsidies zijn verleend, die samen per kalenderjaar ten minste € 500.000 bedragen en ten minste 50% uitmaken van de inkomsten van de rechtspersoon in dat kalenderjaar, met uitzondering van die rechtspersonen die zijn opgenomen in de bijlagen bij de artikelen 1.4, eerste lid, en 1.5, eerste lid, en met uitzondering van naamloze en besloten vennootschappen die een op winst gerichte onderneming drijven, (d) de in bijlage 1 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen, en (e) de in bijlage 2 bij deze wet opgenomen verenigingen van onderwijsinstellingen die voor hun leden optreden als werkgeversvertegenwoordiger bij collectieve arbeidsovereenkomsten of als vertegenwoordiger in overleg met de centrale overheid.

Als voorbeelden van de in *artikel 1.3 lid 1 onder a WNT* genoemde privaatrechtelijke rechtspersonen 'waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag' noemt de memorie van toelichting bij de WNT aan de Tweede Kamer De Nederlandsche Bank NV en de Stichting Autoriteit Financiële Mark-

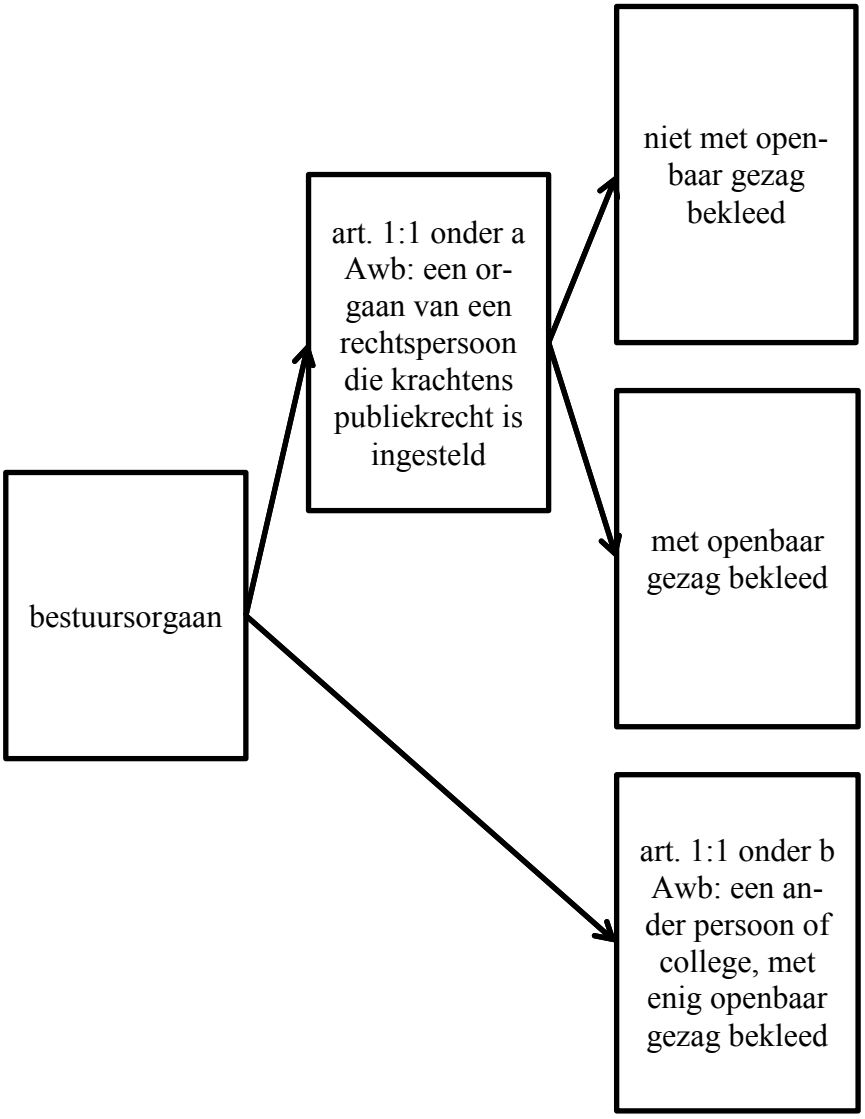
ten.[105] Dat het in artikel 1.3 lid 1 onder a WNT gaat om privaatrechtelijke rechtspersonen die met openbaar gezag zijn bekleed betekent dat het gaat om personen of colleges zoals bedoeld in artikel 1:1 lid 1 onder b Algemene wet bestuursrecht. Artikel 1:1 lid 1 Awb luidt:

Onder bestuursorgaan wordt verstaan:
a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.

Uit de omschrijvingen in artikel 1:1 Awb volgt dat er drie soorten bestuurs-organen zijn:

[105] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 40.

figuur 7: bestuursorganen



De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft zich – in het kader van artikel 1:1 Awb – uitgelaten over de vraag of een privaatrechtelijke rechtspersoon met openbaar gezag is bekleed in gevallen waarin dat openbaar gezag niet bij wettelijk voorschrift aan die privaatrechtelijke rechtspersoon is toegekend. De Afdeling bestuursrechtspraak is in die gevallen terughoudend in het kwalificeren van (organen van) privaatrechtelijke rechtspersonen als bestuursorganen die met openbaar gezag zijn bekleed.

Op 17 september 2014 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak zich in twee uitspraken uitgelaten over de vraag onder welke omstandigheden (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon een bestuursorgaan is.[106] *Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio* was in 2008 opgericht door de provincie Noord-Holland en NV Luchthaven Schiphol met als doel de kwaliteit van de leef-, werk- en woongeving rondom de luchthaven Schiphol te bevorderen. In dat kader konden belanghebbenden die een 'een schrijnend geval' waren bij de stichting een uitkering (in natura) aanvragen. De stichting heeft een aanvraag van Y afgewezen en het door Y daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Y heeft hiertegen beroep ingesteld maar de rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van dit beroep. In hoger beroep heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de uitspraak van de rechtbank bevestigd. *Stichting Platform31* was onder meer belast met het beoordelen van aanvragen voor de financiering van wetenschappelijke onderzoek. Zij werkte samen met de Nederlandse or-

[106] Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3379, *JB* 2014/202 (uitspraak op het hoger beroep van het bestuur van de stichting Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio tegen de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland van 19 april 2013 in het geding tussen Y en het bestuur), Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 september 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3394, *JB* 2014/203 (uitspraak op het hoger beroep van Y tegen de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 11 juli 2013 in het geding tussen Y en het bestuur van de stichting Stichting Platform31). Vergelijk rechtbank Amsterdam 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:7570 (Y tegen Stichting Impuls Nieuw-West), Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4568, *AB* 2015/131 (uitspraak op het hoger beroep van Y tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 18 december 2013 in het geding tussen Y en het bestuur van de stichting Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen). Vergelijk voor eerdere uitspraken van de Afdeling bestuursrecht: Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 juli 2000, *AB* 2000/446 (S. Röllig tegen het (gezamenlijk) College van beroep voor de examens van de Gerrit Rietveld Academie en de Amsterdamse Hogeschool voor de Kunsten) en Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 17 oktober 2000, *AB* 2001/246 (stichting Biomedical Primate Research Center (BPRC) en de dierexperimentencommissie van het Biomedical Primate Research Center tegen Vereniging Proefdiervrij en appellante 2).

ganisatie voor wetenschappelijk onderzoek. Stichting Platform31 heeft een aanvraag van Y afgewezen en het door Y daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard. Y heeft hiertegen beroep ingesteld maar de rechtbank heeft zich onbevoegd verklaard om kennis te nemen van dit beroep. In hoger beroep heeft de Afdeling bestuursrechtspraak de uitspraak van de rechtbank merendeels bevestigd. De Afdeling bestuursrechtspraak overwoog:

> Het begrip 'bestuursorgaan' is een centraal begrip in het bestuursrecht. Het is daarom van belang dat duidelijkheid bestaat over de vraag wanneer een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon, zoals in dit geval het bestuur van [de stichting/ Platform31], dient te worden aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb. De Afdeling ziet […] aanleiding haar rechtspraak over dit onderwerp als volgt te verduidelijken.
> Ingevolge artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon een bestuursorgaan als dat orgaan met openbaar gezag is bekleed. Daarvoor is bepalend of aan dat orgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid tot het eenzijdig bepalen van de rechtspositie van andere rechtssubjecten is toegekend. Openbaar gezag kan in beginsel slechts bij wettelijk voorschrift worden toegekend. Als een daartoe strekkend wettelijk voorschrift ontbreekt, is een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon in beginsel geen bestuursorgaan. Bij organen van privaatrechtelijke rechtspersonen die geldelijke uitkeringen of op geld waardeerbare voorzieningen aan derden verstrekken, kan zich evenwel een uitzondering op deze regel voordoen, waardoor die organen toch bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb zijn. Deze uitzondering doet zich voor als aan twee cumulatieve vereisten is voldaan.
> Het eerste vereiste is dat de inhoudelijke criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen of voorzieningen in beslissende mate worden bepaald door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het inhoudelijke vereiste). Dat bestuursorgaan of die bestuursorganen hoeven geen zeggenschap te hebben over een beslissing over een verstrekking in een individueel geval.
> Het tweede vereiste is dat de verstrekking van deze uitkeringen of voorzieningen in overwegende mate, dat wil zeggen in beginsel voor twee derden of meer, wordt gefinancierd door een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb (hierna: het financiële vereiste).
> Verder geldt dat het bestuursorgaan dat of de bestuursorganen die in beslissende mate de criteria bepalen in de zin van het inhoudelijke vereiste, niet noodzakelijkerwijs dezelfde hoeven te zijn als het bestuursorgaan dat of de bestuursorganen die de verstrekking in overwe-

gende mate financieren in de zin van het financiële vereiste (rechtsoverweging 5.1/5.3).

Over het inhoudelijke vereiste en het financiële vereiste overwoog de Afdeling bestuursrechtspraak in de Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio-uitspraak vervolgens:

> De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat in dit geval niet is voldaan aan het inhoudelijke vereiste. De criteria voor het verstrekken van uitkeringen aan schrijnende gevallen zijn neergelegd in het Bestemmingsreglement, dat is vastgesteld door het bestuur en goedgekeurd door de raad van toezicht van de stichting. De omstandigheid dat bij de benoeming van de leden van het bestuur en de raad van toezicht een of meer bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb zijn betrokken, is op zichzelf niet voldoende voor het oordeel dat die bestuursorganen in beslissende mate die criteria bepalen of hebben bepaald. Zoals het bestuur aanvoert, vloeien die criteria voort uit het Convenant en bijlage 2 daarbij. De rechtbank heeft terecht overwogen dat dit convenant inhoud geeft aan een publiek-private samenwerking. Partij bij het Convenant zijn niet alleen verschillende bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb, maar ook de naamloze vennootschappen Schiphol Group N.V. (hierna: Schiphol) en Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. Deze vennootschappen nemen uit eigen beweging, vanuit hun eigen verantwoordelijkheid, deel aan het Convenant en hebben daarbij een positie die gelijkwaardig is aan die van de andere partijen. Dat er meer publieke dan private partijen zijn bij het Convenant brengt, gelet op de gelijkwaardige positie die partijen innemen, niet mee dat die publieke partijen in beslissende mate de inhoud van het Convenant en de daaruit voorvloeiende criteria zoals neergelegd in het Bestemmingsreglement bepalen of hebben bepaald (rechtsoverweging 5.3),

en:

> De rechtbank is evenzeer terecht tot het oordeel gekomen dat in dit geval evenmin is voldaan aan het financiële vereiste. In het Convenant is vastgelegd dat Noord-Holland, Schiphol en Amsterdam ieder voor een gelijk deel bijdragen aan de financiering van de bureaukosten van de stichting. Verder is daarin vastgelegd dat Schiphol tien miljoen euro beschikbaar stelt uitsluitend bestemd voor de financiering van schrijnende gevallen, de minister van Verkeer en Waterstaat tien miljoen euro beschikbaar stelt uitsluitend bestemd voor de financiering van gebiedsgerichte projecten, en Noord-Holland tien miljoen euro beschikbaar stelt voor de financiering van schrijnende gevallen en ge-

> biedsgerichte projecten. Hieruit blijkt dat de uitkeringen aan schrijnende gevallen niet in overwegende mate worden gefinancierd door een of meer bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb. Dat, zoals het bestuur aanvoert, de totale middelen van de stichting wel voor twee derden afkomstig zijn van dergelijke bestuursorganen, maakt niet dat aan het financiële vereiste is voldaan. Bij het financiële vereiste dient te worden gekeken naar de financiering van de verstrekking in kwestie. Dat is in dit geval de regeling voor schrijnende gevallen. Evenmin is van belang dat, zoals het bestuur ter zitting heeft toegelicht, de middelen van Schiphol, de minister en Noord-Holland niet afzonderlijk worden geadministreerd. Uit het Convenant en de toelichting bij het Bestemmingsreglement volgt onmiskenbaar dat de uitkeringen aan schrijnende gevallen voor ten minste de helft door Schiphol worden gefinancierd (rechtsoverweging 5.4).

Over het financiële vereiste en het inhoudelijke vereiste overwoog de Afdeling bestuursrechsrpaak in de Stichting Platform31-uitspraak vervolgens:

> Niet in geschil is dat het onderzoeksprogramma […] in overwegende mate is gefinancierd door de minister. Aan het financiële vereiste is derhalve voldaan (rechtsoverweging 5.4),

en:

> De rechtbank is, zij het deels op onjuiste gronden, evenwel terecht tot het oordeel gekomen dat in dit geval niet is voldaan aan het inhoudelijke vereiste. De minister heeft bij het besluit van 22 oktober 2007 […]-gelden in de vorm van subsidie aan [Stichting Platform31] verstrekt. In dat besluit zijn nadere voorwaarden gesteld. Zo dient [Stichting Platform31] raamcontracten aan te gaan met universiteiten en een selectie van onderzoeksvoorstellen te maken. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 5.3. is overwogen, is, anders dan de rechtbank heeft overwogen, voor de vraag of het bestuur van Platform31 is aan te merken als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb niet van belang dat de minister niet in beslissende mate is betrokken bij de beoordeling van individuele onderzoeksvoorstellen. De rechtbank heeft evenwel terecht overwogen dat de minister ook de criteria waaraan die onderzoeksvoorstellen moeten voldoen niet heeft vastgesteld dan wel goedgekeurd. Dat het onderzoek aan de algemene eisen van de NWO moet voldoen, is niet voldoende voor het oordeel dat de minister dan wel het algemeen bestuur van de NWO in beslissende mate de criteria voor het verstrekken van een geldelijke uitkering hebben bepaald. Uit het besluit van 22 oktober 2007 volgt dat de minister de precieze invulling van het onder-

> zoeksprogramma […] aan [Stichting Platform31] heeft overgelaten. De ambtenaren die deel uitmaken van de commissie die de onderzoeksvoorstellen beoordeelt, zijn evenmin aan te merken als (vertegenwoordigers van) een of meer bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb die in beslissende mate de criteria voor het verstrekken van geldelijke uitkeringen bepalen. Ter zitting heeft het bestuur van Platform31 toegelicht dat deze ambtenaren op persoonlijke titel aanwezig zijn en zijn gekozen in verband met hun praktijkervaring. Daarnaast hebben in de commissie ook wetenschappers zitting. Zij hebben een positie die gelijkwaardig is aan die van de ambtenaren en derhalve eenzelfde invloed op de selectie van onderzoeksvoorstellen (rechtsoverweging 5.5).[107]

Artikel 1.3 lid 1 onder b WNT betreft privaatrechtelijke rechtspersonen waarin een overheidsorganisatie in de zin van artikel 1.2 WNT 'een of meer leden in het bestuur benoemt of op andere wijze invloed heeft op het beheer of beleid'. Van deze categorie zijn naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen uitgezonderd. Het gaat bij Artikel 1.3 onder b WNT dus vooral om verenigingen ('overheidsverenigingen') en stichtingen ('overheidsstichtingen'). De uitzondering van naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen heeft tot gevolg dat overheidsdeelnemingen (waaronder 'staatsdeelnemingen') buiten het bereik vallen van de WNT. Wat betreft de privaatrechtelijke rechtspersonen die wel onder het bereik van de wet vallen gaat het volgens de memorie van toelichting bij de WNT aan de Tweede Kamer (vooral) om 'de rechtspersonen die op grond van jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep tot de openbare dienst worden ge-

[107] Andere overwegingen van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn:
in de uitspraken inzake Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio en Stichting Platform31:
'Overigens heeft hetgeen hiervoor is overwogen geen betekenis voor de specifieke wijze waarop het begrip bestuursorgaan, in verband met het begrip "openbare dienst" in artikel 1 van de Ambtenarenwet, in de ambtenarenrechtspraak wordt gehanteerd' (rechtsoverweging 5.1/5.3),
in de uitspraak inzake Stichting bevordering kwaliteit leefomgeving Schipholregio:
'De Afdeling is […] verder van oordeel dat de uitoefening van een overheids- of publieke taak geen zelfstandig, van de onder 5.1. geformuleerde criteria, te onderscheiden vereiste is om een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder b, van de Awb aan te merken. Uit de inhoudelijke en financiële band tussen (een orgaan van) een privaatrechtelijke rechtspersoon en een of meer bestuursorganen als bedoeld in artikel 1:1, eerste lid, aanhef en onder a, van de Awb volgt immers dat deze bestuursorganen een bepaalde taak aan zich hebben getrokken' (rechtsoverweging 5.2).

rekend', zodat de daar werkzame personen ambtenaar zijn.[108] Een geval waarin deze kwestie speelde deed zich voor in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 6 september 2007 (de directeur van Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde tegen betrokkene) waarin de Centrale Raad van Beroep naar aanleiding van het ontslag van een medewerkster van 'Diergaarde Blijdorp' overwoog:[109]

> 3. Ten aanzien van de vraag of betrokkene ambtenaar is in de zin van artikel 1 van de Ambtenarenwet (hierna: AW) overweegt de Raad als volgt.
> 3.1 Op grond van artikel 1 van de AW is ambtenaar in de zin van deze wet degene die is aangesteld om in openbare dienst werkzaam te zijn. Tot de openbare dienst behoren volgens het tweede lid alle diensten en bedrijven door de Staat en de openbare lichamen beheerd.
> 3.2 Zoals de Raad eerder heeft overwogen kan een stichting tot de openbare dienst behoren indien op grond van haar statuten blijkt van een overwegende invloed van de overheid op doelstelling, beheer en beleid. Op grond van de statuten van de Diergaarde Blijdorp zoals gewijzigd op 8 juli 2002 en die golden ten tijde van het ontslag van betrokkene, wordt haar bestuur benoemd, geschorst en ontslagen door het gemeentebestuur op voordracht van de Raad van Toezicht. Voorts heeft het gemeentebestuur een goedkeuringsrecht bij benoeming van de leden van de Raad van Toezicht. Voor het vaststellen van de begroting, het vaststellen van het bestuursreglement, het aangaan van overeenkomsten en het nemen van besluiten ten aanzien van het personeel, is (anders dan voorheen) geen goedkeuring van het gemeentebestuur vereist. Er is voorts geen sprake van een uit de statuten blijkende overwegende invloed op het financiële beheer. Naar het oordeel van de Raad is de invloed van de gemeente Rotterdam zoals die aldus blijkt uit deze statuten onvoldoende om te kunnen spreken van een overwegende overheidsinvloed op doelstelling, beheer en beleid van de Diergaarde Blijdorp. Sedert de statutenwijziging van 8 juli 2002 behoort de Diergaarde Blijdorp naar het oordeel van de Raad dan ook niet (langer) tot de openbare dienst in de zin van artikel 1 van de AW.
> 3.3 Als gevolg daarvan was betrokkene onder de nieuwe statuten en ten tijde van het aan haar verleende ontslag niet meer in openbare dienst werkzaam en dus evenmin ambtenaar in de zin van artikel 1 van de AW.[[110]]

---

[108] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 40.

[109] Centrale Raad van Beroep 6 september 2007, *TAR* 2007/196 (de Directeur van Stichting Koninklijke Rotterdamse Diergaarde *tegen* betrokkene).

[110] Maar met als voor betrokkene positief vervolg: 'Niettemin ziet de Raad aanleiding betrokkene uitsluitend voor dit geding nog wel als zodanig aan te merken, zo-

Artikel 1.3 lid 1 onder c WNT gaat over gesubsidieerde organisaties. Gesubsidieerde organisaties kunnen onder het bereik van de WNT vallen doordat zij worden genoemd in één van de bijlagen bij de WNT. In aanvulling daarop zijn door een amendement dat is aangenomen in de Tweede Kamer aanvankelijk ook andere gesubsidieerde organisaties onder het bereik van (het zwaarste regime van) de WNT gebracht. Deze organisaties kwamen terecht in artikel 1.3 lid onder c WNT. De Tweede Kamer heeft het volgende amendement aangenomen:[111]

> De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:
> In artikel 1.3, eerste lid, wordt na onderdeel b een onderdeel ingevoegd, luidende: ba. in Nederland gevestigde rechtspersonen die een of meer subsidies ontvangen als bedoeld in artikel 4.21, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht,[112] die tezamen meer bedragen dan 50% van de jaarlijkse inkomsten van de rechtspersoon, met uitzondering van die rechtspersonen die zijn opgenomen in de bijlagen 3 of 4 en met uitzondering van naamloze en besloten vennootschappen die een op winst gerichte onderneming drijven.
> Toelichting:
> Met dit amendement wordt het bezoldigingsmaximum van toepassing op de gesubsidieerde instellingen, voor zover niet genoemd in bijlage 3 of 4 van het wetsvoorstel. Ten aanzien van die bijlagen gelden de

---

dat de Raad ingevolge artikel 18, eerste lid, onder a, van de Beroepswet op het hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak kan en zal beslissen. Daartoe is het volgende overwogen. Betrokkene is met ingang van 1 februari 2001 aangesteld als ambtenaar bij de Diergaarde Blijdorp, die op dat moment behoorde tot de openbare dienst van de gemeente Rotterdam. Op haar ambtelijke aanstelling was het AR van overeenkomstige toepassing en met de statutenwijziging van 8 juli 2002 is daarin geen enkele wijziging gebracht. Voorts is de directie van de Diergaarde Blijdorp zich daarna jegens betrokkene blijven gedragen als ware zij bestuursorgaan; zij heeft de beslissing tot ontslag neergelegd in een vorm die past bij besluitvorming jegens een ambtenaar, er is een bezwaarprocedure gevolgd en betrokkene is verwezen naar de bestuursrechter. Eerst in hoger beroep heeft appellant, naar aanleiding van de ambtshalve overweging van de rechtbank, zijn twijfel uitgesproken over de status van de Diergaarde Blijdorp en daarmee over de status van betrokkene. Tot slot overweegt de Raad dat partijen tot in hoger beroep, geruime tijd na de ontslagverlening, uitvoerig hun inhoudelijke standpunten naar voren hebben gebracht en dat de Raad tot definitieve geschilbeslechting in staat is'.

[111] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, nr 29, amendement van de leden Koopmans en Van der Burg (1 december 2011).

[112] Artikel 4.21 lid 1 Algemene wet bestuursrecht omschrijft een subsidie als 'de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten'.

> regels die daarvoor in het wetsvoorstel worden gesteld. De wijziging heeft met name betrekking op rechtspersonen die worden gesubsidieerd door decentrale overheden. Ook door het rijk gesubsidieerde instellingen die evenwel niet in een bijlage zijn opgenomen vallen onder de wet, voor zover hun jaarlijkse inkomsten voor meer dan 50% uit subsidie bestaan.

Nadat de Tweede Kamer het wetsvoorstel had geamendeerd, heeft de regering tegenover de Eerste Kamer aangegeven dat dit amendement op sommige punten te verstrekkende gevolgen heeft en zou worden gecorrigeerd:[113]

> [Gesubsidieerde] instellingen voldoen aan het eerste criterium van de commissie-Dijkstal, bekostiging uit publieke middelen […]. Met het wetsvoorstel is beoogd de door de centrale overheid gesubsidieerde instellingen in bijlage 1 van het wetsvoorstel op te nemen. Voor die categorie heeft het aanvaarde amendement in beginsel geen betekenis. Het amendement is wel aanleiding nogmaals te bezien of alle door de centrale overheid gesubsidieerde instellingen of de grondslagen voor deze subsidies daadwerkelijk in de bijlagen zijn opgenomen. Is dat niet het geval, dan zullen de ontbrekende instellingen of de grondslagen voor deze subsidies alsnog bij algemene maatregel van bestuur aan de bijlage worden toegevoegd. Artikel 1.3, tweede lid, van het wetsvoorstel bevat een grondslag voor een zodanige algemene maatregel van bestuur. Tot zover de door de centrale overheid gesubsidieerde instellingen.
>
> Bij het opstellen van het wetsvoorstel heeft de regering uit het oog verloren dat ook decentrale overheden en andere bestuursorganen subsidies verstrekken. […] Ik ben dankbaar voor het amendement dat deze onbedoelde omissie herstelt. Met de drempel van 50% wordt tot uitdrukking gebracht dat de uit het wetsvoorstel volgende verplichtingen in verhouding staan met de omvang van de subsidie. Bezwaar van het amendement-Koopmans/Van der Burg inzake gesubsidieerde instellingen is echter dat ook een veelvoud aan kleine organisaties en groepjes individuen onder de werking van het wetsvoorstel worden gebracht. Zo zal een organisatie of groep vrijwilligers die van een gemeente per jaar € 3 000 subsidie ontvangt, maar daarnaast geen inkomsten heeft, aan alle verplichtingen van de wet moeten voldoen (goedkeuring van de jaarrekening door een registeraccountant, openbaarmaking van de bezoldiging van bestuursleden van € 0,0). Hiermee schiet het middel zijn doel voorbij en wordt niet langer voldaan aan het proportionaliteitsvereiste: de gestelde vereisten zijn een onevenredige last voor betrokkenen en staan niet in verhouding tot het doel dat

[113] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, F, memorie van antwoord (16 juli 2012).

wordt beoogd. Daarnaast is een belangrijk bezwaar van de regeling dat ook kleine subsidieontvangers met onnodige administratieve lasten worden opgezadeld: onnodig omdat bij kleine gesubsidieerde instellingen ook niet bij benadering sprake zal kunnen zijn van «veelverdieners» – integendeel de «bestuurders» werken vaak onbezoldigd, terwijl bijvoorbeeld wel een registeraccountant moet worden ingeschakeld voor goedkeuring van de jaarrekening. Het zal een ongewenste rem kunnen betekenen voor allerlei liefdadigheidswerk, culturele en sportieve activiteiten en soortgelijke initiatieven op lokaal of provinciaal niveau (pagina 4-5, voetnoot weggelaten).

De aangekondigde correctie maakte deel uit van de Aanpassingswet WNT:[114]

Inleiding
Het tweede hoofdonderdeel van dit wetsvoorstel betreft het opnemen van twee extra criteria op grond waarvan door de (decentrale) overheid gesubsidieerde rechtspersonen onder de reikwijdte van de wet vallen. De extra voorwaarden voor toepasselijkheid van de Wnt op gesubsidieerde rechtspersonen betreffen a. een minimumbedrag aan subsidieverlening van € 500.000 per kalenderjaar en b. een minimumduur van de subsidies van ten minste drie achtereenvolgende kalenderjaren.
[…]

[…]

Het amendement Koopmans/Van der Burg
Het artikel in de Wnt met betrekking tot gesubsidieerde instelling is bij amendement in het wetsvoorstel voor de Wnt opgenomen. Door aanvaarding van het amendement-Koopmans/Van der Burg zijn het bezoldigingsmaximum en de openbaarheidsregeling van de Wnt van toepassing op alle in Nederland gevestigde rechtspersonen die van overheidswege één of meer subsidies ontvangen die samen meer bedragen dan 50% van de jaarlijkse inkomsten van de rechtspersoon (zie het huidige artikel 1.3, eerste lid, aanhef en onderdeel c, Wnt). De Wnt bevat dus al de voorwaarde dat de van overheidswege verstrekte subsidie meer moet bedragen dan 50% van de jaarlijkse inkomsten van de rechtspersoon. De toelichting op het amendement-Koopmans/Van der Burg stelt terecht dat het vooral betrekking heeft op rechtspersonen die worden gesubsidieerd door de decentrale overheid. Door de cen-

[114] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013), p. 5-10, voetnoten weggelaten, vergelijk *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2013-2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, E, memorie van antwoord (24 april 2014), p. 2.

trale overheid gesubsidieerde instellingen worden in principe alle op de bijlagen bij de Wnt vermeld. Voor deze instellingen heeft het amendement dus geen betekenis.

[...]

Extra criteria gelden niet voor instellingen op bijlagen bij Wnt
Ten slotte wordt opgemerkt dat de eis van 50% van de jaarlijkse inkomsten, het drempelbedrag van € 500.000 en de termijn van drie jaren in de praktijk vanzelfsprekend niet gelden voor subsidieontvangende rechtspersonen die uit hoofde van een subsidierelatie met het Rijk of op andere grond op de bijlagen bij de Wnt staan vermeld of die een subsidie ontvangen op grond van een op de bijlagen genoemde wettelijke grondslag overeenkomstig de voorwaarden zoals in de bijlagen genoemd. Genoemde eisen gelden dus in principe alleen voor door andere bestuursorganen dan het Rijk gesubsidieerde instellingen, eventueel in combinatie met een subsidiedeel van rijkswege die niet is gebaseerd op in de bijlage bij de Wnt opgenomen wettelijke grondslag.[115] Bij de vaststelling van de bijlage is aan de hand van de criteria van de commissie-Dijkstal steeds weloverwogen bezien of een instantie dan wel wettelijke grondslag voor subsidie daarop vermeld dient te worden of niet. Bij de zogenaamde overige subsidieontvangers geldt niet dat per organisatie of grondslag de toepasselijkheid van de Wnt is overwogen. Daardoor is een verschil in benadering gerechtvaardigd.

regime 2: het middelste bezoldigingsregime, semipublieke sector: artikel 1.4 WNT

[**51**] Artikel 1.4 WNT noemt: 'de in de in bijlage 3 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen'.

regime 3: het lichtste bezoldigingsregime, semipublieke sector: artikel 1.5 WNT

[**52**] Artikel 1.5 WNT noemt: 'de in bijlage 4 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen'.

---

[115] Voetnoot in origineel: 'Ter toelichting: in de bijlagen bij de Wnt zijn voor het merendeel rechtspersonen of instellingen opgesomd dan wel nader aangeduid. Daarnaast zijn echter enkele grondslagen opgenomen voor subsidies. Indien een rechtspersoon op grond van deze grondslag een subsidie ontvangt, valt deze rechtspersoon onder de Wnt, ook al is subsidie lager van € 500.000,–'.

een opmerking over zorgaanbieders (de zorgsector) en zorgverzekeraars

[**53**] In het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de WNT waren zorgaanbieders (de zorgsector) opgenomen in bijlage 3 bij het voorstel van wet en waren zorgverzekeraars opgenomen in bijlage 4 bij het voorstel van wet. Deze bijlagen luidden op deze punten toen:

Bijlage 3 bij artikel 1.4, eerste lid, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.
[het middelste bezoldigingsregime (regime 2: een sectorale bezoldigingsnorm in paragraaf 3 van de wet en een openbaarmakingsverplichting in paragraaf 4van de wet):]

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
1. De op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen toegelaten instellingen, waaronder begrepen de academische ziekenhuizen, bedoeld in artikel 1.13, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.
2. De organisaties die instellingssubsidie of projectsubsidie ontvangen krachtens de Kaderwet VWS-subsidies en die:
a. tot doel hebben door belangenbehartiging, voorlichting of lotgenotencontact de positie, invloed en medezeggenschap te versterken van patiënten, gehandicapten of ouderen op het gebied van gezondheidszorg, gezondheidsbescherming, gezondheidsbevordering of maatschappelijke zorg;
b. door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in het kader van de subsidieverstrekking met de onder a bedoelde organisaties zijn gelijkgesteld;
c. tot doel hebben de onder a en b bedoelde organisaties te professionaliseren of te ondersteunen.
3. De rechtspersoon, bedoeld in artikel 3 van de Wet inzake bloedvoorziening.
Bijlage 4 bij artikel 1.5, eerste lid, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.
[het lichtste bezoldigingsregime (regime 3: alleen een openbaarmakingsverplichting in paragraaf 4 van de wet):]

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
1. De zorgverzekeraars die zich overeenkomstig artikel 25 van de Zorgverzekeringswet of artikel 33 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten als zodanig hebben aangemeld.

In de nota naar aanleiding van het verslag bij de WNT aan de Tweede Kamer stond hierover:[116]

> De leden van de SGP-fractie vroegen om een toelichting op het verschil tussen de zorgaanbieders en de zorgverzekeraars, op grond waarvan de zorgverzekeraars niet tot de semipublieke sector worden gerekend. Deze leden vroegen zich af of het niet logisch zou zijn om voor de zorgverzekeraars de publieke normen ten minste te laten gelden voor zover het de uitvoering van de basisverzekering betreft, ervan uitgaande dat de Zorgverzekeringswet in belangrijke mate een publiekrechtelijke zorgverzekering is. Bij de afweging om de zorgverzekeraars niet tot de semipublieke sector te rekenen, heeft een belangrijke rol gespeeld dat de Zorgverzekeringswet juist een privaatrechtelijk stelsel is. In die wet is sturing door de overheid vervangen door sturing door de markt. Dat heeft, tezamen met de concurrentie op de markt voor zorgverzekeringen als contra-indicatie, het bredere werkterrein van de zorgverzekeraars en de volstrekt andere arbeidsmarkt waar bestuurders van zorgverzekeraars uit worden gerekruteerd, geleid tot het oordeel van de regering dat de zorgverzekeraars niet tot de semipubliek sector moeten worden gerekend. Van de zorgaanbieders is het publieke belang gegeven, terwijl van concurrentie op deze markt minder tot geen sprake is (pagina 21).

Door een amendement dat is aangenomen in de Tweede Kamer zijn zorgaanbieders (de zorgsector) van het middelste bezoldigingsregime opgeschoven naar het zwaarste bezoldigingsregime van de WNT en zijn zorgverzekeraars van het lichtste bezoldigingsregime opgeschoven naar het middelste bezoldigingsregime van de WNT. De Tweede Kamer heeft het volgende amendement aangenomen:[117]

> De ondergetekenden stellen het volgende amendement voor:
> I
> Aan bijlage 1, onder Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, worden drie leden toegevoegd, luidende:
> 8a. De op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen toegelaten instellingen, waaronder begrepen de academische ziekenhuizen, bedoeld in artikel 1.13, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.
> 8b. De organisaties die instellingssubsidie of projectsubsidie ontvangen krachtens de Kaderwet VWS-subsidies en die:

[116] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 2011).

[117] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, nr 24, amendement van de leden Gerbrands en Brinkman (11 oktober 2011).

a. tot doel hebben door belangenbehartiging, voorlichting of lotgenotencontact de positie, invloed en medezeggenschap te versterken van patiënten, gehandicapten of ouderen op het gebied van gezondheidszorg, gezondheidsbescherming, gezondheidsbevordering of maatschappelijke zorg;
b. door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport in het kader van de subsidieverstrekking met de onder a bedoelde organisaties zijn gelijkgesteld;
c. tot doel hebben de onder a en b bedoelde organisaties te professionaliseren of te ondersteunen.
8c. De rechtspersoon, bedoeld in artikel 3 van de Wet inzake bloedvoorziening.
II
In bijlage 3 komt het onderdeel Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport als volgt te luiden:
Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
De zorgverzekeraars die zich overeenkomstig artikel 25 van de Zorgverzekeringswet of artikel 33 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten als zodanig hebben aangemeld.
III
In bijlage 4 vervalt de aanhef Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en het bijbehorende onderdeel 1.
toelichting:
Dit amendement verplaatst de zorgverzekeraars die zich overeenkomstig artikel 25 van de Zorgverzekeringswet of artikel 33 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten als zodanig hebben aangemeld, van bijlage 4 naar bijlage 3. Indieners zijn van mening dat de zorgverzekeraars die grotendeels uit publieke middelen betaald worden onder de sectorale bezoldigingsnorm behoren te vallen conform het advies van de commissie Dijkstal. De concurrentie die moet uitgaan van de sturingsfilosofie achten de indieners dusdanig klein dat dit geen grond vormt voor een uitzondering.
De overige categorieën uit de zorgsector worden verplaatst van bijlage 3 naar bijlage 1. Indieners zijn van mening dat de zorgsector niet onder de sectorale bezoldigingsnorm behoort te vallen, maar onder het bezoldigingsmaximum.

De regering had uitvoerig beargumenteerd waarom naar haar mening zorgaanbieders (de zorgsector) thuishoren in het middelste bezoldigingsregime in plaats van in het zwaarste bezoldigingsregime.[118] Nadat de Tweede Ka-

[118] Het meest uitvoerig was dat gebeurd dit in een brief van 6 december 2011 aan de Tweede Kamer: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, nr 44, brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (6 december 2011), p. 2-4.

mer het wetsvoorstel had geamendeerd, heeft de regering tegenover de Eerste Kamer het volgende aangegeven:[119]

> Mijn ambtsvoorganger heeft bij de behandeling van dit wetsvoorstel in de Tweede Kamer gewezen op de nadelen en risico's die het onderbrengen van zorgverleners in bijlage 1 met zich brengt, waaronder juridische risico's. Ik moet echter constateren dat de Tweede Kamer de criteria van de commissie-Dijkstal anders weegt dan de regering bij indiening heeft gedaan. Anders dan bij de ANBI's is dat geen van het systeem van het wetsvoorstel afwijkende weging van de criteria van de Commissie-Dijkstal. Het is een andere afweging dan die van de regering. De regering heeft hem ontraden, maar de Tweede Kamer heeft nu eenmaal het recht om voorstellen van de regering te amenderen.
> […]
> Naar mijn oordeel vormt de wettelijk verplichte basisverzekering geen financiering uit publieke middelen, maar de verdeling van de inkomensafhankelijke bijdragen in het kader van het risicovereveningssysteem wel. De exploitatie van de zorgverzekeraars omvat echter meer

[119] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, F, memorie van antwoord (16 juli 2012). Het amendement dat is aangenomen in de Tweede Kamer waardoor zorgaanbieders (de zorgsector) zijn opgeschoven van het middelste bezoldigingsregime opgeschoven naar het zwaarste bezoldigingsregime en zorgverzekeraars zijn opgeschoven van het lichtste bezoldigingsregime opgeschoven naar het middelste bezoldigingsregime van de WNT had ook betrekking op patiëntenorganisaties ('8b. De organisaties die instellingssubsidie of projectsubsidie ontvangen krachtens de Kaderwet VWS-subsidies en die: […]'). De Aanpassingswet WNT heeft ook dit gewijzigd. In de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer bij de Aanpassingswet WNT (*Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013), p. 13-14, voetnoot weggelaten) staat daarover: 'Op grond van de huidige bijlage 1 bij de Wnt vallen ongeveer 200 patiëntenorganisaties onder de reikwijdte van de Wnt. Geconstateerd is dat een groot deel van de patiëntenorganisaties slechts een geringe subsidie van het Rijk ontvangen, in ieder geval (veel) minder dan € 500.000,–. Daarom wordt met dit wetsvoorstel voorgesteld de huidige grondslag om 200 patiëntenorganisaties onder regime 1 van de Wnt te brengen, te vervangen door een opsomming van de zes grootste patiëntenorganisaties die een subsidie ontvangen van ten minste € 500.000,–. Dit ter voorkoming van administratieve lasten bij de kleinere patiëntenorganisaties en in lijn met de hiervoor voorgestelde drempel voor gesubsidieerde instellingen. De kosten van het inschakelen van een registeraccountant zouden in veel gevallen hoger zijn dan de ontvangen subsidie. De patiëntenorganisaties zijn samen met de zorgsector door het amendement Gerbrands-Brinkman van regime 2 naar regime 1 verschoven. De in dit wetsvoorstel voorgestelde aanpassing voor de patiëntenorganisaties heeft geen effect voor de strekking van het amendement'.

dan alleen de basisverzekering. Ze bieden ook aanvullende verzekeringen aan bovenop het basispakket en andere verzekeringen aan werkgevers die aansluiten bij het fenomeen van kosten uit hoofde van ziekte. Ook hier geldt dat de Tweede Kamer tot een ander oordeel is gekomen dan de regering en aan de criteria financiering, publiek belang en wellicht wettelijke taak, zwaarder heeft gewogen dan de regering (pagina 6).

een opmerking over algemeen nut beogende instellingen (ANBI's), waaronder goede-doelenorganisaties

[**54**] Organisaties die worden genoemd in één van de bijlagen bij de WNT kunnen de – fiscaal gunstige – status van algemeen nut beogende instelling (ANBI) hebben. Maar er zijn meer organisaties die een ANBI-status kunnen hebben. Daaronder vallen met name goede-doelenorganisaties die fondswervende organisaties zijn. Door een amendement dat is aangenomen in de Tweede Kamer werden aanvankelijk alle algemeen nut beogende instellingen, waaronder goede-doelenorganisaties die fondswervende organisaties zijn, onder het bereik van (het zwaarste regime van) de WNT gebracht. Deze organisaties kwamen terecht in bijlage 1 bij artikel 1.3 lid 1 onder d WNT onder 'Ministerie van Financiën' als 'In Nederland gevestigde algemeen nut beogende instellingen als bedoeld in artikel 6.33, eerste lid, onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001'.[120]
De Tweede Kamer heeft het volgende amendement aangenomen:[121]

De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:
Aan bijlage I, onder ministerie van Financiën, wordt een onderdeel toegevoegd, luidende:
2a. In Nederland gevestigde algemeen nut beogende instellingen als bedoeld in artikel 6.33, eerste lid, onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001.
Toelichting
Met dit amendement worden *algemeen nut beogende instellingen*, de zogenaamde «goede doelen», als bedoeld in artikel 6.33, eerste lid,

[120] Later als volgt geformuleerd: 'In Nederland gevestigde algemeen nut beogende instellingen als bedoeld in artikel 5b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen', vergelijk *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013), voetnoot 8: 'Op grond van het amendement wordt in de bijlage 1, onder het opschrift Ministerie van Financiën, onderdeel 3, gesproken van instellingen als bedoeld in artikel 6.33, eerste lid, onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001. De ANBI is echter met ingang van 1 januari 2012 gedefinieerd in de Algemene wet inzake rijksbelastingen'.
[121] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, nr 18, amendement van het lid Heijnen (10 oktober 2011).

> onderdeel b, van de Wet inkomstenbelasting 2001 onder het bezoldigingsmaximum van het wetsvoorstel gebracht. Verkrijging van de ANBI status gebeurt op basis van criteria die betrekking hebben op onder andere bestuur, administratie, functiescheiding en werkzaamheid in het algemeen belang, zowel statutair als feitelijk. Voldoet een instelling hieraan dan brengt dit verschillende fiscale voordelen met zich mee. Hieruit blijkt dat er sprake is van een publiek belang, waardoor het in de rede ligt om instellingen met de ANBI status onder de reikwijdte van het wetsvoorstel te brengen.

Nadat de Tweede Kamer het wetsvoorstel had geamendeerd, heeft de regering tegenover de Eerste Kamer aangegeven dat dit amendement te verstrekkende gevolgen heeft en ongedaan zou worden gemaakt[122] De memorie van toelichting aan de Tweede Kamer bij de Aanpassingswet WNT schrijft in dit verband het volgende over algemeen nut beogende instellingen (waaronder goede-doelenorganisaties):[123]

> Bij de Belastingdienst zijn ongeveer 65.000 privaatrechtelijke ANBI's geregistreerd. Een privaatrechtelijke instelling kan een ANBI zijn, als de instelling zich voor ten minste 90% inzet voor het algemeen nut. Bovendien mag deze instelling geen winstoogmerk hebben. De aard, omvang en de doelen van deze ANBI's zijn zeer divers. Het kunnen grote (internationale) fondswervende instellingen zijn, of kleine fondswervende instellingen, grote of kleine vermogensfondsen, terwijl ook ongeveer 25.000 kerken als ANBI zijn aangemerkt.
>
> De regering deelt echter niet de in de toelichting op het amendement opgenomen motivering dat het feit dat een instelling fiscale voordelen heeft aanleiding is om deze instelling aan te merken als instelling die een publiek belang behartigt op grond waarvan de ANBI's als zodanig tot de semipublieke sector gerekend kunnen worden. Als gezegd dienen instellingen om als ANBI aangemerkt te worden een algemeen belang te behartigen. Dat is niet zonder meer een synoniem voor een publiek belang. Onder behartiging van het algemeen belang, kan veel

[122] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011-2012, 32 600, WNT, F. memorie van antwoord (16 juli 2012), p. 3-4.

[123] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2012-2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013), p. 3 en 4-5, voetnoten weggelaten, vergelijk: *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2013-2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 6, nota naar aanleiding van het verslag (3 december 2013), p. 3-12, *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2013-2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, E, memorie van antwoord (24 april 2014), p. 2-3 en *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2013-2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, G, nadere memorie van antwoord (10 juni 2014), p. 1.

meer geschaard worden dan onder behartiging van het publieke belang. Het feit dat er sprake is van fiscale voordelen voor de schenkers wil evenmin zeggen dat sprake is van publieke bekostiging van de ANBI zelf. Voorts houdt de ANBI-status als zodanig evenmin in dat sprake is van een wettelijke taak. De conclusie is dan ook dat ANBI's op grond van de criteria van de commissie-Dijkstal niet tot de semipublieke sector gerekend kunnen worden.
Dit neemt niet weg dat een ANBI op andere gronden, die niet ontleend zijn aan haar ANBI-status, tot de semipublieke sector gerekend kan worden. Het kan immers zijn dat de overheid subsidies aan een ANBI verstrekt. Ook zijn er ANBI's die een wettelijke taak uitvoeren en sommige ANBI's behartigen een bepaald publiek belang. Daarnaast zij er privaatrechtelijke ANBI's actief in de sectoren, genoemd in de bijlagen bij het wetsvoorstel. Zo zijn in het zogenaamde ANBI-register onder meer omroepverenigingen, schoolverenigingen, stichtingen voor jeugdzorg, universiteiten en ziekenhuizen opgenomen. In al deze gevallen kan de ANBI dus op andere gronden dan haar ANBI-status als semipubliek worden aangemerkt. De regering is dan ook van mening dat ANBI's enkel en alleen omdat ze ANBI zijn niet op de bijlage bij de Wnt moeten worden geplaatst. Een ANBI hoort alleen op de bijlage thuis, als zij op grond van de criteria van de commissie-Dijkstal tot de semipublieke sector kan worden gerekend.

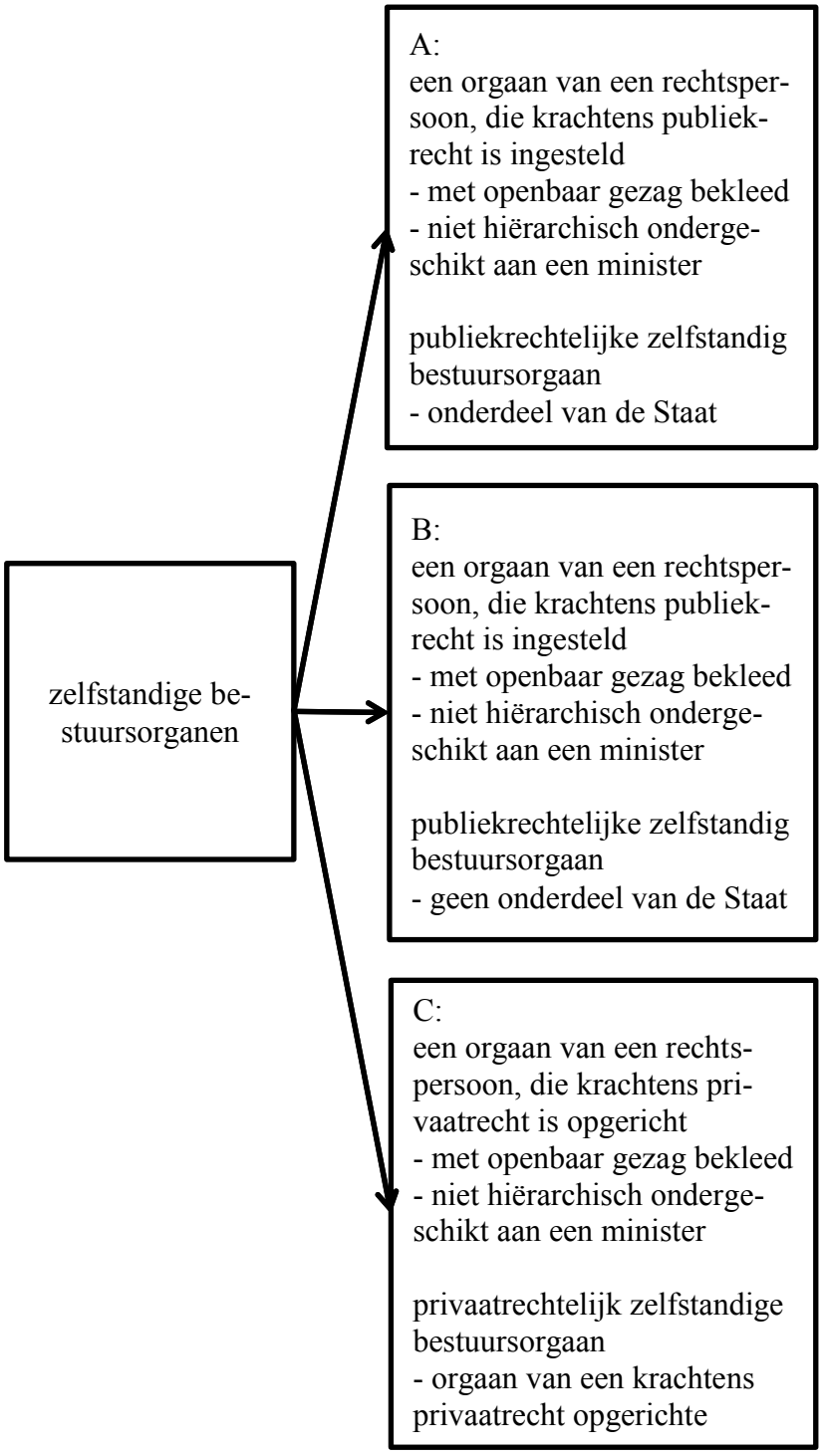
De Aanpassingswet WNT heeft ertoe geleid dat de algemeen nut beogende instellingen (waaronder goede-doelenorganisaties) zijn verwijderd uit bijlage 1 bij artikel 1.3 lid 1 onder d WNT.

een opmerking over zelfstandige bestuursorganen (ZBO's)

[**55**] Het begrip *zelfstandig bestuursorgaan* komt voor in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen. Artikel 1 onder a omschrijft een zelfstandig bestuursorgaan als 'een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij de wet, krachtens de wet bij algemene maatregel van bestuur of krachtens de wet bij ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed, en dat niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister'. Volgens artikel 3 lid 1 mag een zelfstandig bestuursorgaan uitsluitend worden ingesteld als (a) 'er behoefte is aan onafhankelijke oordeelsvorming op grond van specifieke deskundigheid', (b) 'er sprake is van strikt regelgebonden uitvoering in een groot aantal individuele gevallen', en (c) 'participatie van maatschappelijke organisaties in verband met de aard van de betrokken bestuurstaak bijzonder aangewezen moet worden geacht'. Op grond van artikel 4 lid 1 wordt in beginsel 'alleen' een bestuursorgaan met dit openbaar gezag 'bekleed' wanneer het gaat om 'een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens publiekrecht is ingesteld'. Maar op grond van artikel 4 lid 2 kan '[i]n afwijking van het eerste lid' ook 'een orgaan van een rechtspersoon, die krachtens privaatrecht is opgericht'

met dit openbaar gezag worden ‘bekleed’, als voldaan is aan de voorwaarden dat (a) ‘dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang’ en (b) ‘er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden’. De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen maakt dan ook een onderscheid tussen *publiekrechtelijk* vormgegeven zelfstandige bestuursorganen, dat zijn ‘zelfstandige bestuursorganen die orgaan zijn van een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon’, onderverdeeld in een zelfstandig bestuursorgaan ‘dat onderdeel is van de Staat’ en een zelfstandig bestuursorgaan ‘dat geen onderdeel is van de Staat’ maar van ‘een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon, niet zijnde de Staat’, en *privaatrechtelijke* zelfstandige bestuursorganen, dat zijn zelfstandige bestuursorganen ‘die orgaan zijn van een krachtens privaatrecht opgerichte rechtspersoon’. De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is zelf pas op een zelfstandig bestuursorgaan van toepassing als zij op dat op dat zelfstandige bestuursorgaan van toepassing is verklaard. Uit de omschrijvingen volgt dat er drie soorten zelfstandige bestuursorganen zijn:

figuur 8: zelfstandige bestuursorganen



De publiekrechtelijke A-ZBO's vallen onder artikel 1.2 lid 1 onder a WNT ('de organisaties waarover de ministers, bedoeld in artikel 51, eerste lid, juncto artikel 1 van de Comptabiliteitswet 2001, uitgezonderd artikel 1, onderdeel d, van die wet, gehouden zijn financiële verantwoording af te leggen'), de publiekrechtelijke B-ZBO's vallen onder artikel 1.2 lid 1 onder h WNT (de andere bij of krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen), en de privaatrechtelijke C-ZBO's kunnen onder artikel 1.3 lid 1 onder a WNT vallen als aan de voorwaarden van die bepalingen is voldaan ('andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt'). In verband met het laatste gedeelte van deze omschrijving spreekt de memorie van toelichting bij de WNT aan de Tweede Kamer als het om C-ZBO's gaat over 'de privaatrechtelijk vormgegeven «fulltime» zelfstandige bestuursorganen'.[124]

Iets vergelijkbaars geldt voor *rechtspersonen met een wettelijke taak*. Deze term wordt gebruikt voor de in artikel 91 lid 1 onder d Comptabiliteitswet 2001 bedoelde rechtspersonen,[125] te weten 'rechtspersonen voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen'. Deze rechtspersonen kunnen zowel publiekrechtelijke rechtspersonen als privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. De publiekrechtelijke rechtspersonen met een wettelijke taak vallen onder artikel 1.2 lid 1 onder h WNT (de andere bij of krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen), en de privaatrechtelijke rechtspersonen met een wettelijke taak kunnen onder artikel 1.3 lid 1 onder a WNT vallen als aan de voorwaarden van die bepalingen is voldaan ('andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt').

B. DE WET NORMERING TOPINKOMENS: GEDETAILLEERD KADER

Hierna wordt een gedeelte van de WNT meer gedetailleerd weergegeven,[126] zoals aangepast door de Aanpassingswet WNT,[127] de Reparatiewet WNT,[128]

[124] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 15.

[125] *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011), p. 10; advies *Normeren en waarderen*, p. 12.

[126] Op basis van *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, A, gewijzigd voorstel van wet (6 december 2011).

[127] Op basis van *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2013–2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, A, gewijzigd voorstel van wet (4 februari 2014).

en de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT.[129] Daaraan zijn toegevoegd geselecteerde onderdelen uit de parlementaire geschiedenis bij deze wetten.

Zie verder: bijlage 2: de bijlagen bij de WNT

Waar nodig moeten verwijzingen naar artikelen in de WNT die voorkomen in (alleen) de *Kamerstukken II bij het oorspronkelijke wetsvoorstel voor de WNT* (dossiernummer 32 600) als volgt worden gelezen:

artikel 2.1a: lees artikel 2.2 artikel 2.2: lees artikel 2.3 artikel 2.3: lees artikel 2.4 artikel 2.4: lees artikel 2.5 artikel 2.5: lees artikel 2.6 artikel 2.6: lees artikel 2.7 artikel 2.6a: lees artikel 2.8 artikel 2.7: lees artikel 2.9 artikel 2.8: lees artikel 2.10 artikel 2.8a: lees artikel 2.11	artikel 3.1a: lees artikel 3.2 artikel 3.2: lees artikel 3.3 artikel 3.3: lees artikel 3.4 artikel 3.3a: lees artikel 3.5 artikel 3.4: lees artikel 3.6 artikel 3.5: lees artikel 3.7 artikel 3.5a: lees artikel 3.8

algemene bepalingen in de WNT

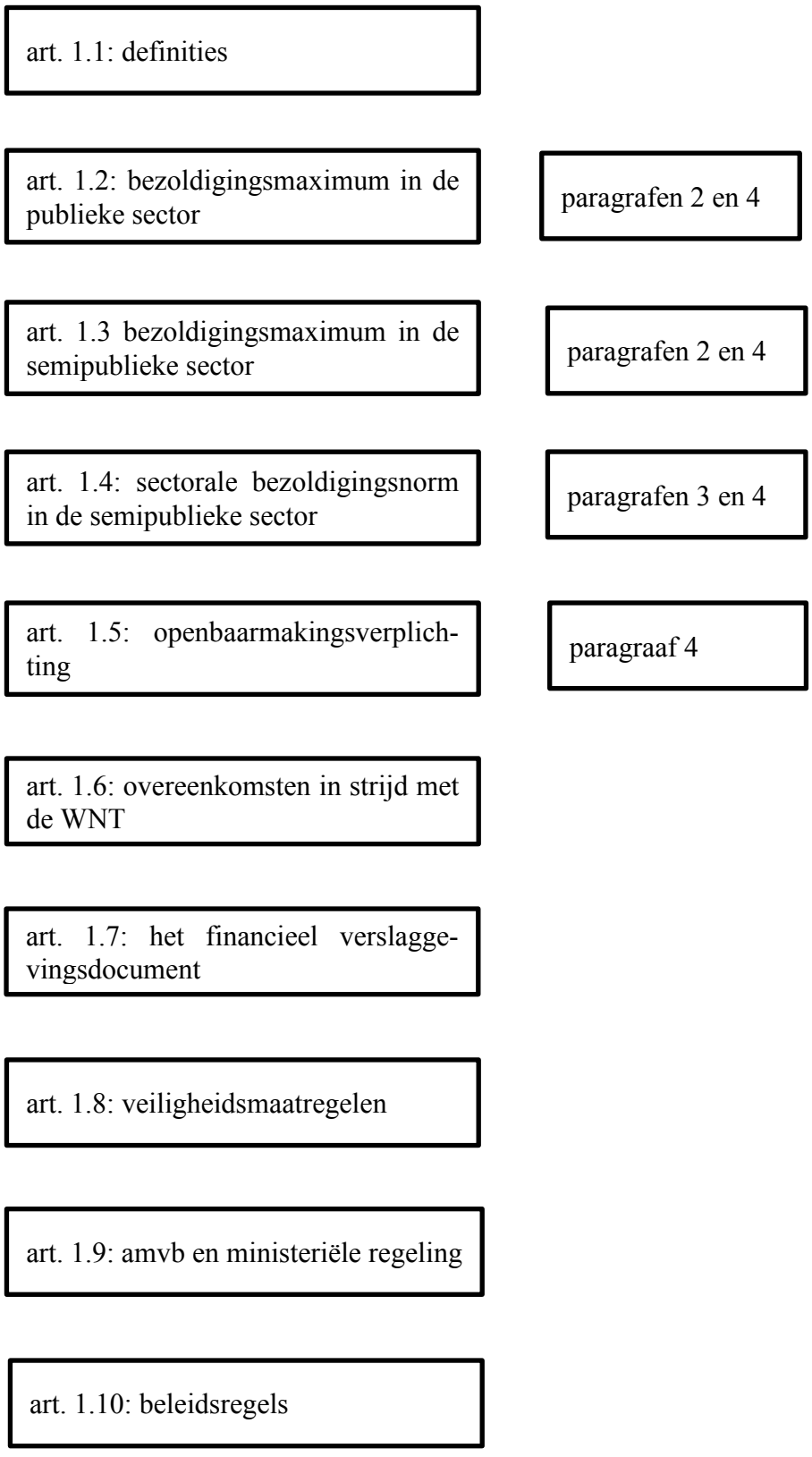
[**56**] Paragraaf 1 van de WNT bestaat uit de artikelen 1.1 met definities, 1.2 over het bezoldigingsmaximum dat geldt in de publieke sector, 1.3 over het bezoldigingsmaximum dat geldt in sommige delen van de semipublieke sector, 1.4 over de sectorale bezoldigingsnorm die geldt in sommige delen van de semipublieke sector, 1.5 over de openbaarmakingsverplichting die geldt voor de publieke sector, de in de artikelen 1.3 en 1.4 bedoelde delen van de semipublieke sector en tevens als lichtste bezoldigingsregime geldt voor andere delen van de semipublieke sector, 1.6 dat regelt dat overeenkomsten in strijd met de bepalingen in de WNT ertoe leiden dat betalingen onverschuldigd zijn betaald en dat sommige afspraken nietig zijn, 1.7 over het financieel verslaggevingsdocument, 1.8 dat regelt dat veiligheidsmaatregelen buiten het bereik van de door de WNT geregelde loonbestanddelen vallen, en 1.9 en 1.10 dat de mogelijkheid opent van het vaststellen van regels bij al-

[128] Op basis van *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2014–2015, 34 017, Reparatiewet WNT, A, gewijzigd voorstel van wet (16 oktober 2014).

[129] Op basis van *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2014–2015, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, A, gewijzigd voorstel van wet (16 oktober 2014).

gemene maatregel van bestuur, ministeriële regeling en door middel van beleidsregels. Artikel 1.2 en 1.3 bevatten een verwijzing naar de uitwerking van het bezoldigingsmaximum in de paragrafen 2 en 4, , artikel 1.4 bevat een verwijzing naar de uitwerking van de sectorale bezoldigingsnorm in de paragrafen 3 en 4, en artikel 1.5 bevat een verwijzing naar paragraaf 4 waar de openbaarmakingsverplichting wordt uitgewerkt.

figuur 9: paragraaf 1 van de WNT



de verdeling van de (publieke sector en) de semipublieke sector over de bezoldigingsregimes

[**57**] De artikelen 1.2. 1.3 en 1.4 WNT regelen de verdeling van de (publieke sector en) de semipublieke sector over de bezoldigingsregimes:

bezoldigingsmaximum publieke sector
artikel 1.2 WNT
1. De paragrafen 2 en 4 zijn van toepassing op:
a. de organisaties waarover de ministers, bedoeld in artikel 51, eerste lid, juncto artikel 1 van de Comptabiliteitswet 2001, uitgezonderd artikel 1, onderdeel d, van die wet, gehouden zijn financiële verantwoording af te leggen;
b. de provincies;
c. de gemeenten;
d. de waterschappen;
e. de openbare lichamen voor beroep en bedrijf;
f. de andere lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is toegekend;
g. de Europese groeperingen voor territoriale samenwerking met een statutaire zetel in Nederland;
h. de andere bij of krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, met uitzondering van die rechtspersonen die zijn opgenomen in de bijlage bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, of artikel 1.4, eerste lid.
2. In afwijking van het eerste lid zijn de paragrafen 2 en 4 niet van toepassing op ambtsdragers als bedoeld in artikel 2, tweede lid, van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers en als bedoeld in artikel 1 van de Wet rechtspositie Raad van State, Algemene Rekenkamer en Nationale ombudsman.

bezoldigingsmaximum semipublieke sector
artikel 1.3 WNT
1. De paragrafen 2 en 4 zijn van toepassing op:
a. andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarvan een orgaan is bekleed met openbaar gezag, waarbij de uitoefening van dat gezag de kernactiviteit van de rechtspersoon vormt;
b. andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen, waarin een orgaan van een in artikel 1.2 genoemde rechtspersoon een of meer leden in het bestuur benoemt of op andere wijze invloed heeft op het beheer of beleid, met uitzondering van naamloze en besloten vennootschappen, de Stichting Exploitatie Nederlandse Staatsloterij en de Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland;
c. in Nederland gevestigde rechtspersonen waaraan voor een periode van ten minste drie achtereenvolgende kalenderjaren een of meer subsidies zijn verleend, die samen per kalenderjaar ten minste € 500.000 bedragen en ten

minste 50% uitmaken van de inkomsten van de rechtspersoon in dat kalenderjaar, met uitzondering van die rechtspersonen die zijn opgenomen in de bijlagen bij de artikelen 1.4, eerste lid, en 1.5, eerste lid, en met uitzondering van naamloze en besloten vennootschappen die een op winst gerichte onderneming drijven;
d. de in bijlage 1 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen;
e. de in bijlage 2 bij deze wet opgenomen verenigingen van onderwijsinstellingen die voor hun leden optreden als werkgeversvertegenwoordiger bij collectieve arbeidsovereenkomsten of als vertegenwoordiger in overleg met de centrale overheid.
2. Op de voordracht van Onze minister in overeenstemming met Onze minister(s) wie het mede aangaat, kan bij algemene maatregel van bestuur de bijlage bij het eerste lid, onderdeel d, in de volgende gevallen worden gewijzigd:
a. rechtspersonen of instellingen kunnen aan de bijlage worden toegevoegd indien de bekostiging van deze rechtspersonen of instellingen middellijk of rechtstreeks geheel of in aanzienlijke mate uit publieke middelen plaatsvindt of heeft plaatsgevonden of indien deze rechtspersonen of instellingen een wettelijke taak vervullen of anderszins een publiek belang dienen;
b. rechtspersonen of instellingen kunnen aan de bijlage worden toegevoegd indien sprake is van gelieerde rechtspersonen;
c. rechtspersonen of instellingen kunnen van de bijlage worden verwijderd indien de grond voor opname op de bijlage niet langer bestaat;
d. wegens wijziging van in de bijlage gebruikte aanduidingen of in geval van redactionele verbeteringen.
3. Op de voordracht van Onze minister in overeenstemming met Onze minister(s) wie het aangaat, kan bij algemene maatregel van bestuur de bijlage bij het eerste lid, onderdeel e, in de volgende gevallen worden gewijzigd:
a. verenigingen kunnen aan de bijlage worden toegevoegd indien het verenigingen van onderwijsinstellingen betreft die voor hun leden optreden als werkgeversvertegenwoordiger bij collectieve arbeidsovereenkomsten of als vertegenwoordiger in overleg met de centrale overheid;
b. verenigingen kunnen van de bijlage worden verwijderd indien de grond voor opname niet langer bestaat;
c. wegens wijziging van in de bijlage gebruikte aanduidingen of in geval van redactionele verbeteringen.

sectorale bezoldigingsnorm
artikel 1.4 WNT
1. De paragrafen 3 en 4 zijn van toepassing op de in de in bijlage 3 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen.
2. Op de voordracht van Onze minister in overeenstemming met Onze minister(s) wie het mede aangaat, kan bij algemene maatregel van bestuur de bijlage bij het eerste lid in de volgende gevallen worden gewijzigd:

a. rechtspersonen of instellingen kunnen aan de bijlage worden toegevoegd indien de bekostiging van deze rechtspersonen of instellingen middellijk of rechtstreeks geheel of in aanzienlijke mate uit publieke middelen plaatsvindt of heeft plaatsgevonden of indien deze rechtspersonen of instellingen een wettelijke taak vervullen of anderszins een publiek belang dienen, maar waar een bezoldiging van de topfunctionarissen met de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, gelet op de factoren genoemd in artikel 3.6, tweede lid, ontoereikend is;
b. rechtspersonen of instellingen kunnen aan de bijlage worden toegevoegd indien sprake is van gelieerde rechtspersonen;
c. rechtspersonen of instellingen kunnen van de bijlage worden verwijderd indien de grond voor opname op de bijlage niet langer bestaat;
d. wegens wijziging van in de bijlage gebruikte aanduidingen of in geval van redactionele verbeteringen.

openbaarmakingsverplichting
artikel 1.5 WNT
1. Paragraaf 4 is van toepassing op de in bijlage 4 bij deze wet opgenomen rechtspersonen of instellingen.
2. Op de voordracht van Onze minister in overeenstemming met Onze minister(s) wie het mede aangaat, kan bij algemene maatregel van bestuur de bijlage bij het eerste lid in de volgende gevallen worden gewijzigd:
a. rechtspersonen of instellingen kunnen aan de bijlage worden toegevoegd indien de bekostiging van deze rechtspersonen of instellingen middellijk of rechtstreeks geheel of in aanzienlijke mate uit publieke middelen plaatsvindt of heeft plaatsgevonden of indien deze rechtspersonen een publiek belang dienen;
b. rechtspersonen of instellingen kunnen van de bijlage worden verwijderd indien de grond voor opname op de bijlage niet langer bestaat;
c. wegens wijziging van in de bijlage gebruikte aanduidingen of in geval van redactionele verbeteringen.

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over respectievelijk de artikelen 1.2., 1.4 en 1.5 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Het eerste lid […] heeft betrekking op de overheid in enge zin. Voor de in dit artikel opgenomen rechtspersonen geldt de norm van artikel 2.2 als maximum (paragraaf 2) en de openbaarmaking […] (paragraaf 4). Ten aanzien van de centrale overheid is aansluiting gezocht bij de verantwoordingsplicht in de Comptabiliteitswet 2001. De Comptabiliteitswet 2001 en dit wetsvoorstel komen immers qua doelstelling in belangrijke mate overeen: verantwoording afleggen over de besteding van publieke middelen. In de eerste plaats ziet het wetsvoorstel op de ministers die op grond van artikel

51 van de Comptabiliteitswet 2001 verantwoording afleggen door middel van een jaarverslag aansluitend op de begroting. De organisaties bedoeld onder a betreffen die (ambtelijke) organisaties die in artikel 1, eerste lid, van de Comptabiliteitswet 2001 genoemd zijn, te weten de departementen, het Kabinet van de Koning, de Staten-Generaal, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman, de kanselarij der Nederlandse Orden en de Commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Voor zover er binnen deze organen onderdelen zijn die een eigen wettelijke financiële verantwoordingsplicht hebben, bijvoorbeeld zelfstandige bestuursorganen zonder rechtspersoonlijkheid, kan in de praktijk dit onderdeel zorg dragen voor het voldoen aan de meldingsplicht […]. De minister van het desbetreffende departement blijft bij een dergelijke zelfstandig bestuursorgaan echter eindverantwoordelijk voor de meldingsplicht. De minister stelt het personeel ter beschikking aan het zelfstandig bestuursorgaan en besluit over de bezoldiging van de topfunctionarissen. Uitgezonderd wordt het koninklijk huis (artikel 1, onderdeel d, van de Comptabiliteitswet 2001), omdat de Wet financieel statuut van het Koninklijk Huis reeds een uitputtende regeling bevat. […] Voorts ziet het wetsvoorstel op de decentrale overheden: provincies, gemeenten, waterschappen (onderdeel b tot en met d). Onderdeel e heeft betrekking op openbare lichamen zoals de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties, de Nederlandse orde van Advocaten, het Nederlands Instituut van Registeraccountants, de Nederlandse orde van accountant administratie consulenten, de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, de Koninklijke Beroepsorganisatie van Gerechtsdeurwaarders en de Nederlandse Loodsencorporatie. Onderdeel g […] heeft betrekking op de Europese groepering voor territoriale samenwerking met statutaire vestiging in Nederland. De figuur van de Europese groepering voor territoriale samenwerking (hierna: EGTS) is in het leven geroepen met verordening (EG) nr 1082/2006 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 5 juli 2006 betreffende een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS) (PbEU L 210). In die verordening is bepaald dat organen uit twee of meer lidstaten gezamenlijk een EGTS kunnen oprichten als instrument voor territoriale samenwerking. Een EGTS heeft op grond van de verordening rechtspersoonlijkheid. Ter uitvoering van de verordening dient iedere lidstaat maatregelen te treffen ten behoeve van een goede werking van de verordening. Het recht van de lidstaat waar de EGTS statutair is gevestigd, is aanvullend van toepassing op de verordening. In de Nederlandse Uitvoeringswet EGTS-verordening is het publiekrechtelijke karakter van de EGTS benadrukt, zodat opname van de EGTS in de opsomming van artikel 1.2 voor de hand ligt. Onderdeel h betreft de zelfstandige bestuursorganen met bij of krachtens de wet toegekende eigen rechtspersoonlijkheid, zoals de OPTA (artikel 2 van de Wet Onafhankelijke post en telecommunicatieautoriteit), Staatsbosbeheer (artikel 2 van de Wet verzelfstandiging Staatsbosbeheer), de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.2, onderdeel d, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (de Koninklijke Biblio-

theek en de Koninklijke Nederlandse Akademie voor Wetenschappen), de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek (artikel 2 van de Wet op de Nederlandse organisatie voor wetenschappelijk onderzoek) of de Nederlandse Organisatie voor toegepast-natuurwetenschappelijk onderzoek TNO (artikel 3, eerste lid, van de TNO-wet). Uitgezonderd zijn de publiekrechtelijke rechtspersonen die wegens samenhang met andere sectoren zijn opgenomen in de bijlagen bij de artikelen 1.3 en 1.4. Deze uitzondering ziet vooral op publiekrechtelijke rechtspersonen uit de sfeer van het onderwijs en de wetenschap. Het betreft: de openbare rechtspersonen, bedoeld in de artikelen 47 van de wet op het primaire onderwijs, 50 van de wet op de expertisecentra en 42a van de Wet op het voortgezet onderwijs, de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.2, onderdeel a, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (de openbare universiteiten, de Open Universiteit en de instelling, bedoeld in onderdeel f van de bijlage bij de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek (een door een openbaar lichaam op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen in stand gehouden hogeschool)), die zijn opgenomen op de bijlage bij artikel 1.3. Door opname van de publiekrechtelijke rechtspersonen op de bijlage bij artikel 1.3, kunnen de ministers van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en Economische Zaken, Landbouw en Innovatie bij deze rechtspersonen, anders dan bij de overige publiekrechtelijke rechtspersonen, als hiervoor aanleiding is de artikelen 2.5 en 2.6 toepassen op dezelfde wijze als bij de vergelijkbare instellingen uit de semipublieke sector. Tevens zijn uitgezonderd de academische ziekenhuizen verbonden aan de openbare universiteiten, nu deze instellingen het arbeidsvoorwaardenregime van de gezondheidszorg volgen. In de bijlage bij artikel 1.4 zijn deze ziekenhuizen met de academische ziekenhuizen van de bijzondere universiteiten toegevoegd aan de bepalingen betreffende de zorg. In een nieuw tweede lid zijn de politieke ambtsdragers in de zin van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers (hierna: Appa) en de leden van de hoge colleges van staat uitgezonderd. De beloning van de politieke ambtsdragers is in de Wet rechtspositie ministers en staatssecretarissen, de Wet schadeloosstelling leden Tweede Kamer en de bij of krachtens de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapwet gestelde regels reeds uitputtend geregeld. De pensioenen zijn geregeld in de Appa of via het ABP. Voor de hoge colleges van staat geldt hetzelfde op grond van de Wet rechtspositie Raad van State, Algemene Rekenkamer en Nationale ombudsman. Het is niet toegestaan om aanvullende bezoldiging in de vorm van toelages, bonussen of pensioenarrangementen te verlenen. Recent zijn de commissarissen van de Koning, de burgemeesters en de bestuurders van waterschappen als politiek ambt aangemerkt en onder de werking van de Algemene pensioenwet politieke ambtsdragers gebracht. De bezoldiging van deze ambten is uitputtend geregeld in de Provinciewet, de Gemeentewet en de Waterschapswet. Met de inwerkingtreding van de Wet van 4 maart 2010 tot wijziging van de Provinciewet en de Gemeentewet in verband met de openbaarmaking van nevenfuncties en inkomsten uit neven-

functies zijn voor deze ambten nadere regels voor inkomsten uit nevenfuncties gesteld. De betrokken ambtsdragers zijn om bovenstaande reden niet aangemerkt als topfunctionaris in artikel 1.1, onderdeel b (pagina 38-40, voetnoten weggelaten).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
In de bijlage bij dit artikel zijn de rechtspersonen opgenomen waarvan in het kabinetsstandpunt inzake het advies Normeren en waarderen is bepaald dat bij deze rechtspersonen een norm dient te gelden die hoger mag zijn dan de norm van artikel 2.2 (paragraaf 3). Daarnaast is op deze rechtspersonen de openbaarmaking overeenkomstig paragraaf 4 van toepassing. Evenals bij artikel 1.3 kunnen op grond van het tweede lid bij algemene maatregel van bestuur rechtspersonen of instellingen aan de bijlage worden toegevoegd dan wel verwijderd' (pagina 41).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
In de bijlage bij dit artikel zijn de rechtspersonen opgenomen waarvan in het kabinetsstandpunt inzake het advies Normeren en waarderen is bepaald dat bij deze rechtspersonen het regime van openbaarmaking overeenkomstig paragraaf 4 voldoende is. Ook deze categorie kan bij algemene maatregel van bestuur worden uitgebreid of beperkt (pagina 41).

het zwaarste bezoldigingsregime (bezoldigingsmaximum) en het middelste bezoldigingsregime (sectorale bezoldigingsnorm)

[**58**] Paragraaf 2 van de WNT regelt het zwaarste bezoldigingsregime: het bezoldigingsmaximum. Paragraaf 3 van de WNT regelt het middelste bezoldigingsregime: de sectorale bezoldigingsnorm. De opbouw van de paragrafen 2 en 3 is deels hetzelfde. In paragraaf 2 is artikel 2.1 een algemene bepaling die wordt gevolgd door de artikelen 2.2 over het bezoldigingsmaximum voor leden van toezichthoudende organen, 2.3 dat over (de hoogte van) het bezoldigingsmaximum gaat, 2.4 en 2.5 die ontheffingen mogelijk maken, 2.6 over de mogelijkheid van het vaststellen van verlaagde plafonds, 2.7 over de mogelijkheid van het vaststellen van plafonds per klasse, 2.8 over toezichthoudende organen, 2.9 dat aansluit bij de artikelen 2.6 en 2.7, 2.10 dat gaat over uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband, en 2.11 dat een verbod op variabele beloning inhoudt. In paragraaf 3 is artikel 3.1 een algemene bepaling die wordt gevolgd door de artikelen 3.2 over het bezoldigingsmaximum voor leden van toezichthoudende organen, 3.3 dat over (de hoogte van) de sectorale bezoldigingsnorm gaat, 3.4 over de mogelijkheid van het vaststellen van plafonds per klasse, 3.5 over toezichthoudende organen, 3.6 dat aansluit bij de artikelen 3.3 en 3.4, 3.7 dat gaat over uitke-

ringen wegens beëindiging van het dienstverband, en 3.8 dat een verbod op variabele beloning inhoudt.

figuur 10: de paragrafen 2 en 3 van de WNT

het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm

De artikelen 2.1 en 2.3 WNT vormen de kern van de bepalingen over het bezoldigingsmaximum en de artikelen 3.1 en 3.3 WNT vormen de kern van de bepalingen over de sectorale bezoldigingsnorm:

de algemene bepalingen

[**59**] artikel 2.1 WNT
1. Partijen komen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3.
2. In geval van een dienstverband met een kleinere omvang dan het bij de verantwoordelijke gebruikelijk voltijdse dienstverband, komen partijen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, vermenigvuldigd met het aantal uren waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door het aantal uren van een voltijds dienstverband.
3. In geval van een dienstverband met een kortere duur dan een kalenderjaar, komen partijen geen bezoldiging overeen die meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, vermenigvuldigd met het aantal dagen waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door 365.
4. In geval de functie van topfunctionaris in een periode van achttien maanden voor meer dan twaalf maanden wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, komen partijen met ingang van de eerste dag van de dertiende maand in de periode van achttien maanden geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3. Het tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de maximale bezoldiging voor het geval de functie van topfunctionaris in een periode van achttien maanden voor maximaal twaalf maanden wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking.
5. Een topfunctionaris die tevens werkzaam is bij een gelieerde rechtspersoon of bij een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel b, de betreffende verantwoordelijke en de verantwoordelijke van de gelieerde rechtspersoon of de rechtspersoon, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel b, komen geen bezoldiging overeen voor zover de som van de bezoldigingen meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3.
6. Het tweede tot en met vijfde lid zijn van overeenkomstige toepassing indien voor partijen op grond van artikel 2.4, 2.6 of 2.7 een van artikel 2.3 afwijkend bedrag is vastgesteld.

artikel 3.1 WNT
1. Partijen komen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan het door Onze Minister wie het aangaat voor de toepasselijke in

de bijlage bij artikel 1.4, eerste lid, aangewezen categorie voor dat jaar vastgesteld bedrag.
2. Indien toepassing is gegeven aan artikel 3.4, eerste lid, komen partijen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan het door Onze Minister wie het aangaat voor de betreffende rechtspersoon of organisatie voor dat jaar vastgesteld bedrag.
3. In geval van een dienstverband met een kleinere omvang dan het bij de verantwoordelijke gebruikelijk voltijdse dienstverband, komen partijen geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan het door Onze Minister wie het aangaat voor dat jaar vastgestelde bedrag, vermenigvuldigd met het aantal uren waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door het aantal uren van een voltijds dienstverband.
4. In geval van een dienstverband met een kortere duur dan een kalenderjaar, komen partijen geen bezoldiging overeen die meer bedraagt dan het door Onze Minister wie het aangaat voor dat jaar vastgesteld bedrag, vermenigvuldigd met het aantal dagen waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door 365.
5. In geval de functie van topfunctionaris in een periode van achttien maanden voor meer dan twaalf maanden wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, komen partijen met ingang van de eerste dag van de dertiende maand in de periode van achttien maanden geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan het door Onze Minister wie het aangaat voor dat jaar vastgestelde bedrag. Het derde en vierde lid zijn van overeenkomstige toepassing. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de maximale bezoldiging voor het geval de functie van topfunctionaris in een periode van achttien maanden voor maximaal twaalf maanden wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking.
6. Een topfunctionaris die tevens werkzaam is bij een gelieerde rechtspersoon, de betreffende verantwoordelijke en de verantwoordelijke van de gelieerde rechtspersoon komen geen bezoldiging overeen voor zover de som van de bezoldigingen meer bedraagt dan het voor de op de bijlage bij artikel 1.4, eerste lid, genoemde rechtspersoon geldende bedrag, bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.4, tweede lid.

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over de artikelen 2.1 en 3.1 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013):
Op grond van de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, is de Wnt tevens van toepassing ingeval de functie van topfunctionaris gedurende meer dan zes maanden in een periode van achttien maanden wordt vervuld anders dan op grond van een aanstelling of arbeidsovereenkomst. […] […] op grond van de huidige Wnt [is] niet geheel duidelijk […] welke elementen meege-

nomen moeten worden om te kunnen beoordelen of in geval van ad interim-functievervulling al dan niet boven de norm wordt verdiend. Hetzelfde geldt voor commissarissen en leden van raden van toezicht die veelal evenmin hun werkzaamheden op grond van een aanstelling of arbeidsovereenkomst vervullen, ook al is bij deze interne toezichthouders vaak sprake van een fictieve dienstbetrekking in de zin van de Wet op de loonbelasting.
Met dit wetsvoorstel wordt duidelijk gemaakt dat in geval van functievervulling anders dan op grond van een aanstelling of arbeidsovereenkomst als bezoldiging moet worden aangemerkt het honorarium of vergoeding voor het vervullen van de functie en alle kosten die de Wnt-instelling vergoedt voor het vervullen van de functie. De omzetbelasting wordt echter niet tot de bezoldiging gerekend. Alhoewel de omzetbelasting wel kosten voor de werkgever meebrengt die in verband staan met het vervullen van de functie, is het billijk dat de omzetbelasting niet tot de bezoldiging wordt gerekend. De omzetbelasting komt immers niet direct aan de betrokkene ten goede. Daar komt bij dat de ene Wnt-instelling de betaalde omzetbelasting wel zal kunnen verrekenen en de andere niet.
Onder de term «vergoeding» dienen mede vergoedingen in natura te worden begrepen. Bij kosten voor het vervullen van de functie moet gedacht worden aan reiskosten (pagina 14).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 8, nota naar aanleiding van het verslag (20 juni 2011):
In antwoord op de vragen van de leden van de CDA-fractie over interim-managers, kan ik bevestigen dat onderhavig voorstel van wet van toepassing is op interim-managers, dat wil zeggen op iedereen die anders dan op basis van een aanstelling of een arbeidsovereenkomst een functie vervult die voldoet aan de definitie van topfunctionaris. Het gaat daarbij om interim-managers die in een periode van achttien maanden twaalf maanden in een functie als topfunctionaris werkzaam zijn. Die keuze is gemaakt, omdat bij kortere periodes vaak sprake is van echte noodsituaties en een instelling dan afhankelijk is van de markt. Zodra iemand echter langer dan twaalf maanden werkzaam is, wordt met terugwerkende kracht het maximum van toepassing. De constructie is dat de instelling ten behoeve van de interim-manager niet meer mag betalen aan de rechtspersoon die hem uitleent dan het geldende maximum. Er is dus geen ruimte om extra te betalen als een vergoeding voor de uitlenende rechtspersoon. Een eventuele onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd bij zowel de interim-manager in privé als bij de rechtspersoon die hem uitleent (pagina 12).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 27, brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (8 november 2011):
De heer Koopmans en mevrouw Gerbrands hebben beiden amendementen ingediend over topfunctionarissen die op basis van interim-contracten bij de

overheid werken. De betreffende bepaling heeft betrekking op iedereen die de functie van topfunctionaris uitoefent anders dan op grond van aanstelling of arbeidsovereenkomst. Daar valt onder: de interim-manager die wordt ingehuurd van een gespecialiseerd bedrijf, maar ook de management-bv waaraan een topfunctionaris soms om fiscale redenen de voorkeur geeft boven een arbeidsovereenkomst. Deze vorm van ontduiking, zo zeg ik in de richting van de heer Van Raak, is dus al afgesloten. Ik meen dat er rekening moet worden gehouden met de behoefte aan het tijdelijk aantrekken van speciale deskundigheid, bijvoorbeeld in situaties waarin een organisatie een intensief aanpassingstraject moet doormaken. Dus de behoefte aan interim-managers is aanwezig. In dat geval is sprake van een aparte markt, waarop het wetsvoorstel niet ziet en die daarom buiten het wetsvoorstel is gelaten. Indien de periode waarin het wetsvoorstel niet van toepassing is, wordt overschreden, is alsnog de norm van toepassing vanaf de eerste dag waarop de interim-manager zijn werkzaamheden heeft verricht. In het wetsvoorstel is die periode gesteld op twaalf maanden in een periode van achttien maanden, dit om draaideurconstructies tegen te gaan. Ik heb toegezegd dat als de Kamer meent dat het voorstel van het kabinet te ruim is, ik zou mee willen denken in de richting van het korter maken van de periode van twaalf maanden. Daarbij heb ik aangegeven dat ik een periode van drie maanden te kort vind en dat die niet beantwoordt aan de hierboven beschreven, mijns inziens reële behoefte (pagina 12).

het bezoldigingsmaximum

[**60**] artikel 2.3 WNT
1. De bezoldiging van een topfunctionaris bedraagt per kalenderjaar ten hoogste € 178.000,–.
2. Het bedrag, genoemd in het eerste lid, wordt telkens per 1 januari van elk jaar bij ministeriële regeling aangepast aan de ontwikkeling van de contractuele loonkosten voor de overheid zoals deze in het jaar van vaststellen van de ministeriële regeling voor het daaraan voorafgaande jaar door het Centraal Bureau voor de Statistiek is vastgesteld, en wordt afgerond op een duizendvoud in euro's.
3. Het bedrag, genoemd in het eerste lid, wordt niet op grond van het tweede lid gewijzigd, indien de toepassing van het tweede lid niet leidt tot een verhoging van het bedrag.
4. De ministeriële regeling, bedoeld in het tweede lid, wordt bekend gemaakt vóór 1 november voorafgaand aan het jaar waarop de wijziging betrekking heeft.

artikel 2.3. lid 1 en 2 WNT luidde eerder:

artikel 2.3 (tekst na Aanpassingswet WNT)
1. De bezoldiging van een topfunctionaris bedraagt per kalenderjaar ten hoogste € 187 340 aan beloning, vermeerderd met
a. € 7 559 wegens belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen en[130]
b. € 28 767 wegens de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn.[131]
2. De bedragen, bedoeld in het eerste lid, worden jaarlijks bij ministeriële regeling gewijzigd. De wijziging wordt bekend gemaakt vóór 1 november voorafgaand aan het jaar waarop de wijziging betrekking heeft.

artikel 2.3 (oorspronkelijke tekst)
1. De bezoldiging van een topfunctionaris bedraagt per kalenderjaar ten hoogste € 187 340 aan beloning, vermeerderd met
a. de sociale verzekeringspremies,
b. € 7 559 wegens belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen en[132]
c. € 28 767 wegens de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn.[133]
2. De bedragen, bedoeld in het eerste lid, worden jaarlijks bij ministeriële regeling gewijzigd. De wijziging wordt bekend gemaakt vóór 1 november voorafgaand aan het jaar waarop de wijziging betrekking heeft.

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010-2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011),
De norm van 130% van het ministersalaris die de commissie Dijkstal voorstelde, was gebaseerd op het eerste advies van de commissie om het salaris van ministers te verhogen met 30%. Bij brief van 17 februari 2009 heeft de toenmalige minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Tweede Kamer medegedeeld dat het toenmalige kabinet in verband met de economische crisis heeft besloten af te zien van de voorgenomen verhoging van het ministersalaris. Daarbij is aangegeven dat de grens van 130% van het ministersalaris als norm voor de bezoldiging van topfunctionarissen blijft gehandhaafd, zij het dat die norm niet langer werd uitgedrukt in een percentage van het ministersalaris. Voor 2010 staat dat bedrag gelijk aan € 187 340. Om ontduiking van deze grens tegen te gaan, is in onderhavig

[130] Met ingang van de inwerkingtreding van de WNT op 1 januari 2013: € 8069, met ingang van 1 januari 2014: € 8263.
[131] Met ingang van de inwerkingtreding van de WNT op 1 januari 2013: € 33 190, met ingang van 1 januari 2014: € 34 871.
[132] Met ingang van de inwerkingtreding van de WNT op 1 januari 2013: € 8069, met ingang van 1 januari 2014: € 8263.
[133] Met ingang van de inwerkingtreding van de WNT op 1 januari 2013: € 33 190, met ingang van 1 januari 2014: € 34 871.

voorstel van wet tevens rekening gehouden met andere elementen van de bezoldiging dan het bruto salaris, zoals belastbare onkostenvergoedingen, beloningen betaalbaar op termijn (voornamelijk pensioenpremies) en ontslaguitkeringen (pagina 5, voetnoot weggelaten).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
In dit artikel worden het bezoldigingsmaximum voor de in de artikelen 1.2 en 1.3 bedoelde rechtspersonen vastgesteld en wordt bepaald hoe dit bedrag wordt geïndexeerd. […] Naar aanleiding van de consultatie hebben enkele organisaties opgemerkt dat in individuele gevallen het werkgeversdeel van de pensioenpremie hoger uitvalt dan de norm in artikel 2.2, eerste lid, onderdeel c. Ook bij de internetconsultatie is deze opmerking gemaakt. Oorzaak hiervan kan zijn dat de werkgeverspremie niet berekend wordt aan de hand van een gemiddelde premie, maar ten behoeve van een individueel arrangement aan de hand van een actuariële waarde die gelijk is aan de contante waarde van de in dat jaar opgebouwde pensioenaanspraak en de daaraan gerelateerde kosten. In dat geval worden voor vergelijkbare pensioenaanspraken meer kosten gemaakt dan het bedrag, genoemd in artikel 2.2, eerste lid, onderdeel c.
Het doel van onderhavig voorstel van wet is de bezoldiging te normeren. De bezoldiging bestaat uit periodieke beloningen, de belaste onkostenvergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn, voor het grootste deel bestaande uit de werkgeversbijdrage in de pensioenpremie. Onderhavig voorstel van wet schrijft inhoudelijk niets voor over de pensioenrechten. De pensioenbijdrage van de werkgever kan variëren om diverse redenen: de inhoud van het pensioenpakket, de waarde van de opgebouwde rechten, het fonds, de verhouding tussen het werkgevers- en het werknemersdeel, leeftijd en andere individuele kenmerken van de werknemer. Op voorhand is daarbij niet te bepalen in welk geval de overschrijding van het bezoldigingsmaximum uitsluitend aan de pensioenbijdrage van de werkgever kan worden toegerekend. In het algemeen gaat de stelling op dat een hogere pensioenbijdrage leidt tot een hogere beloning op termijn, zodat normering van de pensioenbijdrage vanuit de doelstelling van de wet is gerechtvaardigd.
Ten behoeve van onderhavig voorstel van wet is een berekening gemaakt van de pensioenbijdrage werkgever bij een brutosalaris van € 187 340 indien de pensioenregeling van het ABP-Rijk van toepassing zou zijn. Vanwege het vergrijsde bestand en risicokenmerken van de populatie is het ABP geen goedkoop fonds. Het in artikel 2.2, eerste lid, onderdeel c, opgenomen bedrag aan werkgeverspremie is daarmee niet laag. Indien overschrijding van het bezoldigingsmaximum dreigt, en de beloningen betaalbaar op termijn kunnen niet worden verlaagd, is daarom het uitgangspunt dat de periodieke beloningen neerwaarts worden bijgesteld, zodat het bezoldigingsmaximum niet wordt overschreden. Voor een nadere wettelijke regeling op dit punt bestaat daarom geen aanleiding. In praktische zin levert het boven-

staande slechts problemen op bij een te benoemen topfunctionaris op wie het bezoldigingsmaximum van toepassing is en van wie de periodieke beloningen juist lager zijn dan het in artikel 2.2, eerste lid, aanhef, genoemde bedrag, maar de som van de periodieke beloningen, de belaste onkostenvergoeding en de pensioenbijdrage van de werkgever boven het bezoldigingsmaximum uitkomt. Diegenen die reeds wegens hogere periodieke beloningen niet aan het bezoldigingsmaximum voldoen, overtreden ook overigens de wet en diegenen van wie de bezoldiging ondanks een relatief hoge werkgeversbijdrage beneden het bezoldigingsmaximum blijft, voldoen aan de wet. Indien de specifieke omstandigheden in een individueel geval leiden tot grote onbillijkheden, kunnen de in artikel 2.3 genoemde ministers, zo nodig na toestemming van de ministerraad, besluiten om een hogere werkgeversbijdrage in de pensioenpremie toe te staan. Een dergelijke toestemming zal echter tot de uitzonderingen behoren (pagina 44-45).

de sectorale bezoldigingsnorm

[**61**] artikel 3.3 WNT
Onze Minister wie het aangaat stelt, gehoord Onze Minister, een bedrag als bedoeld in artikel 3.1, eerste lid, jaarlijks vast in de maand november voorafgaand aan het jaar waarop het bedrag betrekking heeft.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over artikel 3.3 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
In dit artikel wordt bepaald dat de betrokken minister de norm voor de in artikel 1.4 bedoelde rechtspersonen vaststelt. Alvorens de betrokken minister het bedrag voor het komende kalenderjaar vaststelt, worden betrokken rechtspersonen of de betrokken koepelorganisatie met toepassing van artikel 3.4 in de gelegenheid gesteld een voorstel te doen voor dat bedrag. (pagina 48).

verlaagde plafonds en plafonds per klasse

De artikelen 2.6 en 2.7 WNT, met een vervolg in artikel 2.9 WNT, maken het mogelijk voor organisaties waarop het bezoldingsmaximum van toepassing is respectievelijk verlaagde plafonds en plafonds per klasse vast te stellen. Artikel 3.4 WNT, met een vervolg in artikel 3.6 WNT, maakt het mogelijk voor organisaties waarop de sectorale bezoldigingsnorm van toepassing is plafonds per klasse vast te stellen.

het verlaagde plafond bij het bezoldigingsmaximum

[**62**] artikel 2.6 WNT
1. Onze Minister wie het aangaat kan, gehoord Onze Minister, bij ministeriele regeling voor rechtspersonen en instellingen als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen e tot en met h, artikel 1.3, onderdelen a, b en c, en de bijlagen bij artikel 1.3, eerste lid, onderdelen d en e, een lager bedrag vaststellen dan het bezoldigingsmaximum, bedoeld in artikel 2.3. Onze Minister wie het aangaat stelt dat bedrag jaarlijks vast in de maand november voorafgaand aan het jaar waarop dat bedrag betrekking heeft.
2. Onze Minister wie het aangaat kan besluiten dat partijen een bij dat besluit vast te stellen hoger bedrag mogen overeenkomen dan het bedrag, bedoeld in het eerste lid. Het bedrag is niet hoger dan het bezoldigingsmaximum, bedoeld in artikel 2.3.
3. Van een besluit als bedoeld in het tweede lid wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over artikel 2.6 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2013–2014, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 juni 2014):
Ter voorkoming dat het huidige bezoldigingsmaximum voor alle sectoren in het onderwijs bereikbaar is, heeft de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid krachtens artikel 2.6 WNT om verlaagde bezoldigingsmaxima vast te stellen. De redenen daarvoor zijn:
- de aansluiting van de bezoldiging van een topfunctionaris bij het loongebouw van het personeel in de sector;
- de bevordering van de evenwichtige bezoldigingsverhoudingen tussen de onderwijssectoren;
- het voorkomen dat de introductie van een bezoldigingsmaximum een algehele stijging van de bezoldiging tot gevolg heeft (pagina 12).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Op grond van artikel 2.5, eerste lid, kan de betrokken minister bij ministeriele regeling voor de in artikel 1.2, onderdelen e tot en met h, artikel 1.3, onderdelen a en b, en bijlagen 1 en 2 opgenomen rechtspersonen of instellingen een norm stellen die lager is dan het bedrag van artikel 2.2. Zo heeft de toenmalige minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap al aangekondigd dat in sommige onderwijssectoren een lagere norm dan het bedrag van artikel 2.2 zal gelden. Met deze bepaling heeft de minister een instrument om te voorkomen dat bij sommige instellingen of in sommige sectoren de bezoldiging toegroeit naar de norm, waar thans de gemiddelde bezoldiging

aan de top lager is dan het bedrag van artikel 2.2. Het tweede en derde lid komen overeen met artikel 2.3, tweede en derde lid. Het ligt niet voor de hand dat de betrokken minister vaak een dergelijke uitzondering zal toestaan, omdat in dat geval beter het bedrag in het eerste lid kan worden aangepast (pagina 46).

de plafonds per klasse bij het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm

[**63**] artikel 2.7 WNT
1. Bij ministeriële regeling van Onze Minister wie het aangaat kunnen de verschillende rechtspersonen of organisaties binnen een bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, aangewezen categorie worden ingedeeld in klassen op grond van criteria die betrekking hebben op onder meer de omvang van de rechtspersonen of instellingen.
2. Onze Minister wie het aangaat kan, gehoord Onze Minister, voor de verschillende klassen een lager bedrag vaststellen dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, of het bedrag, bedoeld in artikel 2.6, eerste lid. Onze Minister wie het aangaat stelt de bedragen jaarlijks vast in de maand november voorafgaand aan het jaar waarop de bedragen betrekking hebben.
3. Onze Minister wie het aangaat kan ten aanzien van een rechtspersoon of instelling besluiten dat de toepassing van de criteria leidt tot indeling in een bepaalde klasse. Een rechtspersoon of instelling kan Onze Minister wie het aangaat verzoeken om in een andere klasse te worden ingedeeld. De ministeriële regeling bevat regels over de procedure.
4. Onze Minister wie het aangaat kan besluiten dat partijen een bij dat besluit vast te stellen hoger bedrag mogen overeenkomen dan het toepasselijke bedrag, bedoeld in het tweede of derde lid. Het bedrag is niet hoger dan het bezoldigingsmaximum, bedoeld in artikel 2.3. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de procedure.
5. Van een besluit als bedoeld in het derde en vierde lid wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.

artikel 3.4 WNT
1. Bij ministeriële regeling van Onze Minister wie het aangaat kunnen de verschillende rechtspersonen of organisaties binnen een in de bijlage bij artikel 1.4, eerste lid, aangewezen categorie worden ingedeeld in klassen op grond van criteria die betrekking hebben op onder meer de omvang van de rechtspersonen of instellingen.
2. Onze Minister wie het aangaat kan, gehoord Onze Minister, gelijktijdig met het bedrag, bedoeld in artikel 3.3, voor de verschillende klassen een lager bedrag vaststellen.
3. Onze Minister wie het aangaat kan ten aanzien van een rechtspersoon of instelling besluiten dat de toepassing van de criteria leidt tot indeling in een bepaalde klasse. Een rechtspersoon of instelling kan Onze Minister wie het

aangaat verzoeken om in een andere klasse te worden ingedeeld. De ministeriële regeling bevat regels over de procedure.
4. Onze Minister wie het aangaat kan besluiten dat partijen een bij dat besluit vast te stellen hoger bedrag mogen overeenkomen dan het toepasselijke bedrag, bedoeld in het tweede of derde lid. Het bedrag is niet hoger dan het bezoldigingsmaximum, bedoeld in artikel 3.1. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de procedure.
5. Van een besluit als bedoeld in het derde en vierde lid wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over de artikelen 2.7 en 3.4 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 4, nota van wijziging (10 september 2013):
[Artikel 2.7/3.4] wordt als volgt gewijzigd:
1. […].
2. Er worden twee nieuwe leden toegevoegd, luidende:
4. Onze Minister wie het aangaat kan besluiten dat partijen een bij dat besluit vast te stellen hoger bedrag mogen overeenkomen dan het toepasselijke bedrag, bedoeld in het tweede of derde lid. Het bedrag is niet hoger dan het bezoldigingsmaximum, bedoeld in [artikel 2.3/3.1]. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de procedure.
5. Van een besluit als bedoeld in het derde en vierde lid wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.
In de artikelen 2.4 en 2.6, tweede lid, WNT is reeds de mogelijkheid opgenomen om in een individueel geval af te wijken van het wettelijk bezoldigingsmaximum van artikel 2.3, onderscheidenlijk van een verlaagd plafond als bedoeld in artikel 2.6, eerste lid, van de WNT. Een dergelijke individuele uitzonderingsmogelijkheid ontbreekt onbedoeld in de huidige WNT indien sprake is van een staffel op grond van artikel 2.7 of artikel 3.4 WNT. In de toelichting op de artikelen 2.4 en 2.6, tweede lid, WNT is aangegeven dat de in deze artikelen opgenomen uitzonderingsmogelijkheden zijn opgenomen voor exceptionele gevallen, respectievelijk dat het niet voor de hand ligt dat de betrokken minister vaak een dergelijke uitzondering zal toestaan, omdat in dat geval beter het verlaagd plafond kan worden aangepast. Dit geldt ook voor de onderhavige uitzonderingsmogelijkheid voor het geval sprake is van een staffel.
De vakminister kan zo nodig beleidsregels vaststellen waarin wordt aangegeven in welke exceptionele gevallen hij toestemming voor een hogere bezoldiging zal geven of in welke gevallen hij juist geen toestemming zal geven. Hiermee wordt aan betrokkenen vooraf duidelijkheid gegeven in welke gevallen het al dan niet zinvol is om de vakminister toestemming voor een hogere bezoldiging te vragen. Dit kan in het belang zijn van alle betrokken partijen (verantwoordelijke, topfunctionaris en vakminister).

Het besluit tot het verlenen van een individuele uitzonderingsmogelijkheid kan uit de aard der zaak in tijd worden beperkt. Met het oog op de transparantie dient het besluit in de Staatscourant te worden gepubliceerd. Dit is conform de regeling van de overige uitzonderingen op grond van de WNT (pagina 2-3).

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over artikel 2.7 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2013–2014, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 juni 2014)
Voor de woningcorporatiesector is per 1 januari 2014 de Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen toegelaten instellingen volkshuisvesting 2014 in werking getreden. De regeling is gebaseerd op artikel 2.7 van de WNT en bevat een differentiatie in bezoldigingsmaxima die aansluit bij de schaalgrootte en het werkgebied van de corporatie (pagina 13).

Inmiddels is een aanpassing van de BBZ overeengekomen, die past binnen de kaders van het eerste regime van de WNT. Die aangepaste gestaffelde normen zijn in een ministeriële regeling voor gedifferentieerde normen (ex art. 2.7 WNT) vastgelegd. Deze Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen zorg- en welzijnssector is per 1 januari 2014 in werking getreden. De normering van de bezoldiging van de zorgbestuurders past daarmee binnen een vernieuwd salarisgebouw dat afhankelijk is van inschaling op basis van functiezwaarte, berekend volgens de methodiek uit de BBZ. Van de tien in deze ministeriële regeling gedifferentieerde normen (A t/m J) liggen er vijf boven de norm van 100% en vijf daaronder (pagina 13-14).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Op grond van artikel 2.6 kan de norm worden gedifferentieerd afhankelijk van onder meer de omvang van de instelling. De betrokken minister deelt de instellingen dan bij ministeriele regeling in overeenkomstig in die regeling uitgewerkte criteria. Het kan daarbij gaan om een opsomming van de instellingen per klasse, maar ook om een uitwerking in objectieve nadere criteria – zoals het aantal leerlingen van een school op een bepaalde peildatum – in het geval dat het ondoenlijk is een regeling te maken waarbij de instellingen worden opgesomd. Uitgangspunt is dat een rechtspersoon of instelling aan de hand van de ministeriële regeling weet welke klasse van toepassing is. De ministeriële regeling bevat een procedure waarbij een instelling kan verzoeken om de indeling te wijzigen. Er kan sprake zijn van een omstandigheid op grond waarvan speciale deskundigheid van de topfunctionaris wordt gevergd, waardoor op een ander segment van de arbeidsmarkt moet worden geworven dan gebruikelijk. Het gaat dan om uitzonderlijke gevallen, waarbij de betreffende instelling moet aantonen dat afwijking van de indeling en

de bijbehorende norm noodzakelijk is. Het ligt niet voor de hand dat de betrokken minister vaak een dergelijke uitzondering zal toestaan, omdat in dat geval beter de indeling in klassen kan worden aangepast (pagina 46).

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over artikel 3.4 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Op grond van het tweede lid kan de betrokken minister evenals in artikel 2.6, tweede lid, het normbedrag differentiëren. Zo kan bijvoorbeeld de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport voor de topfunctionarissen in ziekenhuizen verschillende bedragen vaststellen, afhankelijk van de omvang van het ziekenhuis. Factoren die daarbij een rol spelen kunnen zijn: aantal personeelsleden, omzet, output. Met het tweede lid wordt uitvoering gegeven aan de motie De Pater. In die motie wordt uitgegaan van een soort functiewaarderingssysteem. In onderhavig voorstel van wet wordt de differentiatie gekoppeld aan de betreffende instelling, omdat op die manier de rechtszekerheid beter kan worden gewaarborgd. Uitgangspunt is dat voor partijen aan het begin van een kalenderjaar duidelijk is wat de toegestane bezoldiging is voor de betreffende topfunctionaris. Als aan dat uitgangspunt niet wordt voldaan, is het in paragraaf 5 voorgestelde handhavingsregime niet proportioneel. Om die reden wordt niet uitgegaan van de functie, maar van de instelling. Daarmee wordt tevens voorkomen dat de instelling door het waarderen van de functie de toegestane hoogte van de bezoldiging kan beinvloeden. De indeling van de instellingen in klassen overeenkomstig de criteria van het vierde lid, geschiedt bij ministeriële regeling (pagina 48, voetnoot weggelaten).

voorstellen uit de sector

[**64**] artikel 2.9 WNT
1. De betrokken rechtspersonen of instellingen, bedoeld in artikel 1.2, onderdelen e tot en met h, artikel 1.3, onderdelen a, b en c, en de bijlagen bij artikel 1.3, eerste lid, onderdelen d en e, of een samenwerkingsverband van deze rechtspersonen of instellingen, kunnen uiterlijk in de maand september voorafgaand aan het jaar waarop het bedrag betrekking heeft, aan Onze Minister wie het aangaat een voorstel doen voor het bedrag, bedoeld in artikel 2.6, eerste lid, of de bedragen, bedoeld in artikel 2.7, tweede lid.
2. Bij de vaststelling van de bedragen, bedoeld in artikel 2.6, eerste lid, of artikel 2.7, tweede lid, houdt Onze Minister wie het aangaat rekening met:
a. de bezoldiging voor vergelijkbare functies bij lichamen als bedoeld in artikel 1.2;
b. de bezoldiging in relevante andere sectoren van de arbeidsmarkt;

c. de verhouding met de bezoldiging van het overige personeel binnen de betreffende rechtspersonen of instellingen;
d. maatschappelijke opvattingen over de hoogte.

artikel 3.6 WNT
1. De betrokken rechtspersonen of instellingen, bedoeld in de bijlage bij artikel 1.4, eerste lid, of een samenwerkingsverband van deze rechtspersonen of instellingen, kunnen uiterlijk in de maand september voorafgaand aan het jaar waarop het bedrag betrekking heeft, aan Onze Minister wie het aangaat een voorstel doen voor het bedrag, bedoeld in artikel 3.3 of de bedragen, bedoeld in artikel 3.4, tweede lid.
2. Bij de vaststelling van een bedrag als bedoeld in artikel 3.3 of artikel 3.4, tweede lid, houdt Onze Minister wie het aangaat rekening met:
a. de bezoldiging voor vergelijkbare functies bij lichamen als bedoeld in artikel 1.2;
b. de bezoldiging in relevante andere sectoren van de arbeidsmarkt;
c. de verhouding met de bezoldiging van het overige personeel binnen de betreffende rechtspersonen of instellingen;
d. maatschappelijke opvattingen over de hoogte.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over de artikelen 2.9 en 3.6 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Artikelen 2.7 en 3.4
Alvorens nadere normen te stellen, geeft de betrokken minister aan het betrokken veld de gelegenheid om ter zake voorstellen te doen. In de artikelen 2.7 en 3.4 is bepaald met welke factoren de betrokken minister rekening moet houden bij het vaststellen van het verlaagde maximum van artikel 2.5, eerste lid, de sectornorm, bedoeld in artikel 3.2 of de bedragen per klasse, bedoeld in de artikelen 2.6 en 3.3. Een uit de sector afkomstig voorstel dat met deze factoren onvoldoende rekening houdt, kan door de minister worden aangepast, gewijzigd of buiten beschouwing worden gelaten. Voorstellen kunnen worden gedaan door individuele werkgevers of door koepelorganisaties. […] Aangezien de betrokken minister in november de verschillende bedragen moet vaststellen, is bepaald dat de voorstellen in september moeten zijn ontvangen. Indien een betrokken minister in enig jaar voor het eerst voor een bepaalde deelsector een verlaagd maximum als bedoeld in artikel 2.5, eerste lid, wil toepassen, of voor het eerst een indeling in klassen wil maken, zal deze minister dit aan de betrokken sector tijdig bekend maken, zodat de betrokken rechtspersonen of instellingen, of hun koepelorganisaties tijdig een voorstel kunnen doen (pagina 46-47).

leden van toezichthoudende organen

De artikelen 2.2 en 3.2 WNT regelen de toepassing van respectievelijk het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm op leden van toezichthoudende organen:

het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm voor leden van toezichthoudende organen

[**65**] artikel 2.2 WNT
1. In afwijking van artikel 2.1, eerste lid komen partijen met betrekking tot de leden, onderscheidenlijk voorzitters, van de hoogste toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen f, g en h en artikel 1.3 geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan tien, onderscheidenlijk vijftien procent van de voor de rechtspersoon of instelling op grond van artikel 2.3, artikel 2.5, artikel 2.6 of artikel 2.7 geldende maximale bezoldiging. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uitzonderingen vastgesteld ten aanzien waarvan de vorige volzin buiten toepassing wordt gelaten.
2. Artikel 2.1, derde en vierde lid, eerste volzin, is van overeenkomstige toepassing op de bezoldiging van de in het eerste lid bedoelde leden, onderscheidenlijk voorzitters, met dien verstande dat in deze artikelleden voor «artikel 2.3» wordt gelezen «artikel 2.2 of 2.8».

artikel 3.2 WNT
1. In afwijking van artikel 3.1, eerste lid komen partijen met betrekking tot de leden, onderscheidenlijk voorzitters, van de hoogste toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.4 geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan tien, onderscheidenlijk vijftien procent van de voor de rechtspersoon of instelling op grond van artikel 3.1 , artikel 3.4 of artikel 3.5 geldende maximale bezoldiging. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uitzonderingen vastgesteld ten aanzien waarvan de vorige volzin buiten toepassing wordt gelaten.
2. Artikel 3.1, vierde en vijfde lid, eerste volzin, is van overeenkomstige toepassing op de bezoldiging van de in het eerste lid bedoelde leden, onderscheidenlijk voorzitters.

De toepassing van het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm op leden van toezichthoudende organen is in de WNT opgenomen als gevolg van een amendement:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 33, gewijzigd amendement van het lid Heijnen ter vervanging van dat gedrukt onder nr 15 (ontvangen 1 december 2011):

De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:
I
Na artikel 2.1 wordt een artikel ingevoegd, luidende: Artikel 2.1a
In afwijking van artikel 2.1 komen partijen met betrekking tot de leden, onderscheidenlijk voorzitters, van de hoogste toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen f, g en h en artikel 1.3 geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan vijf, onderscheidenlijk 7,5 procent van de voor de rechtspersoon of instelling op grond van artikel 2.3, artikel 2.6 of artikel 2.7 geldende maximale bezoldiging. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uitzonderingen vastgesteld ten aanzien waarvan de vorige volzin buiten toepassing wordt gelaten.
II
Na artikel 3.1 wordt een artikel ingevoegd, luidende: Artikel 3.1a
In afwijking van artikel 3.1 komen partijen met betrekking tot de leden, onderscheidenlijk voorzitters, van de hoogste toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.4 geen bezoldiging overeen die per kalenderjaar meer bedraagt dan vijf, onderscheidenlijk 7,5 procent van de voor de rechtspersoon of instelling op grond van artikel 3.1 of artikel 3.4 geldende maximale bezoldiging. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uitzonderingen vastgesteld ten aanzien waarvan de vorige volzin buiten toepassing wordt gelaten.
[…]
toelichting:
Dit amendement strekt ertoe om buitensporige beloningen voor leden van Raden van Toezicht en Raden van Commissarissen in de semipublieke sector te voorkomen. Met dit amendement wordt de bezoldiging van leden, onderscheidenlijk voorzitters, van Raden van Toezicht en Raden van Commissarissen gemaximeerd op 5 procent, onderscheidenlijk 7,5 procent van de beloning die geldt voor de bestuurders. Tevens wordt vastgesteld dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uitzonderingen kunnen worden vastgesteld ten aanzien waarvan het maximum van 5 procent, onderscheidenlijk 7,5 procent niet geldt. De uitzonderingen zullen worden bepaald op basis van complexiteit en tijdsbesteding van de werkzaamheden van leden van de hoogste toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen f, g en h, 1.3 en 1.4.
In de algemene maatregel van bestuur zal in ieder geval worden vastgesteld hoe verantwoording dient te worden afgelegd ten aanzien van de uitzondering.

Kamerstukken I, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, F, memorie van antwoord (16 juli 2012):
In het wetsvoorstel is in artikel 2.2 bepaald dat leden van toezichthoudende organen geen bezoldiging ontvangen die per kalenderjaar meer dan 5% (7,5% voor de voorzitter) bedraagt van de voor die organisatie geldende

maximale bezoldiging. Kan de regering de leden van de PvdA-fractie aangeven welke gevolgen hiervan worden verwacht voor de kwaliteit van de toezichthoudende organen?
Ik ga er vanuit dat een bezoldiging van maximaal 5% of 7,5% van de voor die organisatie geldende maximale bezoldiging over het algemeen voldoende zal zijn om bekwame en deskundige commissarissen aan te trekken en te behouden. Indien dat bij bepaalde organisaties niet het geval zal zijn, bijvoorbeeld vanwege de complexiteit van (het werkterrein van) de desbetreffende instelling, de werkbelasting en de schaarste van geschikte commissarissen, kan er voor worden gekozen om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur uitzonderingen vast te stellen waarvoor het maximum van 5% of 7,5% niet geldt. De artikelen 2.2 en het inhoudelijk daarmee overeenstemmende artikel 3.2 voorzien in deze mogelijkheid (pagina 29).

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over de artikelen 2.2 en 3.2 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2013–2014, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 juni 2014):
de regering [is] van mening, dat de beloningsnormering voor toezichthouders in het semipublieke veld in voldoende mate moet corresponderen met een verantwoord en algemeen gangbaar volume arbeidsuren, dat de functie van lid en voorzitter van een raad van toezicht met zich meebrengt. In dat licht bezien acht de regering het verantwoord om voor de beloningsnormering van toezichthouders uit te gaan van een tijdsbesteding van zestien uur (vier dagdelen of twee werkdagen) per maand voor leden van de raad van toezicht en 24 uur (zes dagdelen of drie werkdagen) per maand voor de voorzitter. Het voorgaande impliceert, dat hiermee de bezoldiging van leden en voorzitters van de hoogste toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling in de semipublieke sector geen bezoldiging overeenkomen die per kalenderjaar meer bedraagt dan respectievelijk 10 en 15 procent van de voor de rechtspersoon geldende maximale bezoldiging (pagina 16).

technische regeling over de toepassing van het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm op leden van toezichthoudende organen

[**66**] De artikelen 2.8 en 3.5 WNT bevatten een technische regeling over de toepassing van het bezoldigingsmaximum en de sectorale bezoldigingsnorm op leden van toezichthoudende organen die aansluit bij respectievelijk de artikelen 2.1 lid 2 en 3.1 lid 3 WNT:

artikel 2.8 WNT
Onze Minister wie het aangaat kan bij ministeriële regeling voor rechtspersonen en instellingen als bedoeld in artikel 2.6, eerste lid, voor de toepassing van artikel 2.1, tweede lid, een getal vaststellen dat geldt als de omvang van

het dienstverband van de leden van toezichthoudende organen als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel b, onder 4° en 5°. Het getal kan voor voorzitters van toezichthoudende organen hoger worden vastgesteld. Het getal is niet hoger dan de in artikel 2.2 genoemde percentages, tenzij de rechtspersoon of instelling krachtens artikel 2.2 is uitgezonderd.

artikel 3.5 WNT
Onze Minister wie het aangaat kan bij ministeriële regeling voor rechtspersonen en instellingen als bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, voor de toepassing van artikel 3.1, derde lid, een getal vaststellen dat geldt als de omvang van het dienstverband van de leden van toezichthoudende organen als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel b, onder 4° en 5°. Het getal kan voor voorzitters van toezichthoudende organen hoger worden vastgesteld. Het getal is niet hoger dan de in artikel 3.2 genoemde percentages, tenzij de rechtspersoon of instelling krachtens artikel 3.2 is uitgezonderd.

De artikelen 2.8 en 3.5 WNT zijn in de WNT opgenomen als gevolg van een amendement:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 39, amendement van het lid Heijnen (ontvangen 2 december 2011):
De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:
I
Na artikel 2.6 wordt een artikel ingevoegd, luidende: Artikel 2.6a
Onze Minister wie het aangaat kan bij ministeriële regeling voor rechtspersonen en instellingen als bedoeld in artikel 2.6, eerste lid, voor de toepassing van artikel 2.1, tweede lid, een getal vaststellen dat geldt als de omvang van het dienstverband van de leden van toezichthoudende organen als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel b, onder 4° en 5°. Het getal kan voor voorzitters van toezichthoudende organen hoger worden vastgesteld.
II
Na artikel 3.3 wordt een artikel ingevoegd, luidende: Artikel 3.3a
Onze Minister wie het aangaat kan bij ministeriële regeling voor rechtspersonen en instellingen als bedoeld in artikel 3.4, eerste lid, voor de toepassing van artikel 3.1, derde lid, een getal vaststellen dat geldt als de omvang van het dienstverband van de leden van toezichthoudende organen als bedoeld in artikel 1.1, onderdeel b, onder 4° en 5°. Het getal kan voor voorzitters van toezichthoudende organen hoger worden vastgesteld.
[…]
toelichting:
Gebleken is dat met leden van toezichthoudende organen, zoals raden van toezicht of raden van commissarissen, bezoldigingsafspraken worden gemaakt, zonder dat daarbij afspraken worden gemaakt over de door deze leden te besteden tijd. Ook in de diverse sectorcodes wordt uitgegaan van een jaarlijks te ontvangen maximum, dat is gebaseerd op een gemiddelde tijds-

besteding. Bij een bezoldiging op jaarbasis zonder een afgesproken tijdsbesteding, kan de aan deze leden toegekende bezoldiging niet worden vergeleken met het bezoldigingsmaximum of de toepasselijke sectornorm, die immers is gebaseerd op voltijdse functievervulling. Om dit te ondervangen wordt voorgesteld om de betrokken minister de bevoegdheid te geven om een forfaitaire omvang van de dienstbetrekking vast te stellen die overeenkomt met de tijdsbesteding die in de betreffende sector gebruikelijk is. Op grond van artikel 2.1, tweede lid, of artikel 3.1, derde lid, kan op grond van de forfaitaire omvang de geldende maximale bezoldiging voor leden van toezichthoudende organen worden bepaald. De betrokken minister kan van deze bevoegdheid gebruik maken, indien in een sector de bezoldiging voor leden van toezichthoudende organen substantieel uit de pas loopt met de toepasselijke op voltijdse functievervulling gebaseerde sectornorm. Het overgangsrecht van artikel 7.3, derde lid, is van toepassing in geval na de invoering van een forfaitaire omvang van de dienstbetrekking een norm van toepassing wordt die lager is dan de overeengekomen bezoldiging. Als de bezoldiging is overeengekomen vóór de inwerkingtreding van de wet of de plaatsing van de instelling op de bij de wet behorende bijlage, blijft de hogere bezoldiging toegestaan. Is de bezoldiging overeengekomen na inwerkingtreding van de wet, dan heeft de forfaitaire omvang van de dienstbetrekking onmiddellijke werking, omdat de betrokkenen konden weten dat de wet van toepassing is.

uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband

[**67**] De artikelen 2.10 en 3.7 WNT gaan over uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband:

artikel 2.10/3.7 WNT
1. Partijen komen geen uitkeringen overeen wegens beëindiging van het dienstverband, die gezamenlijk meer bedragen dan de som van de beloning en de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn over de twaalf maanden voorafgaand aan de beëindiging van het dienstverband, tot ten hoogste € 75 000. In geval van een dienstverband met een kleinere omvang dan het bij de verantwoordelijke gebruikelijk voltijdse dienstverband bedragen de uitkeringen ten hoogste € 75 000, vermenigvuldigd met het aantal uren waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door het aantal uren van een voltijds dienstverband.
2. Bij algemene maatregel van bestuur op voordracht van Onze Minister kan het bedrag, genoemd in het eerste lid, worden gewijzigd, indien de loonontwikkeling hiertoe aanleiding geeft.
3. Voor de toepassing van deze wet wordt bezoldiging over een periode waarin de topfunctionaris vooruitlopend op de beëindiging van het dienstverband geen taken meer vervult, aangemerkt als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband en wordt de datum waarop de topfunctionaris de

uitoefening van zijn taken beëindigt aangemerkt als datum waarop het dienstverband beëindigt.

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over de artikelen 2.10 en 3.7 WNT:

Kamerstukken I, vergaderjaar 2014–2015, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, C, memorie van antwoord (28 november 2014):
Wat de ontslaguitkering betreft, merkt de regering het volgende op. Op grond van de WNT is de maximale ontslaguitkering begrensd op een jaarsalaris tot een maximum van € 75.000 (artikelen 2.10 en 3.7). Dit maximum staat los van de uitkeringen bij einde dienstverband die voortvloeien uit een wettelijk voorschrift, zoals de Werkloosheidswet, of een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst waarop de topfunctionaris mogelijk aanspraak kan maken.[134] Het maximum van € 75.000 kan derhalve daarnaast worden toegekend (pagina 8).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2013–2014, 34 017, Reparatiewet WNT, nr 3, memorie van toelichting (4 september 2014):
Op grond van de WNT zijn de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband gemaximeerd. Om te voorkomen dat partijen dit maximum ontduiken door topfunctionarissen met behoud van salaris langer in dienst te houden, zonder dat daarvoor werkzaamheden verricht behoeven te worden, is in de huidige artikelen 2.10, derde lid, en 3.7, derde lid, WNT verboden dat partijen afspreken het dienstverband op een later tijdstip te eindigen dan het tijdstip waarop de topfunctionaris zijn arbeidsprestatie beëindigt. Op grond van het huidige artikel 1.6, derde lid, WNT is een beding dat in strijd is met dit verbod nietig. Bovendien is in dit artikellid bepaald dat de bezoldigingen die zijn betaald over een periode dat de topfunctionaris de hem opgedragen taken niet meer vervult, onverschuldigd zijn betaald, en derhalve terugbetaald dienen te worden aan de werkgever. In de praktijk is gebleken dat deze laatste bepaling te absoluut is voor de situatie dat in geval van non-activiteit weliswaar bezoldiging wordt betaald, maar dat deze tezamen met de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband het van toepassing zijnde maximumbedrag voor uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband (twaalf keer het laatste maandsalaris, met een maximum van € 75.000) niet te boven gaat. In dat geval is immers geen sprake van een ontduiking van het maximum voor de ontslaguitkering. Om tegemoet te komen aan de hiervoor weergegeven praktijk, doch tevens ontduiking van het maximum voor de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband te voorkomen, is er in dit wetsvoorstel voor gekozen de bezoldiging tijdens de bedoelde periode van non-activiteit voor de toepassing van deze wet aan te merken als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband.

[134] Voetnoot in origineel: Zie artikel 1,1, onderdeel i, van de WNT.

Hierdoor kan de tijdens een periode van non-activiteit betaalde «bezoldiging», tezamen met de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband, het maximum voor de ontslaguitkering niet te boven gaan (pagina 4, voetnoot weggelaten).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2013–2014, 34 017, Reparatiewet WNT, nr 3, memorie van toelichting (4 september 2014):
De […] opgenomen wijzigingen van de artikelen 1.6, 2.10 en 3.7 dienen in onderling verband te worden bezien. Door in de voorgestelde artikelen 2.10, derde lid, en 3.7, derde lid, de bezoldiging tijdens een periode dat geen werkzaamheden meer worden verricht voorafgaand aan beëindiging van het dienstverband aan te merken als ontslaguitkering, wordt geregeld dat partijen mogen overeenkomen dat voorafgaande aan een uitdiensttreding «bezoldiging» wordt doorbetaald ook als daar geen werkzaamheden tegenover staan, mits de «bezoldiging» tezamen met de eventuele uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband het bedrag van € 75.000 niet te boven gaat. Uit artikel 1.6, tweede lid, volgt vervolgens dat als partijen in totaal een hogere uitkering wegens beëindiging van het dienstverband (inclusief de eventuele «bezoldiging» tijdens een periode van non-activiteit) zijn overeengekomen dan wettelijk is toegestaan, de uitkering van rechtswege het bedrag bedraagt dat ten hoogste is toegestaan. Betalingen die dat bedrag overschrijden zijn onverschuldigd betaald. Dit geldt ook indien partijen niet deze uitkeringen onderling zijn overeengekomen, doch deze wel feitelijk worden uitbetaald. Door de bezoldiging tijdens non-activiteit voorafgaand aan beëindiging van het dienstverband aan te merken als uitkering wegens beëindiging van het dienstverband is artikel 1.6, derde lid, niet meer nodig (pagina 5).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Deze artikelen regelen de uitkering bij ontslag. Er zijn twee begrenzingen van de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband. De eerste begrenzing is een is een absolute. Overeenkomstig het Regeerakkoord van het huidige kabinet wordt voorgesteld te bepalen dat de uitkering niet meer bedraagt dan € 75 000. De tweede begrenzing is van toepassing bij een lagere vergoeding dan € 75 000: de uitkering wordt in dat geval begrensd tot de beloning over twaalf maanden. Deze begrenzing komt overeen met hetgeen hierover in het Coalitieakkoord in 2007 is opgenomen. Voor de goede orde wordt erop gewezen dat het gaat om ten hoogste de som van de beloning van twaalf maanden en de werkgeversbijdrage in de beloning betaalbaar op termijn. Dat betekent dat het bedrag van die uitkering niet kan worden verhoogd met de belaste onkostenvergoedingen. Als de uitkering wordt gebruikt voor een pensioenstorting, dient het eventueel bruto uit te betalen bedrag te worden verlaagd, zodanig dat de totale uitkering niet meer bedraagt dan de som van de beloning van twaalf maanden en de werkgeversbijdrage

in de beloning betaalbaar op termijn over twaalf maanden. Ook als de uitkering in termijnen wordt betaald, mag het totaal niet meer zijn dan de som van de beloning van twaalf maanden en de werkgeversbijdrage in de beloning betaalbaar op termijn over twaalf maanden. In het tweede lid wordt bepaald dat de absolute grens die aan een uitkering wegens ontslag wordt gesteld – het bedrag van € 75 000 – bij algemene maatregel van bestuur kan worden gewijzigd, indien de loonontwikkeling hiertoe aanleiding geeft. Dat betekent dat geen sprake is van een automatische indexering of een koppeling aan bijvoorbeeld een algemene verhoging van de salarissen bij de sector Rijk. In het derde lid wordt een voor de hand liggende vorm van ontduiking verboden. Partijen mogen niet overeenkomen dat de topfunctionaris ophoudt met werken, maar toch zijn salaris doorbetaald krijgt. Hieronder valt niet het opnemen van vakantiedagen voorafgaand aan het ingaan van het ontslag, maar wel het langdurig thuis zitten van een topfunctionaris zonder dat het dienstverband wordt beëindigd. In artikel 1.6, derde lid, is bepaald dat een beding in strijd met het verbod nietig is en dat betalingen zonder tegenprestatie onverschuldigd zijn betaald. Het komt voor dat het een bestuurder niet is toegestaan om na beëindiging van het ambt van bestuurder een functie te aanvaarden bij bepaalde andere organisaties. Zo mag een oud-bestuurder van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) binnen zes maanden na beëindiging van dat bestuurderschap geen functie aanvaarden bij een onder toezicht van de AFM geplaatste instelling. Bij de AFM wordt dat opgelost door een bestuurder zes maanden een andere functie dan die van bestuurder te geven, met behoud van bezoldiging. Een dergelijke regeling komt niet in strijd met het voorgestelde artikel 2.8, tweede lid, zolang de betrokken oud-bestuurder een aanstelling krijgt in de nieuwe functie en daadwerkelijk arbeid verricht in die nieuwe functie. Wel dient de bezoldiging van de oud-bestuurder op grond van het voorgestelde artikel 4.1 op naam openbaar gemaakt te worden (pagina 47).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 14, tweede nota van wijziging (23 september 2011):
Aan [artikel 2.8, eerste lid,/3.5, eerste lid,] wordt toegevoegd: In geval van een dienstverband met een kleinere omvang dan het bij de verantwoordelijke gebruikelijk voltijdse dienstverband bedragen de uitkeringen ten hoogste € 75 000, vermenigvuldigd met het aantal uren waarop het dienstverband betrekking heeft en gedeeld door het aantal uren van een voltijds dienstverband.
In de artikelen 2.8 en 3.5 was bij de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband tot ten hoogste € 75 000 geen rekening gehouden met deeltijders. Dat heeft tot gevolg dat deeltijders in verhouding een hogere uitkering wegens beëindiging van het dienstverband zouden kunnen ontvangen dan voltijders. Daarom wordt aan de artikelen 2.8, eerste lid, en 3.5, eerste lid, een volzin toegevoegd, op grond waarvan het plafond van € 75 000 wordt herrekend naar rato van het dienstverband (pagina 2).

verbod van variabele beloning

[**68**] De artikelen 2.11 en 3.8 WNT verbieden variabele beloning:

artikel 2.11/3.8 WNT
Partijen komen geen winstdelingen, bonusbetalingen of andere vormen van variabele beloning overeen, tenzij die overeenkomst betrekking heeft op bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaalde uitzonderingen.

Het verbod van variabele beloning is in de WNT opgenomen als gevolg van een amendement:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 40, derde nader gewijzigd amendement van het lid Heijnen ter vervanging van dat gedrukt onder nr 34 (ontvangen 5 december 2011):
De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:
[…]
II
Na artikel 2.8 wordt een artikel ingevoegd, luidende: Artikel 2.8a
Partijen komen geen winstdelingen, bonusbetalingen of andere vormen van variabele beloning overeen, tenzij die overeenkomst betrekking heeft op bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaalde uitzonderingen.
III
Na artikel 3.5 wordt een artikel ingevoegd, luidende: Artikel 3.5a
Partijen komen geen winstdelingen, bonusbetalingen of andere vormen van variabele beloning overeen, tenzij die overeenkomst betrekking heeft op bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaalde uitzonderingen.
[…]
toelichting:
Voor bestuurders in de semipublieke sector dient volledig te worden afgezien van alle vormen van prestatiebeloningen (bonussen). Bestuurders die werken voor de publieke zaak behoeven niet financieel geprikkeld te worden om hun best te doen voor een zo goed mogelijke (semi-)publieke dienstverlening. Dit amendement regelt dat prestatiebeloningen (bonussen) geen onderdeel mogen uitmaken van de bezoldiging van functionarissen die onder de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector vallen. Bij AMvB zullen regels worden gesteld in welke gevallen uitzonderingen mogelijk zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij gratificaties die niet direct gerelateerd zijn aan de prestaties die een bestuurder uit hoofde van zijn functie levert zoals in het geval van een ambtsjubileum, mobiliteitstoeslag of bindingspremie. Hoewel met deze uitzonderingen niet een limitatieve opsomming van dergelijke gratificaties bevatten, beoogt de indiener van dit amendement dat er uiterst restrictief met dergelijke uitzonderingen op afzien van prestatiebeloningen wordt omgegaan. Aangezien de term «winstdelingen en bonussen» is ontleend aan artikel 383c van Boek

2 van het Burgerlijk Wetboek en als zodanig is opgenomen in de definitie van beloning in artikel 1, onderdeel f, van het wetsvoorstel, worden de bonussen die op grond van de AmvB zijn toegestaan, meegeteld bij het vaststellen de hoogte van de beloning. De beloning is weer het voornaamste deel van de bezoldiging, zodat de bonussen die op grond van de AmvB zijn toegestaan, ook mee tellen bij toetsing aan het bezoldigingsmaximum, de toepasselijke sectornorm, het eventuele verlaagde plafond of de voor een bepaalde klasse geldende norm.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over de artikelen 2.11 en 3.8 WNT:

Kamerstukken I, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, F, memorie van antwoord (ontvangen 16 juli 2012):
[ik merk] op dat in het wetsvoorstel zoals ingediend door de regering geen specifieke voorziening was opgenomen over bonussen. Wel vielen de bonussen reeds onder de reikwijdte van het wetsvoorstel, omdat de bonusbetalingen onderdeel zijn van de beloning (zie artikel 1.1, onderdeel f) en daarmee van de bezoldiging (zie artikel 1.1, onderdeel e). Tijdens de parlementaire behandeling in de Tweede Kamer heeft mijn ambtsvoorganger ervoor gewaarschuwd de bonussen niet te schrappen en onder meer aangegeven dat het in bepaalde gevallen juist heel logisch kan zijn om een bepaalde prestatiebeloning overeen te komen. Dit heeft de Tweede Kamer er niet van kunnen weerhouden het bedoelde amendement-Heijnen te aanvaarden. Ik kan niet op voorhand aangegeven wat de consequenties van een verbod op bonussen zijn voor de prestatiecurve binnen ondernemingen. Indien er signalen uit de praktijk komen dat het verbod van bonussen negatieve consequenties heeft voor de prestaties binnen de onderneming, kan dat aanleiding zijn om het Adviescollege normeringsbeleid topfunctionarissen te vragen zich over dit onderwerp te buigen (pagina 21).

ontheffingsbepalingen in de regeling over het beloningsmaximum

[**69**] De regeling van het beloningmaximum bevat twee ontheffingsbepalingen:

artikel 2.4 WNT
1. Onze Minister wie het aangaat en Onze Minister, kunnen gezamenlijk besluiten dat partijen een bij dat besluit vast te stellen hogere bezoldiging mogen overeenkomen dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3.
2. Onze Minister wie het aangaat en Onze Minister nemen een besluit als bedoeld in het eerste lid ten aanzien van een publiekrechtelijke rechtspersoon of een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel a, in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad.

3. Van een besluit als bedoeld in het eerste lid wordt mededeling gedaan door plaatsing in de Staatscourant.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over artikel 2.4 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Dit artikel biedt de basis voor een individuele afwijking van de norm van artikel 2.2 bij de bezoldiging van de topfunctionarissen. In die gevallen kunnen de betrokken minister en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties gezamenlijk een hogere bezoldiging vaststellen. Voor wat betreft de publieke sector of een privaatrechtelijk vormgegeven zelfstandig bestuursorgaan hebben zij hiervoor de vooraf verkregen instemming van de ministerraad nodig. Dit geldt tevens voor publiekrechtelijke rechtspersonen die in artikel 1.2, eerste lid, onderdeel h, zijn uitgezonderd, voor zover zij op de bijlage bij artikel 1.3 staan, zoals de openbare universiteiten, nu in dit verband hun publiekrechtelijk karakter prevaleert. Deze bepaling is opgenomen voor exceptionele gevallen, die thans niet kunnen worden voorzien. Om deze reden is afgezien van het opnemen van criteria voor de toepassing van dit artikel. Een uitzondering op grond van dit artikel wordt openbaar gemaakt door publicatie in de Staatscourant (pagina 45).

artikel 2.5 WNT
Onze Minister wie het aangaat en Onze Minister kunnen gezamenlijk bij ministeriële regeling, in overeenstemming met het gevoelen van de ministerraad, voor een of meer functies van topfunctionarissen bij een rechtspersoon of instelling een maximum vaststellen dat hoger is dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, indien de bijzondere arbeidsmarktomstandigheden een hoger bedrag rechtvaardigen, doch niet hoger dan de maximumbezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, eerste lid, zoals dit artikel luidde op de dag voorafgaande aan de inwerkingtreding van de Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over artikel 2.5 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2014–2015, 33 978, Wet verlaging bezoldigingsmaximum WNT, nr 13, derde nota van wijziging (15 oktober 2014):
Omdat de normverlaging bij bepaalde functies mogelijk de adequate vervulling van vacatures zou kunnen beperken, is het gewenst het systeem van de WNT nader aan te passen. In het huidige artikel 2.5 is voor een zeer beperkte categorie rechtspersonen voorzien in de mogelijkheid van een uitzondering voor bepaalde functies. Er is behoefte op basis van bijzondere arbeidsmarktomstandigheden te kunnen besluiten om voor een bepaalde functie bij

specifieke rechtspersonen of instellingen een uitzondering te maken. In deze nota van wijziging is de huidige beperking van artikel 2.5 tot privaatrechtelijke (fulltime) zelfstandige bestuursorganen geschrapt, waardoor deze bepaling voorziet in de mogelijkheid om bij ministeriële regeling ook voor andere onder paragraaf 2 van de wet vallende rechtspersonen en instellingen, in een beperkt aantal gevallen een uitzondering toe te staan op de toepassing van de 100%-norm. Deze functionele uitzondering mag echter de huidige 130%-norm niet te boven gaan. Artikel 2.5. doet niet af aan de mogelijkheid om in een individueel geval op grond van artikel 2.4 – evenals thans reeds mogelijk is – een bezoldiging boven het wettelijke bezoldigingsmaximum toe te staan (pagina 2).

openbaarmakingsverplichting

[**70**] De openbaarmakingsverplichting is relevant voor het zwaarste, middelste en lichtste bezoldigingsregime. Artikel 4.1 gaat over openbaarmaking van de gegevens van (gewezen) topfunctionarissen en artikel 4.2 gaat over de openbaarmaking van gegevens van anderen dan topfunctionarissen van wie de bezoldiging het bezoldigingsmaximum overschrijdt:

openbaarmaking gegevens over topfunctionarissen
artikel 4.1 WNT
1. De verantwoordelijke vermeldt in het financieel verslaggevingsdocument van iedere topfunctionaris en iedere gewezen topfunctionaris de volgende gegevens:
a. de naam;
b. de beloning;
c. de belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen;
d. de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn;
e. de functie of functies;
f. de duur en omvang van het dienstverband in het boekjaar.
2. In geval de functie wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, vermeldt de verantwoordelijke in afwijking van het eerste lid van iedere topfunctionaris en iedere gewezen topfunctionaris:
a. de naam;
b. de bezoldiging;
c. de functie of functies;
d. de duur en omvang van de functievervulling in het boekjaar.
3. De verantwoordelijke vermeldt in het financieel verslaggevingsdocument van iedere topfunctionaris en iedere gewezen topfunctionaris de in het boekjaar verrichte uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband, alsmede de naam en functie of functies die tijdens het dienstverband zijn bekleed en het jaar waarin het dienstverband is geëindigd.
4. Indien de bezoldiging van een topfunctionaris of een gewezen topfunctionaris meer bedraagt dan de voor de instelling bij of krachtens deze wet be-

paalde maximale bezoldiging of het totaal van de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband van een topfunctionaris of een gewezen topfunctionaris meer bedraagt of zal bedragen dan het bedrag, bedoeld in artikel 2.10, eerste lid, of artikel 3.7, eerste lid, motiveert de verantwoordelijke deze overschrijding in het financieel verslaggevingsdocument.
5. De verantwoordelijke zendt langs elektronische weg uiterlijk op 1 juli van het jaar volgend op het boekjaar, de gegevens bedoeld in het eerste tot en met vierde lid aan Onze Minister, tenzij Onze Minister wie het aangaat de mogelijkheid tot elektronische verstrekking heeft opengesteld.

openbaarmaking gegevens over anderen dan topfunctionarissen
artikel 4.2 WNT
1. De verantwoordelijke vermeldt in het financieel verslaggevingsdocument van eenieder in dienstbetrekking van wie de bezoldiging niet reeds op grond van artikel 4.1 in het financieel verslaggevingdocument is opgenomen en van wie de bezoldiging van zijn functie of functies de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, eerste lid, te boven is gegaan, de volgende gegevens:
a. de beloning;
b. de belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen;
c. de voorzieningen ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn;
d. de functie of functies;
e. de duur en omvang van het dienstverband in het boekjaar.
2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing in geval van een dienstbetrekking van een kleinere omvang dan het bij de verantwoordelijke gebruikelijke voltijds dienstverband, en waarbij de bezoldiging meer bedraagt dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, vermenigvuldigd met het aantal uren waarop de dienstbetrekking betrekking heeft en gedeeld door het aantal uren van een voltijds dienstverband.
3. De verantwoordelijke vermeldt in het financieel verslaggevingsdocument de in het boekjaar verrichte uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband, alsmede de functie of functies die tijdens het dienstverband zijn bekleed en het jaar waarin het dienstverband is geëindigd van eenieder in dienstbetrekking van wie de bezoldiging niet reeds op grond van artikel 4.1 in het financieel verslaggevingdocument is opgenomen en
a. wiens gegevens in enig voorafgaand jaar op grond van het eerste lid of op grond van artikel 6, eerste lid, van de Wet openbaarmaking uit publieke middelen gefinancierde topinkomens, zoals dat artikel luidde voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit artikel, in het financieel verslaggevingsdocument zijn opgenomen of hadden moeten worden opgenomen, of
b. van wie het totaal van de uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband meer bedraagt of zal bedragen dan de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3, dat gold in het jaar waarin het dienstverband is geëindigd, indien van toepassing herrekend overeenkomstig het tweede lid.

4. Indien het boekjaar niet overeenkomt met een kalenderjaar, betreft de vermelding, bedoeld in het eerste lid, de bezoldiging, de functie of functies die betrekking hebben op het kalenderjaar direct voorafgaande aan het boekjaar.
5. In de gevallen, bedoeld in het eerste of het derde lid, onderdeel b, motiveert de verantwoordelijke in het financieel verslaggevingsdocument de overschrijding van de maximale bezoldiging, bedoeld in artikel 2.3.
6. De verantwoordelijke vermeldt in het financieel verslaggevingsdocument tevens van hen van wie de bezoldiging, de functie of functies en de duur van het dienstverband vermeld wordt, deze gegevens over het kalenderjaar voorafgaand aan het jaar waarop de verplichting in het eerste en tweede lid betrekking heeft.
7. De verantwoordelijke zendt langs elektronische weg uiterlijk op 1 juli van het jaar volgend op het boekjaar, de gegevens bedoeld in het eerste, derde, vijfde en zesde lid aan Onze Minister, tenzij Onze Minister wie het aangaat de mogelijkheid tot elektronische verstrekking heeft opengesteld.

De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over artikel 4.2 WNT:

Kamerstukken I, vergaderjaar 2013–2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, E, memorie van antwoord (24 april 2014):
Gezien de onevenredig hoge kosten en uitvoeringslasten van het boven tafel krijgen van de bezoldigingen (omgerekend naar kalenderjaar boven het wettelijk bezoldigingsmaximum) van alle interim-functionarissen, niet zijnde topfunctionarissen, en het feit dat het hier geen normering betreft, maar uitsluitend een openbaarmakingsverplichting, heb ik gekozen voor de gedragslijn dat door de WNT-instellingen niet volledig aan deze verplichting tot openbaarmaking kan en behoeft te worden voldaan. Inmiddels heb ik de Beleidsregels toepassing WNT ook hierop aangescherpt. Op grond van de gewijzigde beleidsregels zal geen toezicht op de naleving worden uitgeoefend ten aanzien van de verplichting om in het financieel verslag de bezoldiging van deze categorie interim-functionarissen te vermelden en zal evenmin handhavend worden opgetreden bij niet-naleving van deze verplichting. De accountants hoeven op dit onderdeel van de financiële verslagen ook geen controle uit te voeren (niet op volledigheid en niet op juistheid). Deze beleidsregel geldt voor het verslagjaar 2013 en voorts tot het tijdstip dat de wetgever een voorziening heeft getroffen. Zoals ik ook in mijn brief over dit onderwerp heb aangegeven, zal ik wetgeving voorbereiden die er toe strekt om deze verplichting aan te passen dan wel geheel of gedeeltelijk te schrappen (pagina 7, voetnoot weggelaten).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 27, brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (8 november 2011):

[ik wijs] erop dat het wetsvoorstel zich beperkt tot topfunctionarissen en dat tv-presentatoren en medisch specialisten geen topfunctionarissen in de zin van het wetsvoorstel zijn. Vooralsnog is het aan de vakminister om voor dergelijke categorieën maatregelen te treffen, mocht hiertoe aanleiding bestaan. Wel is het zo dat de gegevens over dergelijke functies openbaar zijn als de bezoldiging meer bedraagt dan het bezoldigingsmaximum en de betrokkenen een dienstverband hebben in de zin van artikel 1.1, onderdeel d, van het wetsvoorstel. Dat betekent dat onder deze wet bij een tv-presentator die zich via zijn BV laat inhuren, de omroep de aan die BV betaalde vergoeding openbaar moet maken als die meer bedraagt dan het bezoldigingsmaximum […]. Ik zeg graag toe dat de gegevens die met de openbaarmaking bekend worden, bij de evaluatie van de wet zullen worden betrokken (pagina 3).

drie bepalingen in paragraaf 1 van de WNT

[**71**] Artikel 1.6 WNT bepaalt dat overeenkomsten die in strijd zijn met de bepalingen in de WNT ertoe leiden dat betalingen onverschuldigd zijn betaald en dat sommige afspraken nietig zijn, artikel 1.7 WNT bepaalt dat gegevens die op grond van de WNT moeten worden opgenomen in het financieel verslaggevingsdocument worden onderworpen aan het oordeel van een accountant, en artikel 1.8 WNT regelt dat veiligheidsmaatregelen buiten het bereik van de door de WNT geregelde loonbestanddelen vallen.

onverschuldigde betaling en nietige afspraken
artikel 1.6 WNT
1. Voor zover partijen een hogere bezoldiging overeenkomen dan bij of krachtens deze wet is toegestaan, bedraagt de bezoldiging van rechtswege het bedrag dat ten hoogste is toegestaan. Betalingen die dat bedrag overschrijden, zijn onverschuldigd betaald.
2. Voor zover partijen een hogere uitkering wegens beëindiging van het dienstverband overeenkomen dan bij of krachtens deze wet is toegestaan, bedraagt de uitkering van rechtswege het bedrag dat ten hoogste is toegestaan. Betalingen die dat bedrag overschrijden, zijn onverschuldigd betaald, tenzij de betaling voortvloeit uit een rechterlijke uitspraak.
3. Voor zover partijen een winstdeling, bonus of andere vorm van variabele beloning overeenkomen, is deze overeenkomst nietig, tenzij die overeenkomst betrekking heeft op uitzonderingen krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 2.11 of artikel 3.8. De betaling van een winstdeling, bonus of andere vorm van variabele beloning is nietig, tenzij die betaling betrekking heeft op bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaalde uitzonderingen.
4. Ieder beding tussen partijen houdende kwijtschelding van een onverschuldigde betaling of een schenking die met de onverschuldigde betaling wordt verrekend, is nietig.

Artikel 1.6 WNT vindt zijn oorsprong in het al genoemde amendement Heijnen over het verbod van variabele beloning:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2011–2012, 32 600, WNT, nr 40, derde nader gewijzigd amendement van het lid Heijnen ter vervanging van dat gedrukt onder nr 34 (ontvangen 5 december 2011):
De ondergetekende stelt het volgende amendement voor:
I
In artikel 1.6 wordt na het derde lid een lid ingevoegd, luidende: 3a. Voor zover partijen een winstdeling, bonus of andere vorm van variabele beloning overeenkomen, is deze overeenkomst nietig, tenzij die overeenkomst betrekking heeft op uitzonderingen krachtens de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 2.8a of artikel 3.5a. De betaling van een winstdeling, bonus of andere vorm van variabele beloning is nietig, tenzij die betaling betrekking heeft op bij of krachtens algemene maatregel van bestuur bepaalde uitzonderingen.
[…]

rol accountant
artikel 1.7 WNT
1. Voor zover zulks niet reeds uit een ander wettelijk voorschrift voortvloeit, worden de op grond van deze wet in het financieel verslaggevingsdocument op te nemen gegevens onderworpen aan het oordeel van een accountant als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek.
2. In het financieel verslaggevingsdocument worden onverschuldigde betalingen als bedoeld in artikel 1.6 opgenomen als vorderingen op de betrokken topfunctionaris of de betrokken gewezen topfunctionaris, en, in de gevallen, bedoeld in de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, tevens de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de topfunctionaris ter beschikking stelt en altijd afzonderlijk vermeld in de toelichting.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over artikel 1.7 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
De accountant speelt een belangrijke rol bij de handhaving van onderhavig voorstel van wet. Geregeld wordt dat een registeraccountant of Accountant-Administratieconsulent als bedoeld in artikel 393, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bij zijn werkzaamheden tevens een oordeel vormt over de naleving van deze wet. In de meeste gevallen zal de verantwoordelijke de financiële verslaggeving reeds voorleggen aan het oordeel van een registeraccountant of Accountant-Administratieconsulent. Voor het geval een wettelijke verplichting daartoe niet reeds op grond van een andere wet bestaat, is ter aanvulling een dergelijke verplichting opgenomen in het eerste

lid. In het tweede lid wordt voorgeschreven dat alle onverschuldigde betalingen in het financieel verslaggevingsdocument en in de toelichting moeten worden verantwoord. Daarmee kan de accountant nagaan of de post bezoldiging juist is vastgesteld en of de verantwoordelijke bij een onverschuldigde betaling de consequenties hiervan heeft ingezien en de noodzakelijke maatregelen heeft genomen. De verantwoordelijke kan de onverschuldigde betaling verrekenen met de bezoldiging over toekomstige tijdvakken, maar als die verrekening niet in het boekjaar heeft plaatsgevonden, zullen de onverschuldigde betalingen als vorderingen in het financieel verslaggevingsdocument moeten worden opgenomen. De bepaling dat de onverschuldigde betalingen in de toelichting moeten worden verantwoord, is opgenomen zodat buiten twijfel staat dat geen beroep kan worden gedaan op artikel 383 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, waar is bepaald dat posten van geringe omvang niet in de toelichting hoeven te worden verantwoord (pagina 42).

uitzondering voor veiligheidsmaatregelen
artikel 1.8 WNT
Ten aanzien van personen over wie Onze Minister zulks besluit, wordt tot de bezoldiging in de zin van deze wet niet gerekend de loonbestanddelen die betrekking hebben op getroffen veiligheidsmaatregelen.

De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over artikel 1.6 WNT:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Op grond van deze bepaling worden belastbare vergoedingen in verband met getroffen veiligheidsmaatregelen bij de openbaarmaking van de bezoldiging van aangewezen personen niet tot de bezoldiging gerekend[135]. Zoals reeds is aangegeven in de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wopt, zal de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties slechts beperkt gebruik maken van de bevoegdheid personen aan te wijzen, bijvoorbeeld in geval de getroffen veiligheidsmaatregelen voortvloeien uit een beslissing op grond van het Stelsel bewaken en beveiligen. Een verantwoordelijke hoeft in beginsel geen aanvraag in te dienen, omdat de NCTb beschikt over de gegevens betreffende de uitvoering van het stelsel. Nu de betreffende vergoeding niet tot de bezoldiging wordt gerekend, hoeft deze niet op grond van de artikelen 4.1 en 4.2 openbaar gemaakt te worden (pagina 43, voetnoten weggelaten).

[135] Voetnoot in origineel: ‘In geval het bij de veiligheidsvoorziening gaat om een beveiligde auto, behoeft de waarde van de auto niet gesplitst te worden in de waarde van de beveiliging en de waarde van een niet beveiligde auto in dezelfde klasse, maar blijft de gehele beveiligde auto voor de bezoldiging buiten beschouwing’.

C. DE WNT-BEGRIPPEN

inleiding

[**72**] In de WNT worden verschillende begrippen gebruikt. Artikel 1.1 WNT bevat vijftien begrippen die worden gedefinieerd: verantwoordelijke, topfunctionaris, partijen, dienstverband, bezoldiging, beloning, dienstbetrekking, beloningen betaalbaar op termijn, uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband, financieel verslaggevingsdocument, betaling, boekjaar, gelieerde rechtspersoon, Onze Minister, Onze minister wie het aangaat:

artikel 1.1 WNT
In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:
a. *verantwoordelijke:*
1°. Onze Ministers, bedoeld in de artikelen 12 en 51 van de Comptabiliteitswet 2001;
2°. gedeputeerde staten van de provincies;
3°. de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten;
4°. de dagelijkse besturen van de waterschappen;
5°. de dagelijkse besturen van de bedrijfslichamen in de zin van de Wet op de bedrijfsorganisatie en de dagelijkse besturen van de overige openbare lichamen voor beroep en bedrijf;
6°. de organen van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen f, g en h, die eindverantwoordelijk zijn voor de binnen de rechtspersoon betaalde bezoldiging of bij of krachtens de wet belast zijn met het vaststellen van een financieel verslaggevingsdocument, en
7°. de organen van een rechtspersoon of het bevoegd gezag van een instelling als bedoeld in artikel 1.3, artikel 1.4 of artikel 1.5, die eindverantwoordelijk zijn voor de binnen de rechtspersoon of organisatie betaalde bezoldiging of bij of krachtens de wet belast zijn met het vaststellen van een financieel verslaggevingsdocument;
b. *topfunctionaris:*
1°. de secretarissen-generaal, de directeuren-generaal, de inspecteurs-generaal en de overige leden van de topmanagementgroep bij het Rijk, de vice-admiraals, de generaals, de luitenant-admiraals en de luitenant-generaals, degene of degenen die zijn belast met de dagelijkse leiding van de in artikel 1, onderdelen e tot en met h, van de Comptabiliteitswet 2001 genoemde organen, alsmede de leden van een zelfstandig bestuursorgaan zonder rechtspersoonlijkheid en de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten aan dat orgaan en degene of degenen die zijn belast met de dagelijkse leiding van dat orgaan;
2°. de secretarissen bij de provincies, de gemeenten en de waterschappen en de griffiers bij de provincies en de gemeenten;
3°. de voorzitters en secretarissen van de openbare lichamen voor beroep en bedrijf, de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste onder-

geschikten aan het bestuur en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding van het gehele openbaar lichaam;

oorspronkelijke tekst: 3°. de voorzitters en secretarissen van de openbare lichamen voor beroep en bedrijf, de hoogste onderschikte of de leden van de groep hoogste onderschikten aan het bestuur en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding;

4°. de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen f, g en h, alsmede de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten aan dat orgaan en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding van de gehele rechtspersoon;

oorspronkelijke tekst: 4°. de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen f, g en h, alsmede de hoogste onderschikte of de leden van de groep hoogste onderschikten aan dat orgaan en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding;

5°. de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.3, artikel 1.4 of artikel 1.5, alsmede de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten aan dat orgaan en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding van de gehele rechtspersoon of de gehele instelling;

oorspronkelijke tekst: 5°. de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen van een rechtspersoon of instelling als bedoeld in artikel 1.3, artikel 1.4 of artikel 1.5, alsmede de hoogste onderschikte of de leden van de groep hoogste onderschikten aan dat orgaan en degene of degenen belast met de dagelijkse leiding;

c. *partijen:* de rechtspersoon waartoe de verantwoordelijke behoort en de topfunctionaris die een bezoldiging zijn overeengekomen als tegenprestatie voor de uitvoering van de aan de topfunctionaris opgedragen taken en, in de gevallen, bedoeld in de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, tevens de natuurlijke of rechtspersoon die de topfunctionaris ter beschikking stelt;

oorspronkelijke tekst: c. *partijen:* de door de verantwoordelijke vertegenwoordigde rechtspersoon en de topfunctionaris die een bezoldiging zijn overeengekomen als tegenprestatie voor de uitvoering van de aan de topfunctionaris opgedragen taken en, in de gevallen, bedoeld in de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, tevens de natuurlijke of rechtspersoon die de topfunctionaris ter beschikking stelt;

d. *dienstverband:* aanstelling, arbeidsovereenkomst of andere titel op grond waarvan de topfunctionaris tegen betaling zijn opgedragen taken vervult;
e. *bezoldiging:* de som van de beloning, de belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn, met uitzondering van de omzetbelasting, dan wel, indien een functie wordt vervuld anders dan op grond van een dienstbetrekking, de som van de vergoedingen voor het vervullen van de functie, met uitzondering van de vergoedingen die bij een functievervulling op grond van een dienstbetrekking onbelast zouden zijn, en met uitzondering van de omzetbelasting;

oorspronkelijke tekst: e. *bezoldiging:* de som van de beloning, de sociale verzekeringspremies, de belastbare vaste en variabele vergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn;

f. *beloning:* de som van de periodiek betaalde beloningen en de winstdelingen en bonusbetalingen, met uitzondering van belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen en met uitzondering van door werkgevers wettelijk of krachtens een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst verschuldigde niet op de beloning ingehouden sociale verzekeringspremies;

oorspronkelijke tekst: f. *beloning:* de som van de periodiek betaalde beloningen en de winstdelingen en bonusbetalingen, met uitzondering van de sociale verzekeringspremies en met uitzondering van belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen;

g. *dienstbetrekking:* dienstbetrekking of fictieve dienstbetrekking in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964;

oorspronkelijke tekst: g. *sociale verzekeringspremies:* door werkgevers wettelijk of krachtens een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst verschuldigde niet op de beloning ingehouden sociale verzekeringspremies;

h. *beloningen betaalbaar op termijn:* het werkgeversdeel van de beloningen betaalbaar op termijn met uitzondering van het werkgeversdeel van de beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van het dienstverband;
i. *uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband:* de som van uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op de beëindiging van het dienstverband, met uitzondering van uitkeringen die voortvloeien uit een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst of een wettelijk voorschrift;
j. *financieel verslaggevingsdocument:* jaarverslag als bedoeld in artikel 51 van de Comptabiliteitswet 2001, jaarrekening als bedoeld in artikel 201 van

de Provinciewet, jaarrekening als bedoeld in artikel 197 van de Gemeentewet of jaarrekening in de zin van Boek 2, titel 9, van het Burgerlijk Wetboek dan wel, indien deze artikelen niet van toepassing zijn, een ander bij of krachtens de wet voorgeschreven document dat jaarlijks wordt opgesteld tot verschaffing van inzicht in de financiële positie van een rechtspersoon of een organisatie van een rechtspersoon;
k. *betaling:* ten laste van de rechtspersoon waartoe de verantwoordelijke behoort verrichte betaling wegens bezoldiging of uitkering wegens beëindiging van het dienstverband

oorspronkelijke tekst: k. *betaling:* ten laste van de door de verantwoordelijke vertegenwoordigde rechtspersoon verrichte betaling wegens bezoldiging of uitkering wegens beëindiging van het dienstverband

1°. aan de topfunctionaris of,
2°. in de gevallen, bedoeld in de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, aan de natuurlijke of rechtspersoon die de topfunctionaris ter beschikking stelt, of
3°. ten behoeve van de topfunctionaris aan derden;
l. *boekjaar:* het jaar waarop het financieel verslaggevingsdocument betrekking heeft;
m. *gelieerde rechtspersoon:* andere dan krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon,
1°. die door een in de bijlage bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d of e, of artikel 1.4, eerste lid, opgenomen rechtspersoon is opgericht of mede is opgericht, of
2°. waarin een orgaan of functionaris van een in de bijlage bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d of e, of artikel 1.4, eerste lid, opgenomen rechtspersoon namens de rechtspersoon een of meer leden in het bestuur benoemt of op andere wijze invloed heeft op het beheer of beleid;
n. *Onze Minister:* Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
n. *Onze minister wie het aangaat:*
1°. ten aanzien van de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.2, eerste lid: Onze minister, dan wel, ten aanzien van de zelfstandige bestuursorganen zonder rechtspersoonlijkheid, de openbare lichamen, bedoeld in artikel 1.2, eerste lid, onderdelen e en f, onderscheidenlijk de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.2, eerste lid, onderdeel h, Onze minister op wiens beleidsterrein het zelfstandig bestuursorgaan, het openbaar lichaam, het andere lichaam of de rechtspersoon werkzaam is, of, ten aanzien van een openbaar lichaam ingesteld op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen: Onze minister;
2°. ten aanzien van de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel a: Onze minister op wiens beleidsterrein het betreffende orgaan werkzaam is;

3°. ten aanzien van de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel b: Onze minister die het orgaan, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel b, is dat een of meer leden van het bestuur van de rechtspersoon benoemt of op andere wijze invloed heeft op het beheer of beleid van de rechtspersoon, dan wel, indien het orgaan geen minister is, Onze minister;
4°. ten aanzien van de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel c: Onze minister, dan wel, indien de rechtspersoon ten laste van de begroting van een van Onze andere ministers een of meer subsidies ontvangt van ten minste € 500.000, Onze andere minister die de hoogste subsidie verstrekt;
5°. ten aanzien van de rechtspersonen en instellingen, bedoeld in de artikelen 1.3, eerste lid, onderdeel d, 1.4, eerste lid en artikel 1.5, eerste lid: Onze minister die belast is met de leiding van het in de bijlage aangegeven ministerie;
6°. ten aanzien van de rechtspersonen, bedoeld in artikel 1.3, eerste lid, onderdeel e: Onze minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.

het onderdeel 'n. *Onze minister wie het aangaat:* […]' is ingevoegd door de Aanpassingswet WNT.

verantwoordelijke

[**73**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip verantwoordelijke:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Deze definitie bepaalt tot wie onderhavige wet zich primair richt. Voor wat betreft de departementen zijn dat de ministers, omdat die verantwoordelijk zijn voor zowel het bezoldigingsbeleid als het opstellen en vaststellen van de financiële verslaggeving. […] Bij de provincies, gemeenten, waterschappen en publieke bedrijfsorganisaties zijn dat de dagelijkse besturen van die organisaties. Bij de andere openbare lichamen en de overige rechtspersonen, zowel in de publieke als de private sfeer, is dat het bestuur, onder welke benaming dan ook, dat formeel verantwoordelijk is voor het bezoldigingsbeleid, dan wel voor de vaststelling van de bezoldiging en het opstellen en vaststellen van de financiële verantwoording (pagina 36).

topfunctionaris

[**74**] De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over het begrip topfunctionaris:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013):

Dit wetsvoorstel bevat ter voorkoming van onduidelijkheden in de praktijk een verduidelijking van de definitie van topfunctionaris. Voor wat betreft de Staat (inclusief de zelfstandige bestuursorganen die tot de Staat behoren), provincies, gemeenten en waterschappen biedt de Wnt reeds voldoende duidelijkheid over welke personen als topfunctionaris aangemerkt moeten worden, zie artikel 1.1, onderdeel b, onder 1 en 2.
Dit wetsvoorstel bevat een verduidelijking van de definitie van topfunctionarissen bij de publiekrechtelijke rechtspersonen als bedoeld in artikel 1.2, onderdelen e, f, g en h Wnt (d.w.z. andere publiekrechtelijke rechtspersonen dan de Staat, de provincies, de gemeenten en de waterschappen) en de privaatrechtelijke rechtspersonen of instellingen als bedoeld in artikel 1.3, 1.4. of 1.5. van de Wnt (d.w.z. de gehele semipublieke sector die onder de Wnt valt.)
Zoals uit het huidige artikel 1.1, onderdeel b, Wnt volgt dienen bij deze categorieën rechtspersonen of instellingen als topfunctionaris te worden aangemerkt:
a. de leden van de hoogste uitvoerende en toezichthoudende organen;
b. de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten;
c. degene of degenen belast met de dagelijkse leiding.
Het gaat hierbij om de groep van hoogste leidinggevenden binnen de rechtspersoon of de instelling. Bij b. en c. gaat het uit de aard der zaak om de hoogste ondergeschikte of de leden van de groep hoogste ondergeschikten respectievelijk degene of degenen belast met de dagelijkse leiding van de rechtspersoon of de instelling. Bij c. gaat het daarbij om de dagelijkse leiding van de gehele instelling direct onder het hoogste niveau. Ter voorkoming van onduidelijkheden in de praktijk welke functionarissen tot de categorie topfunctionarissen beschouwd dienen te worden, wordt met dit wetsvoorstel in de wettelijke definitie van topfunctionaris expliciet neergelegd dat het gaat om leidinggeven aan de gehele rechtspersoon of instelling.
In de praktijk kan één topfunctionaris in meerdere categorieën vallen. Zo kunnen de leden van het hoogste uitvoerende orgaan (sub a.), bij een instelling tevens degenen zijn die belast zijn met de dagelijkse leiding (sub c.). Dit is bijvoorbeeld het geval als een Raad van Bestuur tevens als dagelijks bestuur optreedt. Daarnaast kunnen de hoogste ondergeschikten (sub b.) tevens degene of degenen zijn die belast zijn met de dagelijkse leiding (sub c.). Te denken valt hier aan het directieteam of de directeur van een stichting, die direct onder het stichtingsbestuur valt.
Afhankelijk van het organogram, zal bij de ene rechtspersoon of instelling slechts één managementlaag als topfunctionarissen aangemerkt worden, terwijl bij een andere rechtspersoon of instelling meerdere managementlagen als topfunctionarissen aangemerkt worden. Om het voorbeeld van de stichting aan te houden: zowel het stichtingsbestuur als de leden van het directieteam of de directeur van de stichting dienen als topfunctionaris te worden aangemerkt. Indien bij een stichting ook sprake is van een raad van toe-

zicht, zullen ook de leden van deze raad onder de definitie van topfunctionaris vallen. Zo kan ook een vereniging een raad van toezicht, een raad van bestuur en een directieteam hebben, terwijl een vereniging ook uitsluitend een bestuur kan hebben. Per rechtspersoon of instelling zal bezien moeten worden welke functionarissen als topfunctionaris aangemerkt moeten worden.
Als gezegd is alleen sprake van een topfunctionaris als sprake is van leidinggeven aan de *gehele rechtspersoon of instelling*. Het kan zijn dat bijvoorbeeld een vestigings- of locatiedirecteur niettemin als topfunctionaris aangemerkt dient te worden, namelijk in het geval dat de vestigingsdirecteuren samen het managementteam of het dagelijks bestuur uitmaken waarin beslissingen voor de gehele instelling worden genomen. In lijn hiermee zal een directeur Financiën of een directeur P&O van een instelling alleen onder de definitie van topfunctionaris vallen, als deze deel uitmaakt van een centraal management- of directieteam (pagina 10-11).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Onderhavig voorstel van wet richt zich […] tevens tot degenen wier inkomen door onderhavig voorstel van wet wordt genormeerd. […] Het inkomen van deze groep wordt niet alleen openbaargemaakt, de hoogte van het inkomen wordt begrensd. Deze groep betreft de hoogste leidinggevenden binnen organisaties waarop de wet van toepassing is. Voor het Rijk, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie zijn de betreffende functies opgesomd. Bij het Rijk betreft het secretarissen-generaal, directeuren-generaal en inspecteurs-generaal en andere leden van de topmanagementgroep, bedoeld in artikel 7, vierde lid van het Algemeen Rijksambtenarenreglement en de hoogste militaire functies. Ook zijn opgenomen de (ambtelijke) hoogst leidinggevenden van de in artikel 1 van de Comptabiliteitswet 2001 genoemde overige ambtelijke instellingen die tot de Rijksbegroting horen, te weten het Kabinet van de Koning, de Staten-Generaal, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman, de kanselarij der Nederlandse Orden en de Commissie van toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Tevens zijn hier opgenomen de tot de rechtspersoon Staat behorende zelfstandige bestuursorganen zonder eigen rechtspersoonlijkheid. De personen die het zelfstandig bestuursorgaan vormen, alsmede de leiding van de ambtelijke organisatie worden aangemerkt als topfunctionaris. Bij gemeenten en provincies betreft het gemeentesecretarissen en griffiers. Bij zelfstandige bestuursorganen de leden van de colleges of de raden van bestuur als hoogste uitvoerende organen en – voor zover van toepassing – de raden van toezicht als hoogste toezichthoudende organen, alsmede de dagelijkse leiding direct onder het hoogste niveau. Bij privaatrechtelijke rechtspersonen gaat het om de leden van de raad van bestuur, leden van de raad van toezicht of de raad van commissarissen, directeuren en dergelijke. Uit de definitie van topfunctiona-

ris volgt dat de titel van de functionaris er niet toe doet, het gaat om de groep van hoogst leidinggevenden binnen een organisatie (pagina 36-37).

partijen

[**75**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip partijen:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Onder partijen wordt verstaan: degenen die de hoogte van de bezoldiging overeenkomen. Dit zijn de verantwoordelijke en de topfunctionaris. Onder overeenkomen wordt niet alleen bedoeld de bezoldiging als onderdeel van een arbeidsovereenkomst, maar tevens de bezoldiging in geval de topfunctionaris met een aanstellingsbesluit is benoemd. Ook dan vormen elementen van de bezoldiging, zoals inschaling, toeslagen en dergelijke, onderwerp van overleg of onderhandeling. In de artikelen 2.1, vierde lid, en 3.1, vijfde lid, wordt hiervan uitgegaan bij het treffen van een voorziening voor het geval de functie niet wordt uitgeoefend op grond van arbeidsovereenkomst of aanstelling, maar bijvoorbeeld op grond van een inleenovereenkomst met een management-BV. Met het oog hierop is tevens de uitlenende rechtspersoon aangemerkt als partij (pagina 37).

bezoldiging, beloning, beloningen betaalbaar op termijn en uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband

[**76**] De volgende passages uit de parlementaire geschiedenis gaan over de begrippen bezoldiging, beloning, beloningen betaalbaar op termijn en uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband:

allereerst (de vervolgens weergegeven passages moet waar nodig tegen de achtergrond van deze passage worden gelezen):

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013):
b. Door werkgevers verschuldigde sociale verzekeringspremies
Voorts bevat dit wetsvoorstel een verduidelijking van de onderdelen die tot de bezoldiging in de zin van de Wnt worden gerekend. In de Wnt is bij de definitie van bezoldiging en van beloning zo veel mogelijk aangesloten bij artikel 383c van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de uitleg van die begrippen door de Raad voor de Jaarverslaglegging. Een van de posten die een werkgever in zijn jaarrekening als onderdeel van de periodiek betaalde beloningen, en daarmee als onderdeel van de bezoldiging, moet verantwoorden is de post sociale premies. Het betreft dan de verplichte of de vrijwillige

sociale verzekeringspremies die de werkgever afdraagt, maar niet inhoudt op het bruto salaris van de topfunctionaris.
Aangezien de verplichte afdrachten door de werkgever niet kunnen worden beïnvloed, is deze post in het huidige artikel 2.3, eerste lid, als apart onderdeel van de maximale bezoldiging opgenomen, echter niet in de vorm van een bedrag. Door deze wijze van definiëring van het maximum is niet direct duidelijk wat het maximum is. Het maximum kan in ieder geval niet worden bepaald door optelling van de in artikel 2.3 van de Wnt genoemde bedragen. Daar komt bij dat het begrip «sociale verzekeringspremies» uit artikel 2.3 in artikel 1.1 is gedefinieerd. Slechts door de combinatie van artikel 2.3 met artikel 1.1 blijkt dat met sociale verzekeringspremies wordt gedoeld op de door de werkgever verplicht af te dragen premies als die verplichting berust op een wettelijk voorschrift of op een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst.
Gebleken is dat de gekozen opbouw van het huidige artikel 2.3, voortvloeiend uit het uitgangspunt dat aansluiting is gezocht bij de uitleg van die begrippen door de Raad voor de Jaarverslaglegging van artikel 383c van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, leidt tot misverstanden en onduidelijkheden. Deze misverstanden en onduidelijkheden zijn op eenvoudige wijze op te lossen door de hiervoor bedoelde verplichte sociale verzekeringspremies buiten het bezoldigingsbegrip te laten. Nu deze verplicht zijn op grond van een wettelijk voorschrift of berusten op een algemeen verbindend verklaarde cao, kunnen partijen hier geen invloed op uitoefenen. Het maakt dus geen inhoudelijk verschil uit of deze verplichte sociale verzekeringspremies wel of niet onder het bezoldigingsmaximum vallen. Daarom wordt in dit voorstel voorgesteld artikel 2.3, eerste lid, onderdeel a, te laten vervallen en in de definitie van bezoldiging in artikel 1.1 tevens het onderdeel «de sociale verzekeringspremies» te schrappen. Hierdoor wordt de bron van verwarring weggenomen. Zo wordt de wet vereenvoudigd en gemakkelijker te begrijpen, terwijl geen inhoudelijke wijziging in de hoogte van de maximumbezoldiging plaats vindt (pagina 11-12, voetnoot weggelaten).

vervolgens:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013):
Aan de in onderdeel e opgenomen definitie van het begrip «bezoldiging» wordt voorts toegevoegd een omschrijving van dit begrip voor het geval een functie wordt verricht anders dan op grond van een aanstelling of dienstbetrekking. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de situatie dat een zelfstandige zonder personeel wordt ingehuurd, dat een persoon in dienst van een andere onderneming wordt ingehuurd voor de functie, of bijvoorbeeld de situatie dat een persoon in dienst is bij de moedermaatschappij van de Wnt-instelling en daarbij de functie van topfunctionaris bij een dochtermaatschappij vervult. In al deze gevallen dienen de vergoeding en de kosten

tot de bezoldiging te worden gerekend, terwijl de omzetbelasting geen onderdeel van de bezoldiging uitmaakt (pagina 17).

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
8. Definitie bezoldiging

[…] Voor aansluiting bij artikel 383c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek, is gekozen, omdat de begrippen uit dat artikel ruime bekendheid genieten en daarmee gebruik kan worden gemaakt van de ervaring die inmiddels met die begrippen is opgedaan.[136] Zo worden de bezoldigingen van de topfunctionarissen in de zorg al met behulp van de terminologie van artikel 383c, eerste lid, openbaar gemaakt. De Raad voor de Jaarverslaggeving stelt richtlijnen op over de uitleg van artikel 383c. In onderstaande toelichting is van deze uitleg gebruik gemaakt. Aansluiting bij artikel 383c maakt deze wet beter uitvoerbaar voor de accountants die de jaardocumenten moeten controleren. Op advies van de Raad voor de Jaarverslaggeving naar aanleiding van de consultatie is het gebruik van de termen beloning en bezoldiging meer in overeenstemming gebracht met het gebruik van die termen in artikel 383c van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. Als gevolg van deze keuze wordt het woord bezoldiging gebruikt als verzamelbegrip en het woord beloning voor onder meer het bruto salaris. Daarmee wijkt de gebruikte terminologie af van in de publieke sector gebruikelijke terminologie, waar de term bezoldiging juist vaak wordt gebruikt in de betekenis van «bruto salaris». Nu in onderhavig voorstel van wet de financiële verslaglegging zo'n grote rol speelt, acht het kabinet het beter om aansluiting te zoeken bij de in die verslaglegging gebruikelijke terminologie dan bij het spraakgebruik in de publieke sector.
Op grond van artikel 383c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek bestaat de bezoldiging uit vier categorieën:
1. Periodiek betaalde beloningen;
2. Beloningen betaalbaar op termijn;
3. Uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband;
4. Winstdelingen en bonusbetalingen; een en ander voor zover deze bedragen in het boekjaar ten laste van de rechtspersoon zijn gekomen.

8.1 beloning
Voorgesteld wordt echter om op onderdelen af te wijken van de indeling uit genoemd artikel 383c, eerste lid, onder handhaving van de begrippen en de

[136] Vergelijk over de aansluiting tussen het begrip bezoldiging in Boek 2 BW en in de WNT: L. Suurland & A. van Vliet, 'Vermelding bezoldiging in de jaarrekening van semipublieke instellingen', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2014-12, p. 556-573 (565-573).

uitleg die de praktijk aan die begrippen geeft. Deze afwijkingen worden hieronder toegelicht.
In de in artikel 1.1, onderdeel e, voorgestelde definitie van bezoldiging is ten eerste de uitkering bij beëindiging van het dienstverband niet opgenomen. Opnemen van deze uitkering in de definitie van bezoldiging zou meebrengen dat bij een bezoldiging net onder het maximum, er geen ruimte meer zou bestaan voor een eventuele uitkering bij ontslag. Om die reden wordt de hoogte van een dergelijke uitkering apart genormeerd en gedefinieerd.
Uitgaande van artikel 383c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek is de bezoldiging derhalve: de som van de periodiek betaalde beloningen, beloningen betaalbaar op termijn en de winstdelingen en bonussen. In artikel 1.1, onderdelen e en f worden deze begrippen ten behoeve van onderhavig voorstel van wet nader gedefinieerd.
Zo worden in het voorgestelde artikel 1.1, onderdeel f, de periodiek betaalde beloningen en de winstdelingen en bonussen gezamenlijk gedefinieerd als de «beloning». Op deze wijze wordt duidelijk dat bonussen en vergelijkbare vormen van bezoldiging qua normering hetzelfde worden behandeld als het vaste deel van de bezoldiging.
Door de Raad voor de Jaarverslaggeving wordt onder periodiek betaalde beloningen begrepen:
- lonen en salarissen
- doorbetalingen bij ziekte en vakantie
- sociale premies (werkgeversdeel van zowel de verplichte als de vrijwillige sociale lasten)
- vakantiegeld
- vergoedingen in natura
- medische verzorging (als onderdeel van vergoeding in natura)
- terbeschikkingstelling van huisvesting (als onderdeel van vergoeding in natura)
- ter beschikkingstelling van een auto, (mede) voor privégebruik (als onderdeel van vergoeding in natura)
- voordelen uit laagrentende leningen (als onderdeel van vergoeding in natura)
- kostenvergoedingen tenzij deze reële kostenvergoedingen betreffen
- presentiegelden
- loonbelasting (of soortgelijke belasting) indien de rechtspersoon deze draagt die is verschuldigd over de verleende aandelenopties.

Onder winstdelingen en bonusbetalingen wordt door de Raad voor de Jaarverslaggeving begrepen:
- winstdeling of bonusregeling
- tantièmes
- gratificaties
- stock appreciation rights (SAR's) of Phantom Stock Opties
- waarde van de toegekende rechten bij uitoefening (intrinsieke waarde)

- vergoedingen bij indiensttreding.
Deze overzichten zijn niet uitputtend. Zo wordt de eindejaarsuitkering niet genoemd, maar deze dient zonder twijfel tot de periodiek betaalde beloningen te worden gerekend. Ook ingeval de werkgever de loonbelasting voor zijn rekening neemt over andere posten dan die over verleende aandelenopties, bijvoorbeeld voor een vergoeding in natura, vormt dat loon waarover wordt geheven (de zogeheten brutering) en die tot de periodiek betaalde beloningen moet worden gerekend.
[…]
Onkostenvergoedingen die normaliter onbelast zijn […], maken geen deel uit van de periodiek betaalde beloningen. Dat is anders in geval van bijtellingen bij het belastbaar loon voor gebruik van een dienstwoning of een dienstauto. Dergelijke voorzieningen gelden als vergoeding in natura en worden in de financiële verslaggeving gewaardeerd overeenkomstig het toepasselijke fiscale regime, te weten de toepasselijke bijtellingen. Deze voorzieningen worden overeenkomstig de indeling van de Raad voor de Jaarverslaggeving aangemerkt als onderdeel van de periodiek betaalde beloningen. Ook het voordeel dat een topfunctionaris geniet wegens een door zijn werkgever tegen een lage rente of renteloos verstrekte lening, wordt aangemerkt als onderdeel van de periodiek betaalde beloningen.

8.2 beloningen betaalbaar op termijn
De beloningen betaalbaar op termijn worden in artikel 1.1, onderdeel h, afwijkend van het Burgerlijk Wetboek gedefinieerd, in die zin dat buiten twijfel wordt gesteld dat het deel dat wordt verstrekt wegens het beëindigen van een dienstverband niet meetelt bij de bezoldiging, maar bij de uitkering wegens beëindiging van het dienstverband.
Onder beloningen betaalbaar op termijn worden door de Raad voor de Jaarverslaggeving begrepen:
- in de winst- en verliesrekening opgenomen pensioenlasten
- langdurig verlof/sabbaticals
- jubileumuitkeringen
- arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (of aanvullingen daarop)
- betaling bij arbeidsongeschiktheid
- beloning in verband met een regeling voor vervroegde uitkering, zoals VUT en prepensioen
- het recht op aanvulling van een sociale uitkering.
Voor zover een werknemer aan beloningen betaalbaar op termijn bijdraagt, is over die bijdrage geen loonbelasting verschuldigd en wordt deze op het belastbaar loon in mindering gebracht. […] Nu in onderhavig voorstel van wet wordt uitgegaan van bruto betalingen, hoeft voor de voorziening ten behoeve van beloningen betaalbaar op termijn slechts rekening te worden gehouden met het werkgeversdeel, omdat anders de werknemersbijdrage twee maal zou worden meegeteld.
[…]

8.3 uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband
In afwijking van artikel 383c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek wordt in artikel 1.1, onderdeel h, gesproken van uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband. Het tijdstip van betaling is niet relevant en […] gekeken wordt naar de som van betalingen die in de loop van jaren zijn uitgekeerd, niet alleen de uitkering op het tijdstip van ontslag.
Onder uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband wordt door de Raad voor de Jaarverslaggeving verstaan:
- afvloeiingsregelingen
- golden parachute regelingen
- kantonrechterformule
- gouden handdrukken
De beloningen betaalbaar op termijn die betrekking hebben op beëindiging van het dienstverband maken onderdeel uit van de uitkeringen wegens beeindiging van het dienstverband.

8.4 conclusie
Voor de vraag wat in onderhavig voorstel van wet onder bezoldiging wordt verstaan, wordt aansluiting gezocht bij artikel 383c, eerste lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek. De vier categorieën van bezoldiging worden verdeeld in enerzijds bezoldiging en anderzijds uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband. De bezoldiging bestaat uit de som van de beloning (in grote lijnen de som van de periodieke beloningen en de winstdelingen en bonusbetalingen), de door werkgevers verschuldigde verzekeringspremies, de belastbare vaste en variabele kosten en de beloningen betaalbaar op termijn (waaronder dus niet is begrepen het deel dat betrekking heeft op het einde van een dienstverband). De bezoldiging wordt in onderhavig voorstel van wet genormeerd in de artikelen 2.1, 2.5, 2.6, 3.1, 3.2 en 3.3. De uitkeringen wegens beëindiging van het dienstverband bestaan uit de uitkeringen bij beëindiging van het dienstverband en de op de beëindiging betrekking hebbende beloningen betaalbaar op termijn. Deze worden genormeerd in de artikelen 2.8 en 3.5 (pagina 23-27, voetnoten weggelaten).

Kamerstukken I, vergaderjaar 2012–2013, 32 600, WNT, H, nota naar aanleiding van het verslag (15 oktober 2012):
De leden van de SP-fractie zijn benieuwd wat er nu precies onder «inkomen» moet worden verstaan en wat hier wel of niet bij moet worden meegeteld. Graag krijgen deze leden hierop een nadere toelichting. Zo bestaat bij de leden van de SP-fractie de indruk dat een auto van de zaak niet wordt meegeteld. Klopt dit, en zo ja, waarom is hiervoor gekozen? In hoeverre worden extra bedongen vrije dagen meegeteld? En welke eventuele toeslagen vallen wel en niet onder het inkomen?
Het wetsvoorstel gebruikt de termen bezoldiging en beloning. Voor de definitie van bezoldiging is aangesloten bij het Burgerlijk Wetboek, zij het met enige nuancering. Onder bezoldiging wordt in dit wetsvoorstel verstaan de

som van de beloning, het verplichte werkgeversdeel van de sociale verzekeringspremies, de belastbare vaste en variabele vergoedingen en de beloningen betaalbaar op termijn (artikel 1.1, onder e). Onder beloning wordt verstaan de som van de periodiek betaalde beloningen en de winstdelingen en bonusbetalingen, met uitzondering van het verplichte werkgeversdeel van de sociale verzekeringspremies en met uitzondering van belastbare vaste en variabele onkostenvergoedingen (artikel 1.1, onder f). In de memorie van toelichting […] is vermeld wat onder periodiek betaalde beloningen wordt verstaan. Uit de daar opgenomen opsomming blijkt dat – indien van toepassing – de auto wordt meegeteld als beloningscomponent. Een ter beschikking gestelde auto wordt beschouwd als beloning in natura, die wordt gewaardeerd overeenkomstig de fiscale bijtelling.
Doorbetalingen tijdens vakantie worden eveneens onder periodiek betaalde beloningen en daarmee onder het begrip «bezoldiging» geschaard. Bij extra bedongen vrije dagen wordt de beloning in principe niet verhoogd. Deze doorbetalingen worden dus wel als beloning aangemerkt, maar er is geen sprake van een verhoging van de beloning.
Periodieke toelagen ten slotte vallen eveneens onder periodiek betaalde beloningen en dus ook onder het begrip bezoldiging. Alleen (onbelaste) onkostenvergoedingen die met declaraties moeten worden verantwoord vallen niet onder het begrip periodiek betaalde beloningen. Variabele of incidentele toelagen zijn echter in beginsel verboden door de bij amendement ingevoegde artikelen 2.11 en 3.8. Uitzondering vormen de in het plenair debat in de Tweede Kamer genoemde eenmalige mobiliteitstoeslag, de eenmalige bindingspremie en de gratificaties bij een ambtsjubileum. Via het thans in voorbereiding zijnde Uitvoeringsbesluit WNT wordt geregeld dat deze worden toegestaan, maar zij vallen wel onder het begrip beloning en dus ook onder het begrip bezoldiging (pagina 8).

dienstbetrekking

[**77**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip dienstbetrekking:
Kamerstukken II, vergaderjaar 2013–2014, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 7, tweede nota van wijziging (8 januari 2014):
in de situatie dat sprake is van een fictieve dienstbetrekking wordt met deze nota van wijziging voorgesteld de reguliere definitie van bezoldiging van toepassing te laten zijn. Dit betekent voor de praktijk dat de afwijkende definitie alleen van toepassing zal zijn in situaties waarbij de vergoeding op basis van een factuur wordt betaald en de betrokkene dus niet op de loonlijst staat. Om de afwijkende definitie alleen in die situatie van toepassing te laten zijn wordt een nieuwe definitie van dienstbetrekking toegevoegd, zijnde een dienstbetrekking of een fictieve dienstbetrekking, waarin de reguliere definitie van toepassing is. Hiermee geldt de reguliere definitie voor de topfunctionarissen die een dienstbetrekking hebben en de topfunctionarissen

die een fictieve dienstbetrekking hebben. De afwijkende definitie geldt als hiervan geen sprake is, dat wil zeggen als betrokkene niet op de loonlijst staat. Daarnaast wordt met deze nota van wijziging de nieuwe en afwijkende definitie van bezoldiging nader aangescherpt.
De nieuwe en afwijkende definitie zoals neergelegd in het wetsvoorstel is bedoeld om duidelijk te maken dat de BTW niet tot de bezoldiging dient te worden gerekend. Daarnaast en aldus wordt rekening gehouden met de specifieke situatie dat geen salaris wordt betaald, maar betalingen worden verricht op basis van een factuur.
Een wijziging ten opzichte van het ingediende wetsvoorstel is als gezegd dat de reguliere definitie van bezoldiging op grond van deze nota van wijziging ook van toepassing is als sprake is van een fictieve dienstbetrekking in de zin van de Wet op de loonbelasting 1964. Dit is bijvoorbeeld het geval als sprake is van interne toezichthouders. Deze commissarissen en leden van raden van toezicht staan niet in een gezagsverhouding tot de leiding van de desbetreffende rechtspersoon. Daarom zijn zij niet op basis van een arbeidsovereenkomst bij de rechtspersoon werkzaam. Wel is voor de Wet op de loonbelasting 1964 de hoofdregel dat de commissaris een zogenoemde «fictieve dienstbetrekking» heeft met de organisatie waar hij interne toezichthouder is. Over de honorering die de commissaris ontvangt, zal de organisatie in de regel dan ook loonbelasting en premies volksverzekeringen moeten inhouden. De commissaris is daarnaast verplicht om ook omzetbelasting te berekenen over de vergoeding. Er is geen aanleiding voor de commissarissen die, alhoewel zij geen arbeidsovereenkomst hebben, niettemin op de loonlijst staan, een afwijkende definitie te hanteren ten opzichte van de topfunctionaris die wel op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is. In deze gevallen moet dezelfde definitie van bezoldiging gehanteerd worden als in de situatie dat een topfunctionaris op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam is.
Er is geen sprake van een fictieve dienstbetrekking als de werkzaamheden worden verricht vanuit een IB-onderneming [van een ‘ondernemer voor de inkomstenbelasting’] of BV en deze organisatie een factuur stuurt voor de dienstverlening of de commissaris zijn beloning afdraagt aan zijn werkgever. Ook bij het inhuren van zogenoemde interim-managers zal sprake zijn van het vervullen van een functie anders dan op grond van een dienstbetrekking of een fictieve dienstbetrekking. (pagina 3-4).

financieel verslaggevingsdocument

[**78**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip financieel verslaggevingsdocument:
Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Een financieel verslaggevingsdocument in de zin van dit voorstel van wet is in beginsel een jaarrekening in het kader van de jaarverslaggeving. De reik-

wijdte van het wetsvoorstel strekt zich echter uit over zowel de publiekrechtelijke als de privaatrechtelijke organisaties. In het privaatrecht geldt voor rechtspersonen een eenduidige regeling voor de jaarverslaggeving die is opgenomen in Boek 2, titel 9, van het Burgerlijk Wetboek. In het publiekrecht geldt voor publiekrechtelijke rechtspersonen veelal een eigen op de organisatie toegespitste jaarverslaggeving. Voor de Staat, de provincies en de gemeenten wordt verwezen naar de van toepassing zijnde bepalingen in de Comptabiliteitswet 2001, de Provinciewet en de Gemeentewet. Voor de overige rechtspersonen geldt de vangnetbepaling. Wegens deze verschillen en eventueel verschillen in de benaming worden deze documenten geschaard onder het begrip «financieel verslaggevingsdocument» (pagina 37-38).

betaling

[**79**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip betaling:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Met deze definitie van betaling wordt buiten twijfel gesteld dat een afdracht van de werkgever aan de Belastingdienst, een pensioenfonds of eventueel een betaling aan een derde in verband met een loonbeslag, gelden als betalingen aan de betrokken topfunctionaris, zodat de topfunctionaris is gehouden de betaling te retourneren als deze onverschuldigd is betaald. De betrokken minister kan daarmee bij de topfunctionaris alle onverschuldigde betalingen opeisen, ook als de betaling heeft plaatsgevonden aan de Belastingdienst of een derde. Het is aan de topfunctionaris om in de sfeer van de inkomstenbelasting de over de onverschuldigde betaling betaalde belasting terug te krijgen. Tevens wordt als betaling aangemerkt de betaling van de vergoeding aan een management-BV of andere rechtspersoon, in geval het dienstverband door de topfunctionaris wordt uitgeoefend op grond van een inleenovereenkomst of op basis van een andere titel (pagina 38).

gelieerde rechtspersoon

[**80**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip gelieerde rechtspersoon:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2010–2011, 32 600, WNT, nr 3, memorie van toelichting (14 januari 2011):
Met deze term worden de «dochterondernemingen» van instellingen uit de semipublieke sector aangeduid. De vergelijkbare rechtspersonen uit de publieke sector worden, met uitzondering van de staatsdeelnemingen, met artikel 1.3, eerste lid, onderdeel b, onder het regime van het bezoldigingsmaxi-

mum gebracht. Voor de semipublieke sector geldt een genuanceerder regime. Per gelieerde instelling dient te worden afgewogen of voor deze rechtspersoon de normen uit onderhavig voorstel van wet van toepassing dienen te zijn. Als dat zo is, kunnen deze rechtspersonen worden toegevoegd aan de bijlage bij artikel 1.3 of artikel 1.4. Wel wordt in de artikelen 2.1 en 3.1 bepaald dat de bezoldiging van de topfunctionaris bij de semipublieke instelling die tevens in dienst is bij de gelieerde rechtspersoon, in die twee functies samen niet meer mag verdienen dan de voor de semipublieke instelling geldende norm. Niet onder de definitie van gelieerde rechtspersoon vallen de zogenoemde management-BV's, waarmee topfunctionarissen zich soms laten inhuren. Dit wordt tot uitdrukking gebracht met de zinsnede «namens de rechtspersoon», waarmee wordt bedoeld dat de invloed door de functionaris wordt uitgeoefend in zijn kwaliteit als functionaris van de rechtspersoon en niet bijvoorbeeld als zelfstandig houder van aandelen van de rechtspersoon waarop de invloed wordt uitgeoefend (pagina 38).

Onze minister wie het aangaat

[**81**] De volgende passage uit de parlementaire geschiedenis gaat over het begrip Onze minister wie het aangaat:

Kamerstukken II, vergaderjaar 2012–2013, 33 715, Aanpassingswet WNT, nr 3, memorie van toelichting (30 augustus 2013):
Het is gewenst dat buiten twijfel is welke Minister bevoegd is tot toezicht en handhaving ten aanzien van een bepaalde instelling. In dit wetsvoorstel is daarom expliciet bepaald welke Minister bevoegd is tot handhaving. Daarbij wordt de volgende lijn gehanteerd:
- Alle Ministeries en hoge colleges van staat: de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
- de decentrale overheden (provincies, gemeenten en waterschappen): de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
- de openbare lichamen op grond van de Wet gemeenschappelijke regelingen: de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
- de openbare lichamen voor beroep en bedrijf: de vakminister
- de zelfstandige bestuursorganen (met en zonder eigen rechtspersoonlijkheid): de vakminister op welk terrein het orgaan werkzaam is;
- stichtingen of verenigingen waarbij een Minister een of meer bestuursleden benoemt of invloed heeft op het beheer of beleid: die Minister;
- stichtingen of verenigingen waarbij een ander publiekrechtelijk orgaan dan een Minister (bijv. een provincie of gemeente) een of meer bestuursleden benoemt of invloed heeft op het beheer of beleid: de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties;
- de semipublieke sector: de vakminister (NB. Op de bijlagen van de Wnt is vermeld welke instelling onder welke Minister valt.);
- de onderwijskoepels: de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap;

- gesubsidieerde instellingen die niet op de bijlagen bij de Wnt staan:
a. indien een subsidie is ontvangen van ten minste € 500.000,– ten laste van de begroting van een vakminister: die vakminister;
b. indien ten laste van de begroting van meerdere vakministers een subsidie is ontvangen van ten minste € 500.000: de vakminister die de hoogte subsidie verstrekt;
c. indien dat niet het geval is (bijv. bij een subsidie van een gemeente van ten minste € 500.000 of in geval van een combinatie van een subsidie van een gemeente en een Ministerie die samen meer dan € 500.000 is); de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (13).

D. RECHTSPRAAK OVER DE WET NORMERING TOPINKOMENS

case study no. 2: voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 11 januari 2013: *NVZD*

De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft beslist dat de WNT niet in strijd is met artikel 1 van het (eerste) protocol bij het EVRM dat het ongestoorde genot van eigendom beschermt tegen ontneming.

[**82**] NVZD, vereniging van bestuurders in de zorg, heeft een vordering in kort geding ingesteld tegen de Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties). Zij vroeg de voorzieningenrechter 'de Staat te bevelen om de WNT per 1 januari 2013 buiten toepassing te laten voor zover de maximale bezoldigingsnorm zoals daarin opgenomen ziet op de in artikel 5 van de Wet Toelating Zorginstellingen bedoelde zorginstellingen, waaronder begrepen academische ziekenhuizen'. Naar haar mening was sprake van een onrechtmatige daad van de Staat omdat zorginstellingen niet behoren tot de publieke of semipublieke sector en daarom niet onder (het zwaarste regime van) de WNT behoorden te vallen, de WNT in strijd was met artikel 1 van het (Eerste) Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden dat het ongestoorde genot van eigendom beschermt tegen ontneming, en toepassing van de WNT in strijd was met het verbod van discriminatie dat is neergelegd in artikel 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden omdat zorginstellingen onder het zwaarste regime van de WNT waren gebracht terwijl zorgverzekeraars onder het middelste regime werden gereguleerd. De voorzieningenrechter heeft de vordering van NVZD afgewezen.[137] De voorzieningenrechter deelde geen van de argumenten die NVZD naar voren bracht:

[137] Voorzieningenrechter rechtbank Den Haag 11 januari 2013, *JAR* 2013/49 (NVZD, vereniging van bestuurders in de zorg *tegen* de Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)).

[zorginstellingen behoren niet tot de publieke of semipublieke sector:] Die stelling wordt gepasseerd. Vaststaat immers dat zorginstellingen zijn belast met een zekere publieke functie. In hoeverre een instelling als meer publiek of meer privaat dient te worden beschouwd, is afhankelijk van de weging van verschillende factoren. Die weging is in beginsel voorbehouden aan de wetgever en kan in deze kortgedingprocedure slechts marginaal worden getoetst. Enkel in geval van evidente onredelijke keuzes van de wetgever is plaats voor ingrijpen. Daar is in onderhavig geschil geen sprake van, aangezien de Staat de keuze voor regulering onder het eerste regime voldoende heeft gemotiveerd. De Staat heeft daarbij verwezen naar de omstandigheden dat zorginstellingen het publieke belang dienen en afhankelijk zijn van publieke middelen voor hun bekostiging (rechtsoverweging 3.4),

[de WNT is in strijd met artikel 1 van het (Eerste) Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden:] Voor de vraag of sprake is van een schending van artikel 1 EP is in de eerste plaats van belang of de aanspraak op salaris een eigendom is als bedoeld in dat artikel. Die vraag wordt bevestigend beantwoord. Blijkens vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen immers beschouwd als eigendom in de zin van artikel 1 EP, mits dat recht of belang met voldoende zekerheid vaststaat. Nu aan de salariëring arbeidsovereenkomsten of aanstellingsbesluiten ten grondslag liggen, is aan genoemd vereiste voldaan. Nu niet in geschil is dat, ten minste enkele, bestuurders in de zorg op grond van hun arbeidsovereenkomst of aanstellingsbesluit thans recht hebben op een beloning die boven de Balkenendenorm uitstijgt en de WNT bewerkstelligt dat een deel van die beloning wordt ontnomen, is voorts sprake van een inmenging in het eigendomsrecht. De voorzieningenrechter is evenwel met de Staat van oordeel dat ten aanzien van bestuurders waarvoor er thans nog geen aanspraak bestaat op een bezoldiging boven de Balkenendenorm geen sprake is van eigendom dat op grond van artikel 1 EP wordt beschermd. Het is immers constante jurisprudentie dat de enkele hoop op of verwachting van toekomstig inkomen niet voldoende is voor de toepasselijkheid van artikel 1 EP […]. […] Vervolgens dient te worden beoordeeld of de inmenging in het eigendomsrecht gerechtvaardigd is. Daarvoor is van belang of de inmenging i) bij wet is voorzien, ii) een gerechtvaardigd algemeen belang dient en iii) proportioneel is (rechtsoverweging 3.6-3.7, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten),

de voorzieningenrechter was van oordeel dat:
- ‘de maximering van topinkomens bij formele wet, namelijk de WNT, is voorzien’,

- ‘het gerechtvaardigd algemeen belang hier voldoende aanwezig, nu de Staat heeft aangevoerd met de WNT te beogen de beloningen van de bestuurders in de zorg tot een maatschappelijk aanvaardbaar niveau te reduceren’, en:
- ‘bezoldigingen die de Balkenendenorm overstijgen in de algemene maatschappelijke opvatting als excessief worden beschouwd. Het beperken van excessieve beloningen bij zorginstellingen, het beoogde doel, kan dan ook enkel worden bereikt door handhaving van die norm zoals voorgeschreven in het eerste regime van de WNT. Daarbij komt dat toepassing van het eerste regime van de WNT de invoering van gedifferentieerde normen daarnaast onverlet laat’.

> [toepassing van de WNT is in strijd is met het verbod van discriminatie dat is neergelegd in artikel 14 van het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden:] De essentie van het gelijkheidsbeginsel is dat de Staat bij het treffen of uitvoeren van wettelijke regelingen of voorzieningen gelijke gevallen niet ongelijk mag behandelen zonder dat daar een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor bestaat. De Staat heeft aangevoerd dat zorgverzekeraars, anders dan zorginstellingen, niet onder het eerste regime van de WNT worden gereguleerd omdat zij – in tegenstelling tot zorginstellingen – opereren op een markt waar serieuze concurrentie bestaat over het marktaandeel en aanvullende verzekeringen aanbieden die buiten het semipublieke domein vallen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de Staat hiermee voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zorginstellingen en zorgverzekeraars niet als gelijke gevallen dienen te worden beschouwd, zodat schending van het gelijkheidsbeginsel niet kan worden aangenomen (rechtsoverweging 3.12).

case study no. 3: rechtbank Den Haag 30 oktober 2013: *Nederlandse Vereniging Bestuurders Woning Corporaties* en *Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties*

De rechtbank Den Haag heeft de toenmalige Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen toegelaten instellingen volkshuisvesting buiten toepassing verklaard wegens strijd met artikel 1 van het (eerste) protocol bij het EVRM dat het ongestoorde genot van eigendom beschermt tegen ontneming.

[**83**] Artikel 2.7 WNT geeft voor het zwaarste bezoldigingsregime de betrokken minister de mogelijkheid om een categorie organisaties uit bijlage 1 (bij artikel 1.3 lid 1 onder d WNT) in te delen in verschillende klassen ‘op grond van criteria die betrekking hebben op onder meer de omvang van de rechtspersonen of instellingen’. De betrokken minister kan dan voor die verschillende klassen bepalen dat zij een lagere bezoldiging moeten hanteren

dan het normale bezoldigingsmaximum (of een lagere bezoldiging moeten hanteren dan toch al op grond van artikel 2.6 WNT verlaagde bezoldigingsmaximum). De betrokken minister stelt dan 'plafonds per klasse' vast. Op basis van dit artikel heeft de minister voor Wonen en Rijksdienst op 26 november 2012 de *Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen toegelaten instellingen volkshuisvesting* vastgesteld.[138] Deze regeling bepaalde dat de maximale bezoldiging van topfunctionarissen van woningcorporaties (aangeduid als '*toegelaten instelling:* krachtens artikel 70, eerste lid, van de Woningwet toegelaten rechtspersoon') afhankelijk was van het aantal wooneenheden dat een woningcorporatie 'in eigendom of in beheer had'. Dit leverde de volgende acht klassen en bezoldigingsmaxima op (artikel 2 lid 1 van de Regeling):

aantal wooneenheden	maximale bezoldiging (in euro)
tot en met 1000	60.000
van 1001 tot en met 2500	70.000
van 2501 tot en met 5000	85.000
van 5001 tot en met 10.000	105.000
van 10.001 tot en met 25.000	130.000
van 25.001 tot en met 50.000	165.000
van 50.001 tot en met 75.000	195.000
meer dan 75.000	bezoldigingsmaximum volgens art. 2.3 van de wet

De toelichting bij de regeling merkte op: 'Bij het vaststellen van de onderkant van de schaalindeling van de regeling zijn mede de schaalniveaus voor het management in de CAO Woondiensten in beschouwing genomen. Vanwege het aanzienlijke aantal kleine woningcorporaties is daarbij in de regeling overigens niet het hoogste schaalniveau uit de CAO-tabellen als uitgangspunt genomen. Een nadere overweging hierbij is dat de WNT bepaalt dat bij de vaststelling van de bedragen ook rekening moet worden gehouden met de maatschappelijke opvatting over de hoogte daarvan. In dit verband is relevant dat juist het in de praktijk vaak ontbreken van een relatie tussen

[138] Regeling van de Minister voor Wonen en Rijksdienst van 26 november 2012, nr 2012 – 0000684395, houdende vaststelling van de indeling van de toegelaten instellingen volkshuisvesting in klassen met daarbij toepasselijke bezoldigingsmaxima ten aanzien van hun topfunctionarissen (Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen toegelaten instellingen volkshuisvesting), *Stcrt.* 2012/24918.

omvang van de woningcorporatie en beloning tot veel kritiek leidt', en: 'Het wettelijke normbedrag voor de maximale bezoldiging bestaat uit drie genormeerde bedragen voor respectievelijk beloning, pensioen en onkosten. […]. Aangezien de drie genormeerde bedragen mogen werken als communicerende vaten – d.w.z. bij een overschrijding van het totaal door bijvoorbeeld een hogere pensioenbijdrage moet de beloning of onkostenvergoeding omlaag – zijn de normbedragen in de regeling niet opgesplitst in deelbedragen. Het gaat erom dat het totaalbedrag niet wordt overschreden. Een zodanige uitwerking biedt ruimte aan de sector voor continuering van de nu toegepaste pensioenafspraken'.

Zowel de Nederlandse Vereniging Bestuurders Woning Corporaties (en elf bestuurders van woningcorporaties en vier woningcorporaties) als de Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties (en zeventien commissarissen van woningcorporaties en negentien woningcorporaties) hebben een vordering ingesteld tegen de Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) waarin zij de rechter vroegen de regeling onverbindend te verklaren (of buiten werking te stellen of geen effect te doen sorteren). In haar (goeddeels gelijkluidende) uitspraken van 30 oktober 2013 heeft de rechtbank Den Haag de regeling buiten toepassing verklaard omdat zij de regeling als 'onrechtmatig' beoordeelde.[139] Daarbij heeft de rechtbank de verschillende bezwaren die de eisers aanvoerden tegen zowel de WNT als regeling besproken.

Wat betreft de WNT waren de eisers van mening dat deze wet in strijd was met artikel 1 van het (Eerste) Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden dat het ongestoorde genot van eigendom beschermt tegen ontneming. De rechtbank overwoog hierover eerst 'dat uitsluitend de (toekomstige) bezoldiging van zittende bestuurders (topfunctionarissen waarbij voorafgaand aan 1 januari 2013 sprake is van een dienstverband en een overeengekomen bezoldiging in de zin van de WNT) valt onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP', en dat 'geen sprake is van een situatie waarin topfunctionarissen het genot van hun eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP definitief en volledig wordt ontnomen', zodat 'naar het oordeel van de rechtbank sprake [is] van de regulering

[139] Rechtbank Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465, *JAR* 2013/296 (Nederlandse Vereniging Bestuurders Woning Corporaties, elf bestuurders van woningcorporaties en vijf woningcorporaties *tegen* de Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)) en ECLI:NL:RBDHA:2013:14466 (Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties, zeventien commissarissen van woningcorporaties en negentien woningcorporaties *tegen* de Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)).

van eigendom, althans van een inbreuk op het ongestoord genot van dit eigendomsrecht'. Vervolgens overwoog de rechtbank:

> Vervolgens dient te worden beoordeeld of de inmenging, c.q. inbreuk gerechtvaardigd is aan de hand van de zogenoemde 'lawfulness'-toets (is de inbreuk rechtmatig, dat wil zeggen bij wet voorzien?), de 'general-interest'-toets (heeft de inbreuk een legitieme doelstelling in het algemeen belang?) en de 'fair-balance'-toets (bestaat een redelijk evenwicht tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu?). Daarbij verdient opmerking dat volgens vaste jurisprudentie van het EHRM aan lidstaten een 'wide margin of appreciation' toekomt om in het algemeen belang beperkingen te stellen aan eigendomsrechten (rechtsoverweging 4.11/4.12):
>
> [de 'lawfulness'-toets:] De rechtbank stelt voorop dat de 'lawfulness'-toets inhoudt dat de inbreuk een basis moet hebben in het nationale recht en bovendien dat de wet op grond waarvan inbreuk wordt gemaakt toegankelijk, precies en voorzienbaar is […]. NVBW c.s. stellen dat de WNT de betreffende toets niet kan doorstaan. Anders dan NVBW c.s. stellen, leidt noch de omstandigheid dat het wetsvoorstel wat betreft het overgangsrecht in een relatief laat stadium is geamendeerd, noch de omstandigheid dat de WNT iets meer dan een maand na publicatie in het Staatsblad in werking is getreden, tot de conclusie dat de inhoud ervan voor [de eisers] onvoldoende bekend of voorzienbaar is geweest. Wijzigingen in een wetsvoorstel totdat een voorstel is aanvaard, zijn inherent aan het wetgevingsproces. Deze doen op zichzelf geen afbreuk aan de ('lawfulness' van de) wet zoals deze uiteindelijk tot stand is gekomen. Verder hebben [de eisers] reeds vanaf 6 december 2011 (de datum van aanvaarding van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer) rekening kunnen houden met het overgangsrecht zoals dat met ingang van 1 januari 2013 is komen te gelden. […] Voorts hebben [de eisers] naar het oordeel van de rechtbank in voldoende mate uit de WNT kunnen afleiden welk gedrag van hen zou worden verlangd. In dit verband merkt de rechtbank op dat het voorzienbaarheidsvereiste in artikel 1 EP tot doel heeft te beschermen tegen een willekeurige inmenging van de Staat in de eigendom […]. Naar het oordeel van de rechtbank is geen sprake van een situatie waarin de voorschriften van de WNT, in het bijzonder de overgangsrechtelijke bepalingen, de vereiste duidelijkheid en precisie ontberen die noodzakelijk zijn om [de eisers] te beschermen tegen een dergelijke willekeurige inmenging. Duidelijk is welke consequenties de WNT heeft (rechtsoverweging 4.12-4.13/4.13-4.14. nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten),

> [de ‘general-interest’-toets:] De WNT voldoet naar het oordeel van de rechtbank aan de ‘general-interest’-toets dat de getroffen maatregel in het algemeen belang noodzakelijk moet zijn. Dit gelet op de ruime beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten om te bepalen of sprake is van een algemeen belang dat om ingrijpen vraagt, in het bijzonder bij maatregelen op sociaal en economisch terrein, de doelstellingen van de WNT en de overwegingen van de wetgever die blijkens het vorenstaande aan invoering van de WNT ten grondslag hebben gelegen. Niet is gebleken dat de beoordeling van de wetgever ten aanzien van de noodzaak van de WNT in het algemeen belang, in de bewoordingen van het EHRM, ‘manifestly without reasonable foundation’ is (rechtsoverweging 4.24/4.25),

en:

> [de ‘fair-balance’-toets:] De rechtbank is voorts van oordeel dat de WNT ook voldoet aan de ‘fair-balance’-toets, inhoudend dat een redelijk evenwicht moet bestaan tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu. De rechtbank merkt in dit verband allereerst op dat de nationale autoriteiten ook hier een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij de keuze voor een bepaalde maatregel waarmee het algemeen belang wordt behartigd en bij beoordeling of de nadelige gevolgen van de betreffende maatregel proportioneel zijn in verhouding tot het met die maatregel te dienen doel […]. Gelet hierop bestrijden [de eisers] vergeefs de keuzes van de wetgever om woningcorporaties te rekenen tot de semi-publieke sector en hen in te delen in het eerste regime van de WNT. Hoezeer ook zelfregulerende maatregelen van de sector zelf […] vruchten hebben afgeworpen, deze hebben de wetgever er niet van kunnen overtuigen dat zij voldoende waarborgen bieden om de doelstellingen van de WNT te realiseren. Die zelfregulerende maatregelen zijn overigens steeds mede uitdrukkelijk onderwerp van debat geweest in het wetgevingsproces. Gegeven de positie van de rechtbank als nationale rechter ten opzichte van het bestuur is het niet aan de rechtbank om dit debat ‘over te doen’, noch anderszins te beoordelen of andere keuzes mogelijk, wenselijk of beter zouden zijn geweest (rechtsoverweging 5.25/4.26).

Wat betreft de regeling waren de eisers van mening dat deze in strijd was met algemene beginselen van behoorlijk bestuur en artikel 1 van het (Eerste) Protocol bij het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. De rechtbank honoreerde dit standpunt:

> 4.39/4.40 De algemene beginselen van behoorlijk bestuur brengen onder meer mee dat de Regeling moet voldoen aan het zogenoemde ma-

teriële zorgvuldigheidsbeginsel, hetgeen betekent dat de Regeling voortvloeiende lasten niet zwaarder mogen zijn dan strikt noodzakelijk (het beginsel van de minste pijn), dat de gevolgen van de Regeling zich proportioneel dienen te verhouden tot de met de WNT en de Regeling te dienen doelen (het evenredigheidsbeginsel) en dat de Regeling niet tot een onevenredig zware last voor sommige getroffenen ten opzichte van anderen mag leiden (égalité devant les charges publiques/gelijkheidsbeginsel). […]
4.40/4/41 […]
4.41/4.42 […]
4.42/4.43 De keuze voor een klassenindeling uitsluitend op basis van het aantal woongelegenheden onder verwijzing naar de beoogde eenduidige toepassing, handhaafbaarheid en controleerbaarheid van de Regeling, laat zich naar het oordeel van de rechtbank niet, althans niet zonder nadere afweging en onderbouwing verenigen met het karakter, de inhoud en omvang van de werkzaamheden van woningcorporaties en de verschillen tussen woningcorporaties onderling. Dit temeer nu met de WNT en de Regeling vergaand wordt ingegrepen in de contractsvrijheid van partijen. […]
4.43/4.44 […]
4.44/4.45 […]
4.45/4.46 De keuze voor de vastgestelde normbedragen per klasse op basis van de CAO Woondiensten, althans voor de onderkant van de schaalindeling, laat zich, mede in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen, voorts niet, althans niet zonder nadere feitelijke onderbouwing, die ontbreekt, verenigen met de in artikel 2.9 lid 2 WNT vermelde criteria. In het bijzonder is niet gebleken dat en waarom de gekozen normbedragen per klasse gerechtvaardigd te achten zijn gelet op de bezoldiging in relevante andere sectoren van de arbeidsmarkt en gelet op de verhouding met de bezoldigingen van het overige personeel binnen woningcorporaties (het interne loongebouw).

HOOFDSTUK 7
AANSPRAKELIJKHEID VAN BESTUURDERS EN COMMISSARISSEN

A. AANSPRAKELIJKHEID: ALGEMEEN KADER EN ENKELE BEGRIPPEN

algemeen kader

[**84**] Het leerstuk van aansprakelijkheid in het rechtspersonenrecht komt – algemeen geformuleerd – neer op de volgende vraag: wie kunnen (als eiser in een procedure) anderen aansprakelijk stellen en wie kunnen (als gedaagde in een procedure) aansprakelijk worden gesteld *op grond van schending van ondernemingsrechtelijk relevante normen*? Als het gaat om aansprakelijkheid van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en van commissarissen bestaan binnen het leerstuk van de aansprakelijkheid in het ondernemingsrecht vijf standaardvormen. De eerste twee standaardvormen zijn:

- een rechtspersoon stelt een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk vanwege schade die de rechtspersoon heeft geleden als gevolg van de wijze waarop de bestuurder of commissaris haar taak heeft vervuld. De grondslag van deze vordering kan onder meer artikel 2:9 BW zijn, en:
- de curator in het faillissement van een rechtspersoon stelt een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk voor het boedeltekort/faillissementstekort omdat de wijze waarop het bestuur of de raad van commissarissen zijn taak heeft vervuld een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement van de rechtspersoon. De grondslag van deze vordering kan onder meer artikel 2:138/248 BW zijn.

De volgende twee standaardvormen zijn:

- een buitenstaander/derde-partij (met name een schuldeiser van een rechtspersoon) stelt een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk vanwege schade die de rechtspersoon de buitenstaander/derde-partij heeft berokkend, bijvoorbeeld in de vorm van niet-nakoming door de rechtspersoon van een overeenkomst. De grondslag van deze vordering is met name het algemene artikel 6:162 BW over het plegen van een onrechtmatige daad, en:
- een buitenstaander/derde-partij stelt iemand die betrokken is bij de rechtspersoon (in casu een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris) aansprakelijk vanwege schade die de buitenstaander/derde-partij heeft geleden door toedoen van de betrokkene (de bestuurder of commissa-

ris) omdat die betrokkene tegenover de buitenstaander/derde-partij heeft gehandeld in strijd met een op haar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting. De grondslag van deze vordering is ook hier met name het algemene artikel 6:162 BW over het plegen van een onrechtmatige daad.

De laatste standaardvorm is:

- een aandeelhouder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap stelt iemand (in casu een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris) aansprakelijk vanwege waardevermindering van haar aandelen: dit is een vordering wegens zogenoemde *afgeleide schade* of *verdampingsschade*.[140] De grondslag van deze vordering is ook hier met name het algemene artikel 6:162 BW over het plegen van een onrechtmatige daad.

Het leerstuk van aansprakelijkheid in het rechtspersonenrecht is ingewikkelder dan de verdeling in deze vier standaardvormen doet vermoeden. Dit komt door een aantal complicerende factoren:

De *eerste complicerende factor* is de vraag hoe de aansprakelijkheidsdrempels bij de vier standaardvormen van aansprakelijkheid in het ondernemingsrecht zich tot elkaar verhouden. Wanneer de rechtspersoon een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk stelt (de eerste standaardvorm) geeft artikel 2:9 lid 2 BW aan dat een bestuurder of commissaris aansprakelijk is 'terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen *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' (cursivering toegevoegd). Wanneer de curator in het faillissement van een rechtspersoon een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk stelt (de tweede standaardvorm) bepaalt artikel 2:138 lid 1/248 lid 1 BW: 'In geval van faillissement van de [naamloze vennootschap/vennootschap] is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak *kennelijk onbehoorlijk* heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement' (cursivering toegevoegd). Hierover overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 8 juni 2001 (Panmo) in reactie op een cassatiemiddel dat aanvoerde 'dat het Hof een te strenge maatstaf heeft aangelegd door te oordelen dat als vereiste voor het aannemen van kennelijk onbehoorlijk bestuur

[140] Vergelijk rechtbank Utrecht 15 februari 2012, *JOR* 2012/243 (H.C. Kortekaas en zes anderen *tegen* M.R.J.M.G. Lippens, G.G.H. Mittler, J.P.F.C. Votron en Ageas NV, voorheen Fortis NV).

geldt dat de betrokken bestuurder roekeloos en onbezonnen heeft gehandeld':[141]

> Van onbehoorlijk bestuur in de zin van […] de art. 2:138 en 248 BW kan slechts worden gesproken *als geen redelijk denkend bestuurder – onder dezelfde omstandigheden – aldus gehandeld zou hebben* […]. Naar blijkt uit hetgeen het Hof […] heeft vooropgesteld – waarbij het Hof met de zin 'Er moet sprake geweest zijn van roekeloos, lichtzinnig, onbezonnen en onverantwoordelijk gedrag' kennelijk heeft aangeknoopt bij een uitlating van de toenmalige minister van justitie in de Tweede Kamer […] – en de wijze waarop het Hof zijn oordeel dat geen sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, heeft gemotiveerd, heeft het Hof zulks niet miskend. […] [Het] blijkt dat het Hof duidelijk gebleken opzet om crediteuren te benadelen en een even duidelijke bedoeling om de eigen vennootschap ten koste van de crediteuren te bevoordelen, niet heeft aangemerkt als vereisten waaraan voldaan moet zijn om te kunnen oordelen dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar slechts heeft aangemerkt als één van de concrete omstandigheden waaruit kan volgen dat sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Zulks getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting (rechtsoverweging 3.7-3.8, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten, cursivering toegevoegd).

Wanneer een buitenstaander/derde-partij (met name een schuldeiser van de rechtspersoon) een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk stelt vanwege schade die de rechtspersoon de buitenstaander/derde-partij heeft berokkend (de derde standaardvorm) volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad onder meer dat een bestuurder aansprakelijk is als haar 'een *voldoende ernstig verwijt* kan worden gemaakt' (cursivering toegevoegd)[142]. Wanneer een buitenstaander/derde-partij iemand die betrokken is bij de rechtspersoon (in casu een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris) aansprakelijk stelt vanwege schade die de buitenstaander/derde-partij heeft geleden door toedoen van de betrokkene (de bestuurder of commissaris) omdat die betrokkene tegenover de buitenstaander/derde-partij heeft gehandeld in strijd met een op haar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting (de vierde standaardvorm) volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad: 'Voor […] aansprakelijkheid van een bestuurder – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan losstaande *zorgvuldigheidsnorm* – gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is

[141] HR 8 juni 2001, *JOR* 2001/171 (P.G. Gilhuis in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Panmo Produktie BV *tegen* B. Hamelinck).

[142] HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (de Ontvanger van de Belastingdienst Oost te Almelo *tegen* F. Roelofsen).

dan *niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt*' (cursivering toegevoegd).[143] Over het geval waarin een aandeelhouder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap iemand (in casu een uitvoerend of een niet uitvoerend bestuurder of een commissaris aansprakelijk) stelt vanwege waardevermindering van haar aandelen (*afgeleide schade* of *verdampingsschade*, de vijfde standaardvorm) overwoog de Hoge Raad: 'Het vermogen van een vennootschap is afgescheiden van dat van zijn aandeelhouders. Indien aan een vennootschap door een derde vermogensschade wordt toegebracht door het niet behoorlijk nakomen van contractuele verplichtingen jegens de vennootschap of door gedragingen die tegenover de vennootschap onrechtmatig zijn, heeft alleen de vennootschap het recht uit dien hoofde van de derde vergoeding van deze aan haar toegebrachte schade te vorderen', en: 'Het Hof is dan ook terecht ervan uitgegaan dat Poot als eisende partij diende te stellen welke *specifieke zorgvuldigheidsnorm* door het ABP jegens Poot in privé in acht had moeten worden genomen, en dat hij niet kon volstaan met het stellen van wanprestatie of onzorgvuldig handelen van het ABP jegens het concern' (cursivering toegevoegd).[144]

De *tweede complicerende factor* bij aansprakelijkheid van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en van commissarissen is dat een onderscheid wordt gemaakt tussen *interne aansprakelijkheid* en *externe aansprakelijkheid*:

Interne aansprakelijkheid van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en van commissarissen is aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris tegenover de rechtspersoon waarvan zij bestuurder of commissaris is vanwege de wijze waarop de bestuurder of commissaris haar taak heeft vervuld (de eerste standaardvorm). Het is de rechtspersoon die de bestuurder of commissaris aansprakelijk stelt omdat zij door de wijze waarop de bestuurder of commissaris haar taak heeft vervuld schade heeft geleden. De rechtspersoon kan deze aansprakelijkheid op verschillende gronden baseren. Aansprakelijkheidsgronden zijn:
- vooral artikel 2:9 BW: aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon wegens onbehoorlijke taakvervulling door een bestuurder of commissaris, maar ook:
- artikel 6:162 BW: aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon wegens het plegen van een onrechtmatige daad door een bestuurder of commissaris, en:

[143] HR 23 november 2012, *JOR* 2013/40 (G.E. van de Riet *tegen* A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom).
[144] HR 2 december 1994, *NJ* 1995/288 (A.F. Poot *tegen* het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds).

- artikel 6:74: aansprakelijkheid tegenover de rechtspersoon wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tussen de bestuurder of de commissaris en de rechtspersoon in het kader waarvan de bestuurder of commissaris haar functie uitoefent (kortweg wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tussen de rechtspersoon en de bestuurder of commissaris).

Externe aansprakelijkheid op grond van artikel 2:138/248 BW van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en van commissarissen is aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris van een rechtspersoon in het geval de rechtspersoon in staat van faillissement is verklaard 'voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan' (dat wil zeggen voor het boedeltekort/faillissementstekort), 'indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement' (de tweede standaardvorm). Dit is aansprakelijkheid 'jegens de boedel' waarop de in het faillissement benoemde curator een beroep doet.

Externe aansprakelijkheid van uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders en van commissarissen is ook aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris tegenover een ander dan de rechtspersoon waarvan zij bestuurder of commissaris is (tegenover een buitenstaander/derde-partij) omdat de rechtspersoon de buitenstaander/derde-partij schade heeft berokkend. De aansprakelijkheidsgrond waarop de buitenstaander/derde-partij deze aansprakelijkheid baseert zal in het algemeen artikel 6:162 BW zijn: aansprakelijkheid tegen over de buitenstaander/derde-partij wegens het plegen van een onrechtmatige daad door de bestuurder of commissaris.

De vierde standaardvorm (een buitenstaander/derde-partij stelt iemand die betrokken is bij de rechtspersoon (in casu een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris) aansprakelijk vanwege schade die de buitenstaander/derde-partij heeft geleden door toedoen van de betrokkene (de bestuurder of commissaris) omdat die betrokkene tegenover de buitenstaander/derde-partij heeft gehandeld in strijd met een op haar persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting) en de vijfde standaarvorm (een aandeelhouder van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap stelt iemand (in casu een uitvoerend of niet uitvoerend bestuurder of een commissaris) aansprakelijk vanwege waardevermindering van haar aandelen: een vordering wegens zogenoemde *afgeleide schade* of *verdampingsschade*) staan buiten de indeling in interne en externe aansprakelijkheid. Dit komt omdat het hier niet gaat om aansprakelijkheid van een bestuurder of commissaris als zodanig, maar om aansprakelijkheid die op iedereen kan rusten, dus onder omstandigheden ook op iemand die bestuurder of commissaris is.

De grondslag van deze vorderingen zal in het algemeen artikel 6:162 BW zijn.

enkele begrippen

decharge (in Boek 2 BW: kwijting)

[**85**] Decharge (in Boek 2 BW: kwijting) van een bestuurder of een commissaris is vrijstelling van een bestuurder of commissaris van de mogelijkheid dat de rechtspersoon de bestuurder of commissaris aansprakelijk stelt vanwege de wijze waarop zij haar taak heeft vervuld. De Hoge Raad heeft zich in een paar uitspraken uitgelaten over de reikwijdte van een verleende decharge. In zijn uitspraak van 20 oktober 1989 (Ellem Beheer) overwoog de Hoge Raad:[145]

> Vooropgesteld moet worden dat […] de decharge op 25 mei 1983 aan De Bruin is verleend, toen de algemene vergadering van aandeelhouders uitsluitend bestond uit hemzelf en zijn echtgenote. Nu ook voor wat betreft zijn echtgenote het tegendeel niet is aangevoerd, dient uitgangspunt te zijn dat ten tijde van de decharge beide aandeelhouders met de in deze zaak aan de orde zijnde handelingen van De Bruin volledig bekend waren. Bij dit uitgangspunt is niet in te zien, waarom de aan De Bruin verleende decharge bloot zou staan aan een door de vennootschap in te roepen nietigheid […] of waarom De Bruin zich jegens de vennootschap niet te goeder trouw op deze decharge zou kunnen beroepen, ook al zou De Bruin door voormelde handelingen aan de vennootschap, opzettelijk of onzorgvuldig, nadeel hebben toegebracht. Daarbij verdient aantekening dat het in deze zaak niet gaat om het geval dat schade is geleden door derden, doch uitsluitend om de vraag of de decharge kan worden tegengeworpen aan een vordering van de vennootschap zelf tot schadevergoeding terzake van het door De Bruin gevoerde beheer (rechtsoverweging 3.3).

En in zijn uitspraak van 10 januari 1997 (Van de Ven) overwoog de Hoge Raad:[146]

> [Het cassatiemiddel] strekt ten betoge dat het Hof […] van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan door te miskennen dat *een uit de vaststelling van de jaarrekening voortvloeiende décharge* zich, althans in beginsel, ook uitstrekt tot hetgeen de aandeelhouders redelijkerwijze konden weten dan wel tot hetgeen waarop zij, mede gelet op de hun

[145] HR 20 oktober 1989, *NJ* 1990/308 (Ellem Beheer BV *tegen* L.M. De Bruin).

[146] HR 10 januari 1997, *JOR* 1997/29 (J.C. Staleman en H.G.A. Richelle *tegen* Van de Ven Automobielbedrijf Venlo BV, Venlease BV en Venrent BV).

> verstrekte informatie, bedacht konden zijn. [Het cassatiemiddel] verwijt het Hof [ook] te hebben miskend dat *een expliciete décharge*, althans in beginsel, zich eveneens uitstrekt tot datgene waarop de aandeelhouders, mede gelet op de hun verstrekte informatie, bedacht konden zijn. [De cassatiemiddelen] zijn tevergeefs voorgesteld, aangezien zij zowel aan een […] uit vaststelling van de jaarstukken voortvloeiende décharge, als aan een door de algemene vergadering van aandeelhouders bij vaststelling van de jaarrekening expliciet verleende décharge, een ruimere werking toekennen dan met de aard van een dergelijk ontslag van aansprakelijkheid overeenstemt. In het bijzonder kan niet worden aanvaard dat een décharge zich ook zou uitstrekken tot informatie waarover een individuele aandeelhouder uit anderen hoofde – buiten het verband van de algemene vergadering van aandeelhouders – de beschikking heeft gekregen, of tot gegevens die niet uit de jaarrekening blijken of niet anderszins aan de algemene vergadering van aandeelhouders zijn bekendgemaakt voordat deze de jaarrekening vaststelde (rechtsoverweging 3.4.1, cursiveringen toegevoegd).

Peeters/Gatzen-vordering

[**86**] De curator in het faillissement van een rechtspersoon kan '– uit hoofde van diens taak de belangen van de gezamenlijke bij het faillissement betrokken schuldeisers te behartigen – een bij benadeling van schuldeisers betrokken derde [aanspreken] tot vergoeding van de door deze crediteuren geleden schade'.[147] Op deze manier kan de curator van een dochtervennootschap in een concern een buitenstaander/derde-partij, bij voorbeeld de moedervennootschap van het concern, op grond van artikel 6:162 BW (proberen) aansprakelijk (te) stellen wanneer zij van mening is dat de handelwijze van die laatste vennootschap tegenover haar dochtervennootschap en tegenover de schuldeisers van de dochtervennootschap ertoe heeft geleid dat de schuldeisers van de dochtervennootschap geen volledige betaling van hun vorderingen op de dochtervennootschap hebben verkregen of niet alle schuldeisers van de dochtervennootschap volledige betaling van hun vorderingen op de dochtervennootschap hebben verkregen, zodat de handelwijze van de moedervennootschap tegenover de onbetaald gebleven schuldeisers onrechtmatig was. De curator 'ontleent' deze bevoegdheid aan het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 inzake C.M.J. Peeters in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van J.E.C. van Rooy *tegen*

[147] Formulering uit HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628 (M., notaris, te D. *tegen* 1. H.P.P.M. Gerritse, 2. P. de Boorder, 3. J.J.M. Kaulingfreks, 4. T. van Wettum en 5. C. van Zadelhoff, allen in hun hoedanigheid van curatoren (sub 1 en 2) dan wel ex-curatoren (sub 3, 4 en 5) in het faillissement van de Tilburgsche Hypotheekbank NV).

M.C.M. Gatzen.[148] Een dergelijke vordering van een curator wordt daarom ook wel een Peeters/Gatzen-vordering genoemd. In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat 'dat een faillissementscurator ook bevoegd is voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en dat in zo een geval onder omstandigheden ook plaats kan zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW [nu: artikel 6:162 BW] tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is, ook al kwam een dergelijke vordering uiteraard niet aan de gefailleerde zelf toe'.[149]

[148] HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (C.M.J. Peeters in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van J.E.C. van Rooy *tegen* M.C.M. Gatzen).

[149] Degene tegen wie de vordering wordt ingesteld door de curator 'kan […] niet worden aangemerkt als schuldenares van de gefailleerde' en kan daarom tegenover de curator geen beroep doen op verrekening. Met toevoegingen in:
HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (Nimox NV *tegen* A. van den End in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Auditrade BV): 'Zoals is aangenomen in HR 14 jan. 1983, C.M.J. Peeters in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van J.E.C. van Rooy *tegen* M.C.M. Gatzeneen faillissementscurator ook bevoegd voor de belangen van schuldeisers op te komen bij benadeling van schuldeisers door de gefailleerde en kan in zo een geval ook plaats zijn voor het geldend maken door de curator van een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van art. 1401 BW [nu: art. 6:162 BW] tegen een derde die bij de benadeling van schuldeisers betrokken is. Er is geen grond om hierop een uitzondering te maken voor het in het [cassatiemiddel] veronderstelde geval dat de vorderingen die ten tijde van de benadelingshandeling reeds bestonden voor het faillissement zijn voldaan zodat de benadeling in feite alleen de schuldeisers raakt wier vorderingen pas na die handeling zijn ontstaan',
HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628 (M., notaris, te D. *tegen* H.P.P.M. Gerritse, P. de Boorder, J.J.M. Kaulingfreks, T. van Wettum en C. van Zadelhoff, allen in hun hoedanigheid van curatoren (sub 1 en 2) dan wel ex-curatoren (sub 3, 4 en 5) in het faillissement van de Tilburgsche Hypotheekbank NV). 'Evenmin kan worden aanvaard dat wanneer de curator een dergelijke vordering instelt, plaats zou zijn voor een onderzoek omtrent de individuele positie van elk der betrokken schuldeisers: vooreerst gaat het hier om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade en voorts wettigt het collectieve belang dat is betrokken bij de hier besproken bevoegdheid van de curator om op te treden tegen bij benadeling van de gezamenlijke crediteuren betrokken derden, te aanvaarden dat de derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem wellicht tegenover bepaalde individuele schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan'.

B. AANSPRAKELIJKSTELLING: DE EERSTE STANDAARDVORM

analyse van artikel 2:9 BW

[**87**] Sinds 1 januari 2013 luidt artikel 2:9 BW over de taakvervulling van bestuurders en over hun verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid als volgt:[150]

1. Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Tot de taak van de bestuurder behoren alle bestuurstaken die niet bij of krachtens de wet of de statuten aan een of meer andere bestuurders zijn toebedeeld.
2. Elke bestuurder draagt verantwoordelijkheid voor de algemene gang van zaken. Hij is voor het geheel aansprakelijk terzake van onbehoorlijk bestuur, tenzij hem mede gelet op de aan anderen toebedeelde taken geen 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.

Voorheen bestond artikel 2:9 BW uit één lid dat luidde:

Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak. Indien het een aangelegenheid betreft die tot de werkkring van twee of meer bestuurders behoort, is ieder van hen voor het geheel aansprakelijk terzake van een tekortkoming, tenzij deze niet aan hem is te wijten en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

Verschillen tussen artikel 2:9 (oud) BW en artikel 2:9 BW zijn dat het begrip werkkring is vervangen door de aanduiding taakverdeling, en dat in lid 2 van artikel 2:9 BW wordt gesproken van een ernstig verwijt.

Lid 1 bepaalt dat elke bestuurder verplicht is haar taak behoorlijk te vervullen: tot haar taak behoren alle bestuurstaken met uitzondering van bestuurstaken die bij of krachtens de wet of de statuten aan juist andere bestuurders zijn toebedeeld. Lid 2 sluit hierbij aan door in *de eerste zin* te bepalen dat elke bestuurder verantwoordelijk is voor de algemene gang van zaken (dat zal zijn: voor alle bestuurstaken), en in *de tweede zin* te bepalen dat elke bestuurder bij onbehoorlijke taakvervulling ook 'voor het geheel' (dat zal zijn: voor alle bestuurstaken) aansprakelijk is, maar dat bij het bepalen van de aansprakelijkheid rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat bestuurstaken juist aan andere bestuurders kunnen zijn toebedeeld. De eerste zin formuleert het uitgangspunt van collectieve verantwoordelijkheid

[150] De bespreking van art. 2:9 BW is gebaseerd op: C. de Groot, 'Enkele opmerkingen bij de "Wet bestuur en toezicht"', *Onderneming en Financiering* 2013-1, p. 5-22.

(collectief bestuur (en bij commissarissen collectief commissariaat)), en de tweede zin vertaalt deze collectieve verantwoordelijkheid naar individuele hoofdelijke aansprakelijkheid. Daarnaast geeft dit de tweede zin van lid 2 nog drie dingen aan:
- een bestuurder is niet aansprakelijk voor onbehoorlijke taakvervulling als aan haar geen ernstig verwijt kan worden gemaakt,
- bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt moet mede rekening worden gehouden met de aan andere bestuurders toebedeelde taken, en:
- een bestuurder is niet aansprakelijk als zij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Bij de beantwoording van de vraag of een bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt moet mede rekening worden gehouden met de aan andere bestuurders toebedeelde taken. Tegen de achtergrond van de opbouw van het nieuwe artikel 2:9 BW kan dit als volgt worden gelezen: een bestuurder is ook aansprakelijk voor onbehoorlijke taakvervulling in de uitoefening van bestuurstaken die juist aan andere bestuurders zijn toebedeeld als zij heeft nagelaten maatregelen te treffen om de gevolgen van die onbehoorlijke taakvervulling af te wenden én haar daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Voor naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met een monistisch model bevat artikel 2:129a lid 3/239a lid 3 BW nog een – iets verschillend geformuleerde bepaling – over taakverdelingen. Deze bepalingen gaat niet over taakverdelingen in het algemeen, maar over taakverdelingen bij het nemen van besluiten:

[artikel 2:129a lid 3 BW:] Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een of meer bestuurders rechtsgeldig kunnen besluiten omtrent zaken die tot zijn respectievelijk hun taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk,
[artikel 2:139a lid 3 BW:] Bij of krachtens de statuten kan worden bepaald dat een bestuurder rechtsgeldig kan besluiten omtrent zaken die tot zijn taak behoren. Bepaling krachtens de statuten geschiedt schriftelijk.

De bepalingen zijn volgens de parlementaire geschiedenis ook (maar niet alleen) relevant voor een taakverdeling tussen enerzijds de uitvoerende bestuurders en anderzijds de niet uitvoerende bestuurders:[151]

[151] *Kamerstukken I*, vergaderjaar 2010-2011, 31 763, wet bestuur en toezicht, C, memorie van antwoord (3 mei 2011), p. 23.

> Het wettelijke systeem maakt van de gezamenlijke uitvoerende bestuurders en de gezamenlijke niet uitvoerende bestuurders geen suborgaan van het bestuur. Zelfs indien een besluit op grond van artikel 2:129a lid 3 BW zou kunnen worden genomen door de gezamenlijke uitvoerende bestuurders, geldt dat besluit niet als een besluit van hen, maar als een besluit van het (gezamenlijke) bestuur. Een besluit van de gezamenlijke uitvoerende bestuurders heeft geen zelfstandige status.

Tenslotte: de rechtspersoon kan een bestuurder of commissaris naast (of in plaats van) op grond van artikel 2:9 BW ook aansprakelijk stellen op grond van artikel 6:162 BW of op grond van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst tussen de vennootschap en de bestuurder of commissaris. De overeenkomst tussen een rechtspersoon met een dualistisch model en een bestuurder is in het algemeen een arbeidsovereenkomst, en de overeenkomst tussen een rechtspersoon met een dualistisch model en een commissaris is in het algemeen een overeenkomst van opdracht; de overeenkomst tussen een rechtspersoon met een monistisch model en een uitvoerende bestuurder is in het algemeen een arbeidsovereenkomst, en de overeenkomst tussen een rechtspersoon met een monistisch model en een niet uitvoerende bestuurder is in het algemeen – waarschijnlijk, en afhankelijk van de omvang van de werkzaamheden – hetzij een overeenkomst van opdracht hetzij een arbeidsovereenkomst.[152] Wanneer de rechtspersoon een bestuurder of commissaris aansprakelijk stelt op grond van artikel 6:162 BW stelt zij zich op het standpunt dat de bestuurder of commissaris haar taak tegenover de rechtspersoon zodanig heeft vervuld dat die taakvervulling een onrechtmatige daad tegenover de vennootschap vormt. Wanneer de vennootschap een bestuurder aanspreekt uit hoofde van een arbeidsovereenkomst stelt de rechtspersoon de bestuurder aansprakelijk op grond van artikel 7:661 lid 1 BW: de bestuurder die werknemer is en die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst schade heeft toegebracht aan de rechtspersoon/werkgever (of aan een derde tegenover wie de rechtspersoon/werkgever gehouden is tot schadevergoeding) is aansprakelijk tegenover de rechtspersoon/werkgever indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Wanneer de rechtspersoon een commissaris of niet uitvoerende bestuurder aanspreekt uit hoofde van een overeenkomst van

[152] Maar vergelijk ook art. 2:132 lid 3 BW over bestuurders van een beursgenoteerde naamloze vennootschap: 'Indien van een vennootschap aandelen of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten daarvan zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht, of tot een met een gereglementeerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, wordt de rechtsverhouding tussen een bestuurder en de vennootschap niet aangemerkt als arbeidsovereenkomst'.

opdracht stelt zij zich op het standpunt dat de bestuurder of commissaris is tekortgekomen in de nakoming van de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 jo. artikel 6:74 BW, eventueel in verbinding met artikel 7:407 lid 2 BW). Wanneer de rechtspersoon een bestuurder of commissaris aansprakelijk stelt op grond van artikel 2:9 BW, artikel 6:162, of artikel 7:661 lid 1 BW of artikel 7:400 jo. artikel 6:74 BW, eventueel in verbinding met 7:407 lid 2 BW wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst respectievelijk de overeenkomst van opdracht met de rechtspersoon kan een aan de bestuurder of commissaris verleende decharge (kwijting) in beginsel aan de rechtspersoon worden tegengeworpen.

C. AANSPRAKELIJKSTELLING: DE TWEEDE STANDAARDVORM

Artikel 2:138/248 BW als grondslag van de vordering

[**88**] Artikel 2:138/248 BW luidt:

1. In geval van faillissement van de [naamloze vennootschap/vennootschap] is iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement.
2. Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hetzelfde geldt indien de vennootschap volledig aansprakelijk vennoot is van een vennootschap onder firma of commanditaire vennootschap en niet voldaan is aan de verplichtingen uit artikel 15i van Boek 3. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.
3. Niet aansprakelijk is de bestuurder die 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.
4. De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, de andere oorzaken van het faillissement, alsmede de wijze waarop dit is afgewikkeld. De rechter kan voorts het bedrag van de aansprakelijkheid van een afzonderlijke bestuurder verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op de tijd gedurende welke die bestuurder als zodanig in functie is geweest in de periode waarin de onbehoorlijke taakvervulling plaats vond.
5. Is de omvang van het tekort nog niet bekend, dan kan de rechter, al dan niet met toepassing van het vierde lid, bepalen dat van het tekort tot betaling

waarvan hij de bestuurders veroordeelt, een staat wordt opgemaakt overeenkomstig de bepalingen van de zesde titel van het tweede boek van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
6. De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg.
7. Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder.
8. Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9.
9. Indien een bestuurder ingevolge dit artikel aansprakelijk is en niet in staat is tot betaling van zijn schuld terzake, kan de curator de door die bestuurder onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de mogelijkheid tot verhaal op hem is verminderd, ten behoeve van de boedel door een buitengerechtelijke verklaring vernietigen, indien aannemelijk is dat deze geheel of nagenoeg geheel met het oogmerk van vermindering van dat verhaal zijn verricht. Artikel 45 leden 4 en 5 van Boek 3 is van overeenkomstige toepassing.
[NV:] 10. Indien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering op grond van dit artikel of artikel 9 of voor het instellen van een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe, kan de curator Onze Minister van Justitie verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen. Onze Minister kan regels stellen voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de grenzen waarbinnen het verzoek kan worden toegewezen. Het verzoek moet de gronden bevatten waarop het berust, alsmede een beredeneerde schatting van de kosten en de omvang van het onderzoek. Het verzoek, voor zover het betreft het instellen van een voorafgaand onderzoek, behoeft de goedkeuring van de rechter-commissaris.
[BV:] 10. Artikel 138 lid 10 is van toepassing.

Artikel 2:138/248 BW is van toepassing op de uitvoerende en niet uitvoerende bestuurders van naamloze vennootschap vennootschappen en besloten vennootschappen. Artikel 2:149/259 BW verklaart artikel 2:138/248 BW van overeenkomstige toepassing op de commissarissen van een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap met een dualistisch model. Artikel 2:50a en 300a BW verklaren artikel 2:138 BW van overeenkomstige toepassing ingeval van faillissement van een vereniging en een stichting zodat ook de uitvoerende bestuurders en niet uitvoerende bestuurders van een vereniging en een stichting onder het bereik van artikel 2:138 BW vallen (zij het op grond van artikel 2:50a en 300a BW alleen van een vereniging waar-

van de statuten zijn opgenomen in een notariële akte en die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen en alleen van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen). Artikel 2:50a en 300a BW verklaren artikel 2:149 BW van overeenkomstige toepassing ingeval van faillissement van een vereniging en een stichting zodat ook de leden van een toezichthoudend orgaan van een vereniging en een stichting onder het bereik van artikel 2:138 BW vallen (zij het op grond van artikel 2:50a en 300a BW alleen van een vereniging waarvan de statuten zijn opgenomen in een notariële akte en die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen en alleen van een stichting die aan de heffing van vennootschapsbelasting is onderworpen).
Het ambtelijk voorontwerp bestuur en toezicht rechtspersonen stelt voor artikel 2:138/248 BW te verplaatsen naar de Faillissementswet.[153] Artikel 2:138/248 BW vervalt en wordt vervangen door artikel 106a Faillissementswet.

De curator in het faillissement van een rechtspersoon kan de bestuurder van de rechtspersoon op grond van artikel 2:138/248 lid 1 BW 'voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan' (dat wil zeggen voor het boedeltekort/faillissementstekort) aansprakelijk stellen 'indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement'. De curator moet dan aantonen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en aannemelijk maken dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het laatste betekent niet dat de curator aannemelijk moet maken dat het faillissement slechts één oorzaak heeft, te weten kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, maar dat de curator ermee kan volstaan aannemelijk te maken dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Hieraan voegt artikel 2:138/248 lid 2 BW toe: 'Indien het bestuur niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit de artikelen 10 of 394, heeft het zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement'. Artikel 2:10 BW verplicht het bestuur een

[153] Voorstel van wet (ambtelijk voorontwerp) tot Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met het verbeteren van de kwaliteit van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen alsmede de uniformering van enkele bepalingen daaromtrent voor alle rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen); <www.internetconsultatie.nl>, uitgebreid zoeken, wet bestuur en toezicht rechtspersonen. Vergelijk R. Analbers & K. Harmsen, 'Aansprakelijkheid van bestuurders en toezichthouders in de zorg', in: *Nieuwe wetgeving in de gezondheidszorg*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 57-66, L.G.H.J. Houwen, 'Een goed gesprek over good governance', *Tijdschrift voor ondernemingsbestuur*, 2014-1, p. 5-10.

deugdelijke administratie te voeren (de administratieplicht) en artikel 2:394 BW verplicht het bestuur de jaarrekening uiterlijk dertien maanden na afloop van het boekjaar van de rechtspersoon te publiceren (de publicatieplicht). Bij schending van artikel 2:10 en/of artikel 2:394 'heeft het [bestuur] zijn taak [lees: kennelijk] onbehoorlijk vervuld', en 'wordt vermoed dat [lees: kennelijk] onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement':
- het eerste is een 'onweerlegbaar' bewijsvermoeden: door het niet voldoen aan artikel 2:10 en/of artikel 2:394 BW staat onweerlegbaar vast dat het bestuur zijn taak over de volle breedte (dus breder dan alleen door het niet voldoen aan artikel 2:10 en/of artikel 2:394 BW) kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en een aangesproken bestuurder heeft niet de mogelijkheid (te proberen) dat vermoeden te weerleggen. Het gaat hier om een veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur,
- het tweede is een 'weerlegbaar' bewijsvermoeden: er geldt een vermoeden dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door de veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijk taakvervulling die over de volle breedte vaststaat, maar een aangesproken bestuurder kan dat vermoeden (proberen te) weerleggen.
Artikel 2:138/248 lid 2 BW bepaalt verder dat bij de vraag of het bestuur wel of niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen uit artikel 10 en/of artikel 394 BW een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen.[154]

[154] Daarover HR 1 november 2013, *JOR* 2013/336 (J. Lensink in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Verify International Holding BV, Verify Europe BV en Verify Nederland BV *tegen* C.H.J. Huynen): '3.6.2. Van een onbelangrijk verzuim als bedoeld in de slotzin van art. 2:248 lid 2 BW is sprake indien het niet voldoen aan de verplichtingen als bedoeld in dat artikellid in de omstandigheden van het geval niet erop wijst dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Dit is met name het geval indien voor het verzuim een aanvaardbare verklaring bestaat. Indien het, zoals in dit geval, gaat om een overschrijding van de termijn van art. 2:394 lid 3 BW voor openbaarmaking van de jaarrekening, geldt dat het antwoord op de vraag of een overschrijding als een onbelangrijk verzuim kan gelden, afhangt van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid, waarbij opmerking verdient dat hogere eisen moeten worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is en dat stelplicht en bewijslast op de aangesproken bestuurder rusten […].
3.6.3. Het hof heeft zijn oordeel dat de onderhavige termijnoverschrijding met tien dagen als een onbelangrijk verzuim dient te worden aangemerkt, gebaseerd op de relatief korte duur van die overschrijding en op zijn vaststelling dat Huynen een plausibele verklaring voor die overschrijding heeft gegeven, namelijk dat er enige vertraging bij het afronden en de controle van de jaarstukken 2003 is opgetreden omdat de accountant vanaf najaar 2004 tot 17 februari 2005 zijn tijd bijna uitsluitend heeft moeten besteden aan het due diligence onderzoek bij de vennootschappen.

Van belang zijn verder artikel 2:138/248 lid 6 en 7 BW. Die bepalingen houden achtereenvolgens in: 'De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting[/decharge] staat aan het instellen van de vordering niet in de weg', en: 'Met een bestuurder wordt voor de toepassing van dit artikel gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. De vordering kan niet worden ingesteld tegen de door de rechter benoemde bewindvoerder'. En over de betekenis van art. 2:138/248 voor voormalige bestuurders overwoog de rechtbank Oost-Nederland in haar uitspraak van 23 januari 2013 (Media Master Special Interest Media BV):[155]

> Op grond van het bepaalde in artikel 2:248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek is 'iedere bestuurder' in geval van een faillissement van een besloten vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement, indien het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en indien voorts aannemelijk is dat dit kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Tot 'iedere bestuurder' moet ook worden gerekend de bestuurder die die hoedanigheid niet meer had ten tijde van het faillissement, maar die dat wel had toen het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk verrichtte. De begrenzing is te vinden in artikel 2:248 lid 6 van het Burgerlijk Wetboek: 'De vordering kan slechts worden ingesteld op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de periode van drie jaren voorafgaande aan het faillissement. Een aan de bestuurder verleende kwijting staat aan het instellen van de vordering niet in de weg.' (rechtsoverweging 23).

De curator in het faillissement van een rechtspersoon zal haar 2:138/248-vordering als dat mogelijk is liever niet baseren op artikel 2:138/248 lid 1 BW maar op artikel 2:138/248 lid 2 BW vanwege het bewijsvoordeel dat lid 2 haar oplevert. De bewijslast ligt dan immers op de aangesproken bestuurder: die kan niet eens (proberen te) weerleggen dat sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, en kan alleen nog (proberen te) weerleggen dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door iets anders dan

---

3.6.4. Dit oordeel is in overeenstemming met de hiervoor in 3.6.2 vermelde maatstaven, die meebrengen dat in geval van een relatief korte overschrijding van de termijn van art. 2:394 lid 3 BW geen hoge eisen zijn te stellen aan de verklaring die daarvoor wordt gegeven'. Vergelijk gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9188 (appellant tegen geïntimeerde).

[155] Rechtbank Oost-Nederland 23 januari 2013, *LJN* BZ0638 (Thi Ly Phuong Nguyen q.q. in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Media Master Special Interest Media BV *tegen* gedaagde 1, gedaagde 2 en gedaagde 3).

de kennelijk onbehoorlijk taakvervulling die over de volle breedte vaststaat. Zoals de Hoge Raad het formuleert in zijn arrest van 30 november 2007 (Blue Tomato):[156]

> 3.2. Dit geschil betreft de […] verhaalsvordering van de curator op de voet van art. 2:248 BW tegen Messbauer als enig bestuurder van de gefailleerde besloten vennootschap Blue Tomato BV. Bij de toewijzing van deze vordering zijn rechtbank en hof ervan uitgegaan dat de jaarrekeningen van deze vennootschap niet tijdig waren gepubliceerd, zodat als onweerlegbaar vermoeden heeft te gelden dat de taakvervulling door Messbauer als bestuurder over de gehele linie onbehoorlijk is geweest. In cassatie wordt andermaal aan de orde gesteld of deze onbehoorlijke taakvervulling ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, zoals ingevolge art. 2:248 lid 2 wordt vermoed.
> 3.3. Messbauer heeft betoogd dat niet zijn onbehoorlijke taakvervulling als bestuurder maar de brand en de daarop gevolgde weigering van [de verzekeraar] de schade te vergoeden de oorzaak van het faillissement zijn geweest. Het hof heeft […] dit verweer verworpen op grond van zijn oordeel, samengevat, dat Messbauer als bestuurder van Blue Tomato BV erin heeft berust dat [de verzekeraar] dekking heeft geweigerd en dat hij daarmee niet heeft gezorgd voor een adequate verzekering, hetgeen hem als bestuurder als een nalaten dient te worden toegerekend, zodat het feit dat [de verzekeraar] geen uitkering heeft gedaan niet als een van buiten komende oorzaak voor het faillissement kan worden beschouwd.
> 3.4. Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest […]. Stelt de bestuurder

[156] HR 30 november 2007, *JOR* 2008/29 (J.H.M.C. Messbauer *tegen* P.C.H. Jansen in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Blue Tomato BV). Vergelijk HR 20 oktober 2006, *JOR* 2006/288 (M.C.F.J. van Schilt *tegen* P.C.H. Jansen in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Van Schilt Bouwmaterialen Groothandel BV): 'Een redelijke uitleg van art. 2:248 lid 2 BW brengt mee dat voor het ontzenuwen van het daarin neergelegde vermoeden volstaat dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van dat artikel aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Het hof heeft derhalve door te verlangen dat Van Schilt aannemelijk zou maken dat het onbehoorlijk bestuur niet mede een belangrijke oorzaak van het faillissement was, een verkeerde maatstaf aangelegd'.

> daartoe een van buiten komende oorzaak, zoals in dit geval de weigering van de brandverzekeraar de schade van het bedrijf als gevolg van brand te vergoeden, en wordt de bestuurder door de curator verweten dat hij heeft nagelaten het intreden van die oorzaak te voorkomen, dan zal de bestuurder (tevens) feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig aannemelijk maken waaruit blijkt dat dit nalaten geen onbehoorlijke taakvervulling oplevert. Als hij daarin slaagt, ligt het op de weg van de curator op de voet van het eerste lid van art. 2:248 aannemelijk te maken dat nochtans de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest.

Dit komt erop neer dat bij schending van artikel 2:10 en/of artikel 2:394 BW:
- onweerlegbaar vaststaat dat sprake is van veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur,
- weerlegbaar wordt vermoed dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door de veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijk taakvervulling, en:
- het weerlegbare vermoeden dat het faillissement in belangrijke mate veroorzaakt door de veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijke taakvervulling al ('volstaat') wegvalt wanneer de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt 'dat andere feiten of omstandigheden dan zijn onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest'.

Dit komt er ook op neer dat wanneer de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat het faillissement in belangrijke mate is veroorzaakt door iets anders dan de veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijk taakvervulling de curator twee mogelijkheden heeft: de curator kan *in die situatie*:
- aannemelijk maken dat de aangesproken bestuurder een ernstig verwijt treft van het intreden van de andere omstandigheid die de aangesproken bestuurder aanvoert als belangrijke *mede*oorzaak van het faillissement: dan blijft de op artikel 2:138/248 lid 2 BW gebaseerde vordering van de curator overeind, en:
- aannemelijk maken dat ondanks de andere omstandigheid die de aangesproken bestuurder aanvoert als belangrijke *mede*oorzaak van het faillissement het faillissement in belangrijke mate *mede* is veroorzaakt door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, maar dan niet door de veronderstelde (geabstraheerde) kennelijk onbehoorlijke taakvervulling maar door kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die de curator alsnog moet aantonen: de curator moet dan op grond van artikel 2:138/248 lid 1 BW aantonen dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en aannemelijk maken dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De curator in het faillissement van een rechtspersoon die haar 2:138/248-vordering als dat mogelijk is niet baseert op artikel 2:138/248 lid 1 BW maar op artikel 2:138/248 lid 2 BW vanwege het bewijsvoordeel dat lid 2 haar oplevert doet er daarom verstandig aan behalve een beroep te doen op artikel 2:138/248 lid 2 BW tegelijkertijd (voor de zekerheid) zoveel mogelijk op grond van artikel 2:138/248 lid 1 BW aan te voeren dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en dat aannemelijk is dat deze kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

De curator kan een bestuurder naast (of in plaats van) op grond van artikel 2:138/248 BW ook aansprakelijk stellen op grond van artikel 2:9 BW wegens onbehoorlijke taakvervulling tegenover de rechtspersoon, artikel 7:661 lid 1 BW of artikel 7:400 jo. artikel 6:74 BW, eventueel in verbinding met 7:407 lid 2 BW wegens een tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst respectievelijk de overeenkomst van opdracht met de rechtspersoon, of artikel 6:162 BW. In dit verband bepaalt artikel 2:138/248 lid 8 BW: 'Dit artikel laat onverlet de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van artikel 9'. Daarbij is de reikwijdte van artikel 2:9 BW beperkt tot bestuurders (en commissarissen) zodat een beleidsbepaler daar niet onder valt, en is de reikwijdte van de artikelen 7:661 lid 1 BW en 7:400 jo. 6:74 BW, eventueel in verbinding met 7:407 lid 2 BW, beperkt tot gevallen waarin met de bestuurder of commissaris een arbeidsovereenkomst respectievelijk een overeenkomst van opdracht bestaat. In verband met artikel 2:128 lid 6/248 lid 6 BW ('Een aan de bestuurder verleende kwijting[/decharge] staat aan het instellen van de vordering niet in de weg') is dan van belang dat een aan een bestuurder verleende decharge (kwijting) in beginsel wel aan de curator kan worden tegengeworpen wanneer de curator een bestuurder aansprakelijk stelt op grond van artikel 2:9 BW, of artikel 7:661 lid 1 BW of artikel 7:400 jo. artikel 6:74 BW, eventueel in verbinding met 7:407 lid 2 BW. Wat betreft een op artikel 6:162 gebaseerde vordering is dit minder duidelijk. Wanneer de curator aanvoert dat sprake is van een onrechtmatige daad van de bestuurder tegenover de rechtspersoon (interne aansprakelijkheid) kan een aan de bestuurder verleende decharge (kwijting) in beginsel wel aan de curator worden tegengeworpen, maar wanneer de curator de artikel 6:162-vordering inkleedt als een Peeters/Gatzen-vordering (externe aansprakelijkheid) kan een aan de bestuurder verleende decharge wellicht niet aan de curator worden tegengeworpen: de curator voert dan dus aan dat sprake is van een onrechtmatige daad van de bestuurder tegenover de schuldeisers van de rechtspersoon.

D. AANSPRAKELIJKSTELLING: DE DERDE EN DE VIERDE STANDAARDVORM

de derde standaardvorm: *Beklamel*, *New Holland Belgium* en *Ontvanger/Roelofsen*

[**89**] Een schuldeiser van een NV of BV die geen of slechts gedeeltelijk betaling van de vennootschap krijgt (bijvoorbeeld omdat de vennootschap failliet is verklaard) kan proberen verhaal te nemen op een bestuurder of een commissaris van de vennootschap. De vordering zal er dan toe strekken de bestuurder of commissaris te veroordelen tot betaling van het bedrag dat de schuldeiser niet van de vennootschap heeft ontvangen. Deze vordering zal in het algemeen gebaseerd zijn op artikel 6:162 BW. Met betrekking tot dergelijke vorderingen hebben zich in de rechtspraak van de Hoge Raad twee gevallen ontwikkeld die worden aangeduid als de Beklamel-norm en de New Holland Belgium-norm.[157] De Beklamel-norm heeft betrekking op de situatie waarin een bestuurders namens de vennootschap lichtvaardig een contract sluit. De New Holland Belgium-norm heeft betrekking op de situatie waarin het handelen van een bestuurder tot gevolg heeft dat de vennootschap een reeds aangegane overeenkomst niet nakomt. Termen die in verband met deze tweede norm als voorbeelden worden gebruikt zijn betalingsonwil, selectieve betaling en verhaalsfrustratie. In de uitspraak *Ontvanger/Roelofsen* heeft de Hoge Raad zijn eerdere rechtspraak in de Beklamel- en New Holland Belgium-zaken samengevat. In de rechtspraak van de Hoge Raad staat centraal dat een bestuurder in deze situaties slechts aansprakelijk is wanneer haar ‘een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt’.

F. Roelofsen was bestuurder en enig aandeelhouder van twee besloten vennootschappen die voor de omzetbelasting een fiscale eenheid vormden. Deze fiscale eenheid heeft in 1997 en 1998 zeven naheffingsaanslagen ontvangen die niet zijn betaald. De beide besloten vennootschappen zijn failliet verklaard. De Ontvanger van de Belastingdienst Oost (te Almelo) was van mening dat F. Roelofsen persoonlijk kon worden verweten dat de twee besloten vennootschappen de fiscale regelgeving niet hadden nageleefd: ‘In het bijzonder verwijt de Ontvanger aan Roelofsen dat hij heeft ‘‘gesleept met omzetten’’, met name door het op grote schaal (frauduleus) schuiven met aangiften en afdrachten. De Ontvanger heeft aangevoerd dat dit handelen op zichzelf reeds onrechtmatig is, zodat de vraag of de benadeling voorzienbaar was of behoorde te zijn, geen beantwoording behoefde’. In hoger beroep heeft het gerechtshof de vordering van de Ontvanger afgewezen (omdat ‘de Ontvanger onvoldoende feiten heeft gesteld die, indien deze zouden komen vast te staan, de conclusie rechtvaardigen dat Roelofsen wist

[157] HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (Stimulan BV *tegen* B.A.H. Klaas) en HR 18 februari 2000, *JOR* 2000/56 (New Holland Belgium NV *tegen* J. Oosterhof).

of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de fiscale eenheid als gevolg van de verweten handelingen de naheffingsaanslagen niet (volledig) zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de voorzienbare schade die de Ontvanger dientengevolge zou lijden'). De Hoge Raad heeft het cassatieberoep van de Ontvanger verworpen:[158]

> Bij de beoordeling van het [cassatiemiddel] moet het volgende worden vooropgesteld. Het gaat in een geval als het onderhavige om benadeling van een schuldeiser van een vennootschap door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering. Ter zake van deze benadeling zal naast de aansprakelijkheid van de vennootschap mogelijk ook, afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, grond zijn voor aansprakelijkheid van degene die als bestuurder (i) namens de vennootschap heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In beide gevallen mag in het algemeen alleen dan worden aangenomen dat de bestuurder jegens de schuldeiser van de vennootschap onrechtmatig heeft gehandeld waar hem, mede gelet op zijn verplichting tot een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt […]). Voor de onder (i) bedoelde gevallen is in de rechtspraak de maatstaf aanvaard dat persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de vennootschap kan worden aangenomen wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden. In de onder (ii) bedoelde gevallen kan de betrokken bestuurder voor schade van de schuldeiser aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Van een dergelijk ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als komt vast te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze had behoren te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen op grond waarvan een ernstig persoonlijk verwijt kan worden aangenomen (rechtsoverweging 3.5).

[158] HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (de Ontvanger van de Belastingdienst Oost te Almelo *tegen* F. Roelofsen).

en:

> In de onderhavige zaak wordt […] aan Roelofsen verweten dat hij als bestuurder van de fiscale eenheid onrechtmatig heeft gehandeld tegenover de Ontvanger doordat hij onbehoorlijk en in strijd met de terzake bestaande wettelijke verplichtingen heeft gehandeld door, naar de kern genomen, de fiscale eenheid niet of niet tijdig dan wel niet juist en volledig aangiften omzetbelasting te laten doen waardoor de Ontvanger is benadeeld. De Ontvanger heeft zich primair dus onmiskenbaar beroepen op de hiervoor onder (ii) bedoelde aansprakelijkheid. Uit hetgeen hiervoor […] is overwogen volgt dat het hof in verband met de door de Ontvanger gestelde primaire grondslag van zijn vordering allereerst moest beoordelen of de aan Roelofsen verweten handelingen onrechtmatig jegens deze zijn geweest, waarbij het hof alle omstandigheden in aanmerking behoorde te nemen. Nu Roelofsen een daarop gericht verweer had gevoerd, mocht het hof in zijn oordeel betrekken in hoeverre Roelofsen wist of redelijkerwijze had moeten begrijpen dat de belastingschulden van de fiscale eenheid onbetaald zouden blijven (rechtsoverweging 3.5-3.6, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten).

de vierde standaardvorm: *Villa Mundo* en volgende

Op 23 november 2012 deed de Hoge Raad in de Villa Munda-zaak een uitspraak die verband houdt met het leerstuk van de externe aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.[159] In de Villa Mundo-uitspraak besliste de Hoge Raad dat iemand die betrokken is bij een rechtspersoon (in casu een bestuurder) op grond van artikel 6:162 BW aansprakelijk kan zijn wanneer geen sprake is van een ernstig verwijt. Op 5 september 2014 is de Hoge Raad in twee uitspraken, *Tulip Air* en *Van Rossem Groep/MCD Groep*, nogmaals op deze kwestie ingegaan.[160] Wellicht was daarvoor te meer reden omdat de Villa Mundo-uitspraak tot veel (deels kritisch) commentaar had geleid.[161]

---

[159] De bespreking van deze aansprakelijkheidsvorm is gebaseerd op: C. de Groot, 'De Hoge Raad en externe bestuurdersaansprakelijkheid: duidelijkheid over Villa Mundo?', *Onderneming en Financiering* 2015-1, p. 19-31.

[160] Hierover: S.M. Bartman, 'Anders dan het orakel van Delphi', *Ondernemingsrecht* 2014-17, p. 723-724 (column), C . Jaspers, '(Bestuurders)aansprakelijkheid: Spaanse Villa versus Tulip Air', *Vennotschap & Onderneming* 2014-10, p. 156-159, M.J.G.C. Raaijmakers (annotatie) 'Tulip Air: Villa Mundo revisited', *AA* 2014, p. 933-937.

[161] Advocaat-generaal Wesseling-van Gent (in de conclusie bij de Tulip Air-zaak) en M.J.G.C. Raaijmakers (in de annotatie 'Tulip Air: Villa Mundo revisited', *Ars Aequi* 2014, p. 933-937) noemen: J.B. Huizink, 'Maakt de Hoge Raad het vennoot-

Villa Mundo

[**90**] Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij BV bemiddelde bij de verkoop van onroerend goed aan de Costa Blanca in Spanje. In februari 2004 had zij een stand op de 'Second home beurs' in Houten waar zij onder meer informatie gaf over het woningbouwproject 'Villa Mundo' in de gemeente Elche aan de Costa Blanca. A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom hadden belangstelling voor dit project. Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij BV had twee (indirecte) bestuurders: J.G.A.M. van den Eertwegh en G.E. van de Riet. J.G.A.M. van den Eertwegh heeft A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom thuis bezocht om hen over het woningbouwproject te informeren. G.E. van de Riet heeft hen in mei 2004 rondgeleid op het woningbouwproject. In verband met daar door de gemeente geplaatste waarschuwingsborden heeft G.E. van de Riet tegenover A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom aangegeven dat deze borden ermee te maken hadden dat op de verschillende percelen meer werd gebouwd dan was toegestaan, maar dat dit door het betalen van een boete door de projectontwikkelaar zou worden opgelost. In juni 2004 hebben G.E. van de Riet en een vertegenwoordiger van de projectontwikkelaar A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom thuis bezocht. Dit heeft erin geresulteerd dat A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom en de projectont-

---

schapsrecht opnieuw nodeloos ingewikkeld?', *Onderneming en Financiering* 2013-1, p. 23-32, H.-J. de Kluiver, 'Kroniek van het Ondernemingsrecht, Zwaluwstaarten in het ondernemingsrecht', *Nederlands Juristenblad* 2013-15, p. 989-998, M.J. Kroeze, 'Bestuurdersaansprakelijkheid of eigen onrechtmatige daad, maatstaf voor aansprakelijkheid', *Ondernemingsrecht* 2013-6, p. 243-246, J. de Meij, 'Zij aan zij aansprakelijk: wanneer verliest de bestuurder zijn vennootschappelijke bescherming?', *Vennootschap & Onderneming* 2013-1, p. 1-4, P. Olden, 'Toerekening of afrekening?', *Ondernemingsrecht* 2013-1, p. 3-4 (column), M.J.G.C. Raaijmakers, 'Costa Blanca: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om', *Ars Aequi* 2013, p. 125-128, M.H.C. Sinnighe Damsté, 'Spaanse villa's (HR 23 november 2012, LJN BX5881), Externe bestuurdersaansprakelijkheid versus gewone onrechtmatige daad', *Tijdschrift voor de Ondernemingspraktijk* 2013-1, p. 32-36, G. van Solinge, 'Villa Mundo', *Ondernemingsrecht* 2014-5, p. 227-228 (column), met een reactie van J. van Bekkum, 'Villa Mundo - een reactie', *Ondernemingsrecht* 2014-5, p. 228, M. Stolp, 'Enkele belangrijke aspecten van bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW belicht', *Nederlands Juristenblad* 2013-22, p. 1440-1447, L. Timmerman, 'Structuur en gedragsnorm in de ondernemingsrechtspraak van de Hoge Raad', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2013-6969, p. 245-248, F. Verstijlen, 'Van bestuurders, onrecht en verwijtbaarheid', *Nederlands Juristenblad* 2013-11, p. 664-670, E. van Wechem, 'Kroniek vermogensrecht', *Nederlands Juristenblad* 2013-15, p. 947-958. Vergelijk verder: M. Mussche, 'De invloed van het arrest Spaanse Villa: een tussenbalans', *Bedrijfsjuridische berichten* 2014-12, no. 34.

wikkelaar een overeenkomst hebben gesloten over de bouw van een huis in het woningbouwproject. A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom hebben aanbetalingen gedaan. Deze overeenkomst is ontbonden toen bleek dat de bouw van het huis niet kon doorgaan (er waren protesten van omwonenden). In november 2004 heeft G.E. van de Riet A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom als alternatief rondgeleid in een half afgebouwde woning op het woningbouwproject. In december 2004 hebben A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom deze woning gekocht van de projectontwikkelaar en € 110.000 van de koopprijs van € 265.000 aanbetaald. De vertegenwoordiger van de projectontwikkelaar had aangeven dat de woning binnen enkele weken zou kunnen worden afgebouwd. De woning is afgebroken omdat de woning op grond stond waar niet mocht worden gebouwd. Toen G.E. van de Riet A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom in november 2004 rondleidde had hij al vernomen dat illegaal gebouwde woningen wellicht zouden moeten worden afgebroken.

A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom hebben een vordering uit onrechtmatige daad ingesteld tegen Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij BV en tegen G.E. van de Riet. Zij vorderden hoofdelijke veroordeling van Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij BV en G.E. van de Riet tot vergoeding van de door hen geleden schade. De rechtbank heeft de vordering afgewezen maar in hoger beroep heeft het gerechtshof heeft de vordering tegen zowel Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij BV als G.E. van de Riet toegewezen. Daarbij overwoog het hof dat Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij BV als G.E. van de Riet: 'zozeer professioneel waren betrokken bij de totstandkoming van de beide koopovereenkomsten dat dit met zich bracht dat zij zich, op grond van hetgeen krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, de belangen van Hoffmann c.s. dienden aan te trekken door zich goed op de hoogte te stellen van de (on)mogelijkheden tot het realiseren van de woningbouw […] ter plaatse en het al dan niet kunnen verkrijgen van een bouwvergunning en het juist en volledig informeren c.q. waarschuwen van Hoffmann c.s. ter zake'.

G.E. van de Riet heeft beroep in cassatie ingesteld. G.E. van de Riet stelde zich – met verwijzing naar de rechtspraak van de Hoge Raad en met name naar het Ontvanger/Roelofsen-arrest – op het standpunt:

> dat, indien onrechtmatige gedragingen van een bestuurder van een vennootschap in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als onrechtmatige gedragingen van die vennootschap (zodat die vennootschap deswege aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW), de desbetreffende bestuurder slechts naast de vennootschap aansprakelijk kan zijn indien hem (persoonlijk), mede gelet op zijn verplichting tot

> een behoorlijke taakuitoefening als bedoeld in art. 2:9 BW, een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen.[162] De Hoge Raad vatte eerste zijn eerdere rechtspraak nog eens samen:

> De bedoelde rechtspraak en genoemd arrest zien op een eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder in een situatie waarin een schuldeiser van de vennootschap wordt benadeeld door het onbetaald en onverhaalbaar blijven van diens vordering op de vennootschap, ingeval de bestuurder (i) namens de vennootschap een verbintenis is aangegaan dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. In deze gevallen is voor aansprakelijkheid van de bestuurder vereist dat hem (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt (rechtsoverweging 3.4.1),

en voegde daaraan het volgende toe:

> Eenzelfde maatstaf is op zijn plaats bij beantwoording van de vraag of een bestuurder aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van de vennootschap. Ook daarvoor kan de bestuurder slechts (naast de vennootschap) persoonlijk aansprakelijk gehouden worden, indien hem ter zake van het onrechtmatig handelen van de vennootschap persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt op de grond dat hij dat handelen in verband met de kenbare belangen van de benadeelde had behoren te voorkomen (rechtsoverweging 3.4.1).

Vervolgens baseerde de Hoge Raad de aansprakelijkheid van G.E. van de Riet niet op deze rechtspraak maar op een andere rechtsregel:

> In het onderhavige geval is Van de Riet evenwel niet aansprakelijk gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Vennootschap. [het hof heeft] immers Van de Riet aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s., en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbehoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s. Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder – die niet een tekortschietende of onbehoorlijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan los-

[162] HR 23 november 2012, *JOR* 2013/40 (G.E. van de Riet *tegen* A.J. Hoffmann en W.F. Hoffmann-Karseboom).

staande zorgvuldigheidsnorm – gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuurder een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt. Dat geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragingen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden kan worden (rechtsoverweging 3.4.2).

Hezemans Air Inc., gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika tegen J.J. van der Meer

[**91**] Een in de Verenigde Staten van Amerika gevestigde vennootschap vroeg enkele Nederlandse besloten vennootschappen die werkzaam waren in de luchtvaartsector voor haar twee vliegtuigen te verkopen. Voor de Nederlandse besloten vennootschappen trad hun bestuurder op. De Nederlandse besloten vennootschappen droegen een groot deel van de ontvangen koopprijs niet af aan de Amerikaanse vennootschap. De Amerikaanse vennootschap stelde een vordering in tegen één van de Nederlandse besloten vennootschappen en tegen de bestuurder persoonlijk. Wat betreft deze bestuurder was de complicatie dat hij van de Amerikaanse vennootschap een volmacht had gekregen om de vliegtuigen te verkopen die op zijn eigen naam en niet op naam van (één van) de Nederlandse besloten vennootschappen was gesteld. Moest zijn eventuele aansprakelijkheid nu worden beoordeeld aan de hand van de Villa Mundo-norm of aan de hand van de Beklamelnorm?

J.J. van der Meer (VdM) was enig aandeelhouder en enig bestuurder van Tulip Air Holding II BV. Tulip Air Holding II BV had een dochtervennootschap, Tulip Air Lease BV, waarvan VdM ook bestuurder was. In 2004 heeft VdM als gevolmachtigde namens Hezemans Air Inc. (HA Inc.) twee vliegtuigen verkocht aan Turbine Aircraft Marketing Inc. (gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika). VdM heeft Turbine Aircraft Marketing Inc. meegedeeld dat zij de koopprijs van USD 254.000 moest voldoen aan Tulip Air Lease BV. Turbine Aircraft Marketing Inc. heeft eerst USD 24.000 betaald en later de resterende USD 230.000. Tulip Air Lease BV heeft dat laatste bedrag niet 'door'betaald aan HA Inc. Daarop heeft HA Inc. een vordering ingesteld tegen Tulip Air Lease BV en ook tegen VdM persoonlijk tot betaling van USD 230.000. De rechtbank heeft Tulip Air Lease BV veroordeeld tot betaling van USD 230.000 aan HA Inc. en heeft de vordering tegen VdM afgewezen. HA Inc. heeft hoger beroep ingesteld. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Zowel voor de rechtbank als voor het hof was de reden van de afwijzing van de vordering tegen VdM dat VdM (hoewel de volmachten die HA Inc. had gegeven de naam van VdM vermeldden) bestuurder was van Tulip Air Lease BV en in die hoedanigheid

had gehandeld. Zoals het hof het formuleerde: 'Het lag voor de hand om de volmachten aan Van der Meer te verlenen nu Van der Meer de overeenkomst moest ondertekenen als vertegenwoordiger van Hezemans. Zoals Van der Meer heeft betoogd, zou vermelding op de volmachten dat hij als directeur van een Tulip-vennootschap optrad, vragen oproepen bij koper (extra legitimatie); bovendien was het ook niet nodig'. HA Inc. heeft beroep in cassatie ingesteld. Zij voerde aan 'dat Van der Meer de feitelijke handelingen heeft verricht, dat de volmachten zijn gesteld op naam van Van der Meer in persoon, dat Van der Meer de volmachten in persoon heeft ondertekend, [en] dat de volmachten waren afgegeven opdat Van der Meer zich jegens derden als vertegenwoordiger van Hezemans zou kunnen legitimeren'. De Hoge Raad was het eens met het oordeel van het hof op dit punt (maar heeft het arrest van het hof op een andere grond vernietigd).[163]
De Hoge Raad overwoog allereerst dat het hof tot het oordeel had kunnen komen dat VdM was opgetreden *als bestuurder van Tulip Air Lease BV* (zodat een oordeel over zijn aansprakelijkheid in dat kader moest worden beoordeeld): 'Dit oordeel berust op een aan het hof voorbehouden waardering van het bewijs, die in cassatie alleen op begrijpelijkheid kan worden onderzocht. [Dit] oordeel [is] geenszins onbegrijpelijk'. Daarna herhaalde de Hoge Raad dat wanneer een rechtspersoon aansprakelijk is (bij voorbeeld vanwege het niet nakomen van een overeenkomst of vanwege het plegen van een onrechtmatige daad) eventuele aansprakelijkheid van een bestuurder náást de aansprakelijkheid van de rechtspersoon een uitzondering is. Voor die aanvullende aansprakelijkheid van de bestuurder is alleen plaats als aan die bestuurder 'persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt', met als toevoeging:

> Aldus gelden voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder naast de vennootschap hogere eisen dan in het algemeen het geval is. Een hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover een derde wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen (rechtsoverweging 3.5.2).

Deze overweging zou uiteraard zeer in het voordeel van VdM uitpakken. De overweging komt erop neer dat HA Inc. had moeten bewijzen dat VdM op wat voor manier dan ook een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Alleen dan zou VdM aansprakelijk zijn geweest tegenover HA Inc. Niet voor niets overwoog de Hoge Raad vervolgens dan ook:

[163] HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (Hezemans Air Inc., gevestigd in de Verenigde Staten van Amerika *tegen* J.J. van der Meer).

> Het hof heeft [het handelen van VdM] derhalve terecht getoetst aan de hiervoor […] bedoelde verzwaarde maatstaf voor aansprakelijkheid (rechtsoverweging 3.5.5).

Daarnaast ging de Hoge Raad – enigszins ten overvloede – in rechtsoverweging 3.5.3 in op zijn eerdere Villa Mundo-uitspraak. Raaijmakers wijst op het verschil in woordgebruik van de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4.2 in zijn eerdere Villa Mundo-uitspraak (aangehaald onder no. 3) en in rechtsoverweging 3.5.3 in de Tulip Air-uitspraak: in de eerste uitspraak spreekt de Hoge Raad over *bestuurder* terwijl dit woord in de tweede uitspraak op een aantal plaatsen is vervangen door *betrokkene*.[164] Raaijmakers wijst erop dat de Hoge Raad hiermee zijn eerdere overwegingen 'herformuleert' en daarmee 'kennelijk' helderheid wil creëren.

De overwegingen luiden, hier naast elkaar geplaatst, als volgt (onderstrepingen toegevoegd):

Villa Mundo, rechtsoverweging 3.4.2	*Tulip Air*, rechtsoverweging 3.5.3
	'Bestuurdersaansprakelijkheid is evenwel niet aan de orde in een geval als zich voordeed in het arrest HR 23 november 2012 [*Villa Mundo*].
'In het onderhavige geval is Van de Riet evenwel niet aansprakelijk gehouden voor een tekortkoming of onrechtmatig handelen van de Vennootschap. [het hof heeft] immers Van de Riet aansprakelijk geoordeeld op de grond dat hij in strijd heeft gehandeld met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting jegens Hoffmann c.s., en niet op de grond dat hem als bestuurder het verwijt wordt gemaakt dat door zijn onbe-	

[164] M.J.G.C. Raaijmakers, 'Tulip Air: Villa Mundo revisited', *Ars Aequi* 2014, p. 933-937 (annotatie).

hoorlijke taakuitoefening de Vennootschap in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheids-verplichting jegens Hoff-mann c.s.	
Voor een dergelijke aan-sprakelijkheid van een bestuurder – die niet een te-kortschietende of onbehoor-lijke taakuitoefening als bestuurder betreft, maar berust op een daarvan los-staande zorgvuldigheids-norm – gelden de gewone regels van onrechtmatige daad. In het bijzonder is dan niet vereist dat de bestuur-der een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt.	Dat arrest had niet betrek-king op het handelen van de betrokkene bij zijn taakvervulling als bestuur-der van een vennootschap, maar op de vraag of de betrokkene, optredend als deskundig bemiddelaar (dienstverlener), had ge-handeld in strijd met een op hem in die hoedanig-heid van deskundig be-middelaar rustende zorg-vuldigheidsnorm. Zoals vermeld in […] genoemd arrest had het hof immers (in cassatie onbestreden) geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar op-trad. […]
Dat geldt ook in een geval als het onderhavige, waarin de onrechtmatige gedragin-gen van de bestuurder in het maatschappelijk verkeer (tevens) als gedragingen van de vennootschap kunnen worden aangemerkt, zodat ook de vennootschap uit eigen hoofde op grond van onrechtmatige daad aan-sprakelijk gehouden kan worden.	Zoals blijkt uit het arrest van 23 november 2012, sluit dit niet uit dat de on-rechtmatige gedragingen van de betrokkene in voorkomend geval in het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragin-gen van de vennootschap waarvan hij bestuurder is, met als gevolg dat (ook) de vennootschap uit eigen hoofde op grond van on-

[…]'	rechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden […]'

Uit *Tulip Air* wordt duidelijk dat het in *Villa Mundo* helemaal niet ging om *bestuurdersaansprakelijkheid* maar om aansprakelijkheid van *iemand* (bestuurder of niet) wegens schending van een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting. Daarom gelden de gewone regels van onrechtmatige daad en treedt aansprakelijkheid niet pas in wanneer aan de *betrokkene* een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Uit *Tulip Air* wordt ook duidelijk dat deze aansprakelijkheid van de *betrokkene* er niet aan in de weg staat dat ook de rechtspersoon aansprakelijk kan zijn wanneer de gedragingen van de *betrokkene* in het maatschappelijk verkeer aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Daarbij lijkt het aannemelijk dat het feit dat de *betrokkene tevens bestuurder* van de rechtspersoon is snel(ler) de conclusie rechtvaardigt dat zijn gedragingen aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Een betrokkene die tevens bestuurder is, is nu eenmaal niet zomaar een betrokkene bij de rechtspersoon, maar iemand die de – voor de rechtspersoon belangrijke – functie van bestuurder vervult.

Toch roept het voorgaande een vraag op. De Hoge Raad heeft beslist dat ook iemand die bestuurder is van een rechtspersoon aansprakelijk kan zijn wegens schending van een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting, waarvoor niet het vereiste geldt dat hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ligt in het verlengde daarvan dan de consequentie dat *bestuurders*aansprakelijkheid onder omstandigheden eerder kan worden aangenomen dan het geval zou zijn bij strikte toepassing van de normen in de Beklamel-, New Holland Belgium en Ontvanger/Roelofsen uitspraken? Anders gezegd: heeft de Tulip Air-uitspraak als (bij)effect dat de Beklamel-, New Holland Belgium en Ontvanger/Roelofsen-normen voor *bestuurders*-aansprakelijkheid gaan 'schuiven' en 'naar beneden' moeten worden bijgesteld? Die vraag kwam aan de orde in de Van Rossem Groep/MCD Groepzaak.

RCI Financial Services BV tegen J.E. Kastrop

[**92**] Een financieringsmaatschappij verlangde van een aantal besloten vennootschappen dat zij ten behoeve van haar in het kader van kredietverlening een 'eerste pandrecht' vestigden op onder meer alle vorderingen van de vennootschappen op derden, op alle inventaris en voorraad en op eventuele vorderingen van de vennootschappen op verzekeraars. De besloten vennootschappen vestigden wel een pandrecht, maar dit was vanwege een eerder aan de bank verleend pandrecht geen eerste pandrecht maar een pandrecht dat lager in rang was. De vennootschappen gingen failliet en de financieringsmaatschappij stelde een vordering in tegen de (indirecte) bestuurder

persoonlijk die de kredietovereenkomsten namens de vennootschappen is aangegaan. Daarbij beriep de financieringsmaatschappij zich op de Beklamel-norm. Maar de financieringsmaatschappij voerde in dat verband tevens aan dat het voor de toepassing van de Beklamel-norm al volstond dat zij schade had geleden die 'in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen'.

J.E. Kastrop (Kastrop) en zijn echtgenote waren de bestuurders van Van Rossem Groep BV en MCD Groep BV. Van Rossem Groep BV was de bestuurder van een aantal besloten vennootschappen die autodealerbedrijven waren van het merk Renault en MCD Groep BV was de bestuurder van een aantal besloten vennootschappen die autodealerbedrijven waren van het merk Nissan (deze combinatie van autodealerbedrijven laat zich verklaren uit het feit dat de Renault-groep participeerde in de Nissan-groep). RCI Financial Services BV (RCI) was een onderdeel van de Renault-groep dat financiering verstrekte aan Renault- en Nissan-dealers. De Van Rossem-vennootschappen en de MCD-vennootschappen hadden daartoe (door Kastrop ondertekende) overeenkomsten gesloten met RCI. In die overeenkomsten stond onder meer: 'Tot meerdere zekerheid voor de betaling van het krediet en van al hetgeen de Dealer overigens aan RCI, direct of indirect, uit hoofde van deze Mantelovereenkomst verschuldigd is en/of te eniger tijd verschuldigd zal worden, vestigt de Dealer hierbij (bij voorraad) een eerste pandrecht ten behoeve van RCI, gelijk RCI hierbij dit pandrecht (bij voorbaat) van de Dealer aanvaardt' op onder meer alle vorderingen van de dealers op derden, op alle inventaris en voorraad en op eventuele vorderingen van de dealers op verzekeraars. De Van Rossem-vennootschappen en de MCD-vennootschappen hadden ook een kredietrelatie met de ABN AMRO-bank. Onderdeel van die kredietrelatie was eveneens een pandrecht van de bank op alle voorraden, inventaris en vorderingen op derden van de Van Rossem- en MCD-vennootschappen. De bank heeft de kredietrelatie in april 2007 beëindigd en de Renault-groep en de Nissan-groep hebben hun relatie met de Van Rossem- en MCD-vennootschappen in juli 2007 beëindigd. De vennootschappen zijn in augustus/september 2007 failliet verklaard. Zowel de bank als RCI hadden vorderingen op de vennootschappen en wilden gebruik maken van hun pandrecht. RCI had van de vennootschappen een 'eerste pandrecht' bedongen, maar het pandrecht dat de vennootschappen aan RCI hadden verleend was lager in rang. Daarop heeft RCI een vordering ingesteld tegen Kastrop persoonlijk voor een bedrag van ongeveer € 2.000.000. RCI voerde aan dat Kastrop onzorgvuldig en dus onrechtmatig had gehandeld tegenover haar omdat Kastrop (die namens de Van Rossem- en MCD-vennootschappen de overeenkomsten met RCI was aangegaan) aan haar geen eerste pandrecht had verleend. Kastrop verweerde zich door aan te voeren dat hij, gelet op de (gecompliceerde) wijze waarop de pandakte en kredietovereenkomst met de bank waren geformuleerd, zich niet had hoeven realiseren dat hij aan RCI geen eerste pandrecht kon verlenen. De rechtbank

honoreerde dit verweer en wees de vordering van RCI tegen Kastrop af: 'Onder deze omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat Kastrop zijn plichten op grove wijze heeft veronachtzaamd. De rechtbank is dan ook van oordeel dat Kastrop geen (ernstig) verwijt kan worden gemaakt'. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. RCI heeft beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft dit cassatieberoep verworpen.[165]

De Hoge Raad plaatste (in navolging van het hof) het geschil tussen RCI en Kastrop in de sleutel van de Beklamel-norm. Het hof had daarover overwogen: 'RCI heeft echter geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat voor Kastrop, op het moment dat hij namens de door hem bestuurde vennootschappen […] de verplichting aanging tot het verlenen van een pandrecht dat "eerste in rang is", voorzienbaar was dan wel behoorde te zijn dat die vennootschappen geen verhaal zouden bieden voor de schade van RCI'. De Hoge Raad herhaalde vervolgens ook nu dat wanneer een rechtspersoon aansprakelijk is (bij voorbeeld vanwege het niet nakomen van een overeenkomst of vanwege het plegen van een onrechtmatige daad) eventuele aansprakelijkheid van een bestuurder náást de aansprakelijkheid van de rechtspersoon een uitzondering is. Voor die aanvullende aansprakelijkheid van de bestuurder is alleen plaats als aan die bestuurder 'persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt', gevolgd door precies dezelfde overweging als in de de Tulip Air-zaak over de rechtvaardiging van deze hoge drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid 'door de omstandigheid dat ten opzichte van de wederpartij primair sprake is van handelingen van de vennootschap en door het maatschappelijk belang dat wordt voorkomen dat bestuurders hun handelen in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten bepalen'.

RCI had in cassatie aangevoerd 'dat het misleiden van een financier omtrent diens verhaalspositie een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan opleveren', of, om het iets anders te formuleren, dat het *enkele* misleiden van een financier omtrent diens verhaalspositie een *al* voldoende ernstig persoonlijk verwijt oplevert. De Hoge Raad steunde deze redenering niet:

> Het verwijt dat in het onderhavige geval aan de bestuurder wordt gemaakt is dat hij namens de vennootschappen een verplichting is aangegaan – de verplichting tot het verstrekken van een eerste pandrecht aan RCI op de door deze gefinancierde auto's –, waarvan hij wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschappen deze niet zouden kunnen nakomen. Anders dan het middel aanvoert, leidt ook een zodanig verwijt pas tot aansprakelijkheid van de bestuurder

[165] HR 5 september 2014, *JOR* 2014/325 (RCI Financial Services BV *tegen* J.E. Kastrop).

> indien deze wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden. Het middel betoogt dat die schade in dit geval is gelegen in de gevolgen van het verkrijgen van een slechtere zekerheidspositie dan is overeengekomen. De enkele omstandigheid dat de schuldeiser, anders dan was overeengekomen, geen eerste maar een tweede pandrecht heeft verkregen, brengt evenwel nog niet mee dat hij dientengevolge schade lijdt (rechtsoverweging 4.4).

Uit *Van Rossem Groep/MCD Groep* wordt duidelijk dat de Hoge Raad strikt vasthoudt aan de criteria voor bestuurdersaansprakelijkheid op de manier waarop de Hoge Raad die criteria formuleerde in de Beklamel-, New Holland Belgium- en Ontvanger/Roelofsen-uitspraken Aansprakelijkheid treedt pas op wanneer de bestuurder een (voldoende) ernstig verwijt kan worden gemaakt in de zin dat hij wist of behoorde te begrijpen dat een schuldeiser als gevolg van zijn gedragingen *schade zou leiden*. Een 'lichtere' vorm van wetenschap (de bestuurder wist slechts of behoorde slechts te begrijpen dat de rechtsperssoon een verbintenis niet zou kunnen nakomen of niet zou kunnen nakomen op de vereiste manier) leidt niet tot aansprakelijkheid.

de derde en de vierde standaardvorm: synthese

[**93**] Het voorgaande kan, puntsgewijs, voor bestuurders als volgt worden samengevat:

1.1 Wanneer een rechtspersoon een verbintenis (bij voorbeeld een verbintenis uit een overeenkomst, maar ook een verbintenis uit de wet zoals een belastingschuld) niet nakomt of een onrechtmatige daad pleegt, is in beginsel alleen de rechtspersoon aansprakelijk voor de schade die een buitenstaander lijdt.
1.2 Onder omstandigheden kan daarnaast ook een bestuurder van de rechtspersoon persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade die de buitenstaander lijdt.
1.3 Aan de bestuurder moet dan het verwijt kunnen worden gemaakt dat de rechtspersoon door zijn onbehoorlijke taakuitoefening tegenover de buitenstaander in strijd heeft gehandeld met een op haar rustende zorgvuldigheidsverplichting (namelijk het niet nakomen van een verbintenis of het plegen van een onrechtmatige daad).
1.4 Dit kan zich voordoen wanneer de bestuurder (i) namens de rechtspersoon heeft gehandeld dan wel (ii) heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de rechtspersoon haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt.
1.5 Voor een dergelijke aansprakelijkheid van een bestuurder is slechts plaats wanneer de bestuurder een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt.

1.6 Van een voldoende ernstig verwijt is sprake wanneer de bestuurder op het moment van zijn handelen wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat de rechtspersoon haar verplichtingen niet zou (kunnen) nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade (bepalend is met name dat de bestuurder wist of redelijkerwijs behoorde te begrijpen dat buitenstaander als gevolg van zijn handelen schade zou lijden).

2.1 Wanneer iemand die bij een rechtspersoon is betrokken (bij voorbeeld een bestuurder) tegenover een buitenstaander handelt in strijd met een op hem persoonlijk rustende zorgvuldigheidsverplichting is die betrokkene aansprakelijk voor de schade die de buitenstaander lijdt.
2.2 Ook wanneer de bij de rechtspersoon betrokkene een bestuurder is van de rechtspersoon gelden de gewone regels van onrechtmatige daad: in het bijzonder is dan niet vereist dat de betrokkene die tevens bestuurder is een ernstig verwijt van zijn handelen kan worden gemaakt.
2.3 Onder omstandigheden kan ook de rechtspersoon aansprakelijk zijn voor de schade die de buitenstaander lijdt.
2.4 Dit is het geval wanneer de gedragingen van de betrokkene (bij voorbeeld een bestuurder) in het maatschappelijk verkeer tevens kunnen worden aangemerkt als gedragingen van de rechtspersoon, zodat ook die rechtspersoon zelf op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden.

Alles goed en wel, maar uit deze puntsgewijze opstelling wordt nog niet duidelijk hoe moet worden bepaald wanneer iemand die bestuurder is van een rechtspersoon handelt *als bestuurder* (zodat de punten 1.1 tot en met 1.6 van toepassing zijn) dan wel *als betrokkene* (zodat de punten 2.1 tot en met 2.4 van toepassing zijn). Ook de Hoge Raad lijkt deze kwestie (die niet helemaal zonder belang is) in het midden te laten. Er zijn verschillende benaderingen mogelijk om deze kwestie op te lossen. In een *eerste* benadering handelt iemand die bestuurder is van een rechtspersoon als bestuurder wanneer het gaat om gedragingen die bij het bestuurderschap horen, en handelt hij als betrokkene wanneer het gaat om gedragingen die losstaan van het bestuurderschap. Handelingen die bij het bestuurderschap horen zijn dan bij voorbeeld (punt 1.4) (i) het namens de vennootschap handelen en (ii) het bewerkstelligen of toelaten dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt. Handelingen die losstaan van het bestuurderschap zijn dan bij voorbeeld gedragingen die in strijd zijn met professionele normen, zoals (in de Villa Mundo-zaak) het handelen in strijd met een op een deskundig bemiddelaar (dienstverlener) in die hoedanigheid rustende zorgvuldigheidsnorm. Deze benadering heeft als nadeel dat steeds de niet altijd eenvoudige vraag aan de orde is of een gedraging bij het bestuurderschap hoort dan wel losstaat van het bestuurderschap. In een *tweede* benadering handelt iemand die bestuurder is van een rechtspersoon in beginsel altijd als bestuurder, wat ook de aard van zijn gedragingen is, en handelt hij

slechts als betrokkene wanneer voor hem en de buitenstaander *duidelijk was* (of voor hen duidelijk moest zijn), bij voorbeeld omdat zij dat waren overeengekomen, dat zijn handelen neerkomt op persoonlijke gedragingen die losstaan van het bestuurderschap. Deze benadering heeft als voordeel dat wanneer iemand bestuurder is van een rechtspersoon *bestuurders*aansprakelijkheid het uitgangspunt is en toepassing van de Villa Mundo-norm een uitzondering is. Deze benadering sluit aan bij de overweging van de Hoge Raad in de Tulip Air-uitspraak waarin de Hoge Raad benadrukte dat in de eerdere Villa Mundo-zaak 'het hof immers (in cassatie onbestreden) [had] geoordeeld dat niet de vennootschap waarvan de betrokkene bestuurder was, maar de betrokkene zelf als bemiddelaar optrad'. En deze benadering sluit ook aan bij de discussie in de Tulip Air-uitspraak over de betekenis die moest worden toegekend aan de omstandigheid dat de volmachten die HA Inc. had gegeven op naam stonden van de bestuurder (VdM) en niet op naam van de Tulip-vennootschappen.

E. RECHTSPRAAK: DE EERSTE STANDAARDVORM

case study no. 4: gerechtshof Arnhem 12 juni 2012: *het Nederlandse Rode Kruis*

[**94**] Het bestuur van de afdeling Gooistreek van het Nederlandse Rode Kruis bestond uit D (voorzitter), X (penningmeester) en K (secretaris). De afdeling Gooistreek was een (afzonderlijke) vereniging. In 2008-2009 bleek dat een groot bedrag aan de kas van de afdeling Gooistreek was onttrokken. Dit bedrag was met bankpassen opgenomen door K voor privédoeleinden. De afdeling Gooistreek heeft op grond van artikel 2:9 BW een vordering ingesteld tegen K en X; nadat de afdeling Gooistreek was opgegaan in de vereniging het Nederlandse Rode Kruis werd die vereniging procespartij. De rechtbank heeft de vordering tegen K toegewezen en heeft de vordering tegen X afgewezen. Het Nederlandse Rode Kruis heeft tegen de afwijzing van de vordering tegen X hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Amsterdam. X heeft gewezen op het 'vrijwilligersreglement' van het Nederlandse Rode Kruis dat bepaalde: 'De vrijwilliger is noch jegens de Rode Kruis-instantie noch jegens het Rode Kruis aansprakelijk voor schade die hij in de uitoefening van zijn taken aan de Rode Kruis-organisatie toebrengt, tenzij deze schade het gevolg is van opzet of grove schuld van de vrijwilliger'. Het hof heeft op 12 juni 2012 een tussenarrest gewezen dat van belang was voor een eventueel door de partijen te bereiken schikking.[166] Enkele overwegingen uit het arrest van het hof zijn:

[166] Gerechtshof Amsterdam 12 juni 2012, *JOR* 2012/348 (het Nederlandse Rode Kruis *tegen* X).

Uitgangspunt van artikel 2:9 BW is dat het algemene beleid van een rechtspersoon, waartoe met name ook het financiële beleid behoort, een zaak is van het gehele bestuur. Zowel (X) als (K) maakten deel uit van het Dagelijks Bestuur en waren derhalve ieder voor zich aansprakelijk voor elke tekortkoming in de behoorlijke vervulling van de bestuurstaak indien is voldaan aan het vereiste dat ernstig verwijtbaar is gehandeld. Dit is slechts anders indien de aangesproken bestuurder aantoont dat hem de tekortkoming in het bestuur niet valt te verwijten en dat hij niet nalatig is gebleven in het beperken van de gevolgen ervan. Aangezien (X) de functie vervulde van penningmeester tot wiens taak (bij uitstek) de financiële aangelegenheden behoren, brengt dit met zich dat hij een speciale verantwoordelijkheid had en zich derhalve niet snel zal kunnen disculperen voor een tekortkoming die betrekking heeft op het financieel beleid (rechtsoverweging 3.3.2),

Het hof stelt vast dat (X) onvoldoende invulling aan zijn bestuurstaak heeft gegeven en als penningmeester het risico van fraude niet afdoende heeft onderkend en geen maatregelen heeft genomen om dit risico te voorkomen en de gevolgen daarvan zoveel mogelijk te beperken. Naar NRK heeft gesteld en (X) niet althans onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, had hij (X) geen overzicht van het aantal in omloop zijnde bankpassen van de diverse rekeningen van de afdeling Gooistreek, hield hij geen toezicht op de betalingen door (K) met de aan haar verstrekte bankpas, heeft hij de bankafschriften van de rekeningen niet gecontroleerd en evenmin actie ondernomen toen het verstrekken van bankafschriften door (K) uitbleef. Uit deze gang van zaken, die de fraude mogelijk heeft gemaakt, althans niet heeft voorkomen, valt op te maken dat (X) bij zijn taakuitoefening onvoldoende initiatief heeft getoond en zich veeleer passief dan (pro)actief heeft opgesteld, waarmee hij zijn taak als penningmeester niet naar behoren heeft vervuld. Hiervan is (X) een ernstig verwijt te maken (rechtsoverweging 3.3.3),

Met NRK is het hof van oordeel dat (X), in het dagelijks leven accountant, zijn taak meer heeft opgevat als die van accountant dan als die van bestuurslid/penningmeester van een vrijwilligersorganisatie door bij het uitblijven van bankafschriften sedert augustus/september 2007 te volstaan met het informeren van zijn medebestuursleden daarover in plaats van actie te ondernemen. Van een penningmeester van een vrijwilligersorganisatie waarvan de aard van de activiteiten meebrengt dat gelden worden aangetrokken, beheerd en aangewend voor een maatschappelijk doel, mag worden verwacht dat hij toezicht houdt op de financiële geldstromen, de bankrekeningen en bankafschriften regelmatig controleert en bij het uitblijven van bankafschriften tijdig maatregelen treft door kopieafschriften bij de betrokken banken op te

vragen en de afschriften in de toekomst naar een ander/zijn adres te laten toesturen. Daarmee is (X) in gebreke gebleven (rechtsoverweging 3.3.4),

en:

Het feit dat, naar hij kennelijk ook zelf onderkende, (X) onvoldoende tijd had voor het penningmeesterschap […] ontsloeg hem niet van zijn verplichting die taak naar behoren uit te oefenen zolang hij deel uitmaakte van het bestuur (rechtsoverweging 3.3.5),

In het licht van het vorenstaande faalt het verweer van (X) dat hij bij zijn aantreden al een ondeugdelijke financiële administratie aantrof, dat het bestuur ermee heeft ingestemd dat (K) een pinpas kreeg en de bankafschriften aan haar zouden worden verzonden, dat hij (X) herhaaldelijk navraag naar de bankafschriften heeft gedaan maar door (K) aan het lijntje is gehouden […]. Dit verweer gaat er immers aan voorbij dat X als penningmeester en bestuurslid, gelet op de collegiale verantwoordelijkheid van het bestuur, verantwoordelijk was voor een goede taakuitoefening van het bestuur en voor de financiën een specifieke verantwoordelijkheid droeg (rechtsoverweging 3.3.6),

Beperking van de aansprakelijkheid tot opzet en grove schuld als bepaald in […] het vrijwilligersreglement is in strijd met het krachtens artikel 2:25 BW dwingendrechtelijke artikel 2:9 BW. [(X) is] aansprakelijk in de zin van genoemd artikel. Reeds daarom kan het beroep van (X) op het vrijwilligersreglement hem niet baten. […] De enkele omstandigheid dat X als vrijwilliger opereerde, brengt niet mee dat van hem niet het inzicht en de zorgvuldigheid mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult (rechtsoverweging 3.4.1),

alsmede:

Bespreking behoeft nog wel het beroep van (X) op eigen schuld aan de zijde van NRK. […] (X) voert aan dat NRK hem, door (K) toe te laten tot het dagelijks bestuur, heeft opgezadeld met een onverantwoord groot risico. In het betoog van (X) ligt besloten dat de schade in zijn visie minstgenomen mede veroorzaakt is door de aan NRK toerekenbare omstandigheid dat (K) deel heeft uitgemaakt van het bestuur van NRK. Voorts heeft (X) gewezen op het feit dat voor hem als bestuurslid geen bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering was afgesloten. Voormelde stellingen van (X) kunnen van invloed zijn op het uiteindelijk toe te wijzen schadebedrag (rechtsoverweging 3.7-3.8, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten).

case study no. 5: rechtbank Oost-Brabant 20 november 2013 en 26 februari 2014: *Woningstichting Servatius*

de feiten in de Servatius-zaak

[**95**] Woningstichting Servatius was een woningcorporatie. In 1999 hebben de gemeente Maastricht en/of de Universiteit Maastricht Woningstichting Servatius gevraagd een plan te maken voor studentenhuisvesting in een campus. A.B.M. Verzijlbergh was bestuurder van Woningstichting Servatius. In 2000 heeft hij een overeenkomst gesloten met de Spaanse architect Santiago Calatrava. In 2004 is het plan opgevat de campus uit te breiden met sportaccommodaties en kantoren. De architect heeft daartoe een nieuw ontwerp gemaakt. Omdat het ontwikkelen van sportaccommodaties en kantoren geen kerntaak van een woningcorporatie is had Woningstichting Servatius daarvoor de toestemming nodig van de minister voor Wonen, Wijken en Integratie. Die toestemming is in april 2007 onder voorwaarden verleend. De minister ging akkoord met het voorstel het project voor wat betreft het commerciële gedeelte te laten uitvoeren door een besloten vennootschap met drie aandeelhouders: Woningstichting Servatius als 40%-aandeelhoudster met een te storten kapitaal van € 2 miljoen, de gemeente Maastricht als 40%-aandeelhoudster met een te storten kapitaal van € 2 miljoen, en de Universiteit Maastricht als 20%-aandeelhoudster met een te storten kapitaal van € 1 miljoen. De besloten vennootschap zou voor de uitvoering van het project een lening aangaan bij een bank. De minister stelde onder meer als voorwaarde aan Woningstichting Servatius: 'U dient uw financiële risico tot het aandelenkapitaal te beperken, mede om ervoor te zorgen dat uw bijdrage proportioneel blijft aan het belang van uw kerntaak. U kunt derhalve niet op andere wijze financieel betrokken zijn (dus geen verstrekking van leningen aan de vennootschap, borgstelling voor leningen van de vennootschap en/of andere financiële bijdragen)'. Eind 2007 heeft Woningstichting Servatius een 'doorzakoperatie' uitgevoerd. Die hield in dat zij de 'economische waarde' van een groot aantal van haar sociale huurwoningen verkocht aan een dochteronderneming die de koopprijs daarvan financierde met een banklening waartegenover die dochteronderneming ten behoeve van de bank een recht van hypotheek verleende op die woningen. De koopprijs zou Woningstichting Servatius onder meer kunnen aanwenden voor de financiering van het niet commerciële gedeelte van het campusproject. Medio 2008 heeft de opgerichte Campus Maastricht BV, waarvan Woningstichting Servatius vanwege fiscale redenen de enig aandeelhoudster was, uitvoeringsovereenkomsten gesloten met een aantal aannemers. Deze overeenkomsten hadden betrekking op het gehele campusproject, zowel het niet commerciële als het commerciële gedeelte. Woningstichting Servatius heeft zich tegenover een aantal van de contractspartijen van Campus Maastricht BV ook garant gesteld voor de betalingsverplichtingen van Campus Maastricht BV. In dit verband zijn twee dingen van belang. De *minister* voor

Wonen, Wijken en Integratie had in juli 2008 in antwoord op een aanvullend verzoek van Woningstichting Servatius om toestemming te krijgen voor het project geantwoord dat 'u na oprichting van een zelfstandige BV voor 2 miljoen euro prioriteitsaandelen wilt verwerven in deze BV en de Universiteit en de gemeente voor respectievelijk 1 miljoen en 2 miljoen euro gewone aandelen zullen verwerven. Hiermee zou u voor 100% zeggenschap krijgen over de BV, benodigd voor het kunnen vormen van een fiscale eenheid, terwijl uw aansprakelijkheid beperkt blijft tot uw kapitaal deelname. Aangezien deze constructie […] niet leidt tot verhoging van het financiële risico ten opzichte van hetgeen waarmee ik op 24 april 2007 akkoord ben gegaan heb ik geen bezwaar tegen deze constructie. Vanzelfsprekend handhaaf ik de eerder genoemde aanvullende voorwaarde ten aanzien van uw overige financiële betrokkenheid'. En de *raad van toezicht* van Woningstichting Servatius had in juli 2008 'besloten tot oprichting van Campus BV en heeft daarbij als actiepunt opgenomen het aanbieden van de aandelen aan de partners (gemeente en universiteit). De RvT heeft besloten om onder voorwaarden akkoord te gaan met een garantstelling van Servatius voor de betalingsverplichtingen van Campus BV, te weten volledig voor de kosten voor de woningen en naar rato van haar aandeel in de BV voor de kosten van de commerciële gebouwen. Als actiepunt heeft de RvT hierbij opgenomen het in alle contracten uitsplitsen van de bouwkosten (voor het sociale deel en voor het commerciële deel) in verband met de garantiestelling'. In september 2008 is begonnen met de aanleg van de fundering van de campus. Intussen waren zowel bij A.B.M. Verzijlbergh als bij de raad van toezicht twijfels gerezen over de vraag of het project werd uitgevoerd in overeenstemming met de voorwaarden die de minister voor Wonen, Wijken en Integratie had gesteld. In maart 2009 heeft de raad van toezicht A.B.M. Verzijlbergh geschorst en in mei 2009 is de arbeidsovereenkomst met A.B.M. Verzijlbergh beëindigd. Deze beëindiging vond plaats door middel van een vaststellingsovereenkomst. Een onderdeel van die overeenkomst was dat Woningstichting Servatius aan A.B.M. Verzijlbergh decharge verleende. De bouw van de campus is in augustus 2009 stilgelegd en het project is in november 2009 definitief beëindigd. De leden van de raad van toezicht hebben hun functie in september 2009 neergelegd. Woningstichting Servatius heeft op grond van artikel 2:9 BW een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen de voormalige bestuurder A.B.M. Verzijlbergh en heeft op grond van artikel 6:162 BW een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen acht voormalige leden van de raad van toezicht.

aansprakelijkheid van de bestuurder

[**96**] In een tussenvonnis van 20 november 2013 is de rechtbank Oost-Brabant ingegaan op de vordering van Woningstichting Servatius tegen de

voormalige bestuurder A.B.M. Verzijlbergh.[167] Woningstichting Servatius vorderde veroordeling van A.B.M. Verzijlbergh 'tot betaling van € 66.715.569,73, vermeerderd met de wettelijke rente, en, voor zover een gedeelte van de schade nog niet kan worden begroot, tot vergoeding van dat gedeelte van de schade nader op te maken bij staat'. Woningstichting Servatius was van mening dat de manier waarop A.B.M. Verzijlbergh het campusproject had opgezet 'onzorgvuldig en (zeer) weinig professioneel' was geweest en dat hij zich niet had gehouden aan de door de minister en de raad van toezicht gestelde voorwaarden. Dit zou hebben geresulteerd in een 'risicovol prestigeproject' buiten de kerntaak van de woningcorporatie, met onbeheersbare kosten, en waarvan stopzetting de enige reële optie was. Dit had tot grote schade geleid in de vorm van onder meer directe projectkosten, kosten in verband met het beëindigen van contracten, adviseurskosten en nog onbekende kosten in verband met het verwijderen van de gelegde fundering. Daartegenover stelde A.B.M. Verzijlbergh onder meer dat hij zijn taak niet onbehoorlijk had vervuld, want: 'Gaandeweg het project zou zijn voldaan aan alle voorwaarden die door de Minister en de RvT werden gesteld', dat Woningstichting Servatius hem decharge had verleend, en dat de schade die Woningstichting Servatius meende te hebben geleden geen gevolg was van zijn handelen maar in causaal verband stond met de beslissing die Woningstichting Servatius zelf had genomen om het campusproject stop te zetten. Daarnaast was A.B.M. Verzijlbergh van mening dat als hij al aansprakelijk was, het bedrag van de schadevergoeding die hij zou moeten betalen moest worden gematigd tot de verzekerde som van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering, te weten € 2,5 miljoen.

De rechtbank behandelde eerst het dechargeverweer en verwierp dat. De bepaling is de vaststellingsovereenkomst waarin Woningstichting Servatius aan A.B.M. Verzijlbergh decharge verleende luidde als volgt: '14.3. Behalve de nakoming van de onderhavige overeenkomst hebben partijen niets meer van elkaar te vorderen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst c.q. de beëindiging daarvan *noch anderszins* en verlenen zij elkaar terzake over en weer finale kwijting' (cursivering toegevoegd). Volgens A.B.M. Verzijlbergh was deze bepaling taalkundig duidelijk: Woningstichting Servatius en A.B.M. Verzijlbergh hadden afstand gedaan van alle vorderingsrechten die zij op elkaar zouden kunnen hebben, ook vorderingen buiten de arbeidsovereenkomst om zoals vorderingen op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. De rechtbank was van oordeel dat het bij de uitleg van de dechar-

[167] Rechtbank Oost-Brabant 20 november 2013, *JOR* 2014/90 (Woningstichting Servatius *tegen* A.B.M. Verzijlbergh en acht leden van de raad van toezicht van Woningstichting Servatius). Vergelijk A. Hendrikse & M. Kalff, *Derdenbeslag op een BCA-Verzekering*, Nederlands Juristenblad 2014-31, p. 2172-2178, E.-M. Peeters, *Intern toezicht bij woningcorporaties: de vrijblijvendheid voorbij*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 57-58.

gebepaling in de vaststellingovereenkomst ging om de vraag 'welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten, de zogenaamde Haviltex-maatstaf':[168]

> Dit betekent naar het oordeel van de rechtbank niet dat partijen met de woorden 'noch anderszins' in artikel 14.3 van de beëindigingsovereenkomst het oog hadden of moeten hebben gehad op het verlenen van kwijting voor vorderingen uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. In de aanhef van de overeenkomst staat als feit vermeld dat Verzijlbergh is benoemd als statutair bestuurder, maar in het vervolg wordt geen aandacht besteed aan vennootschapsrechtelijke aspecten van het ontslag. De overeenkomst staat geheel in de sleutel van het arbeidsrecht. Uit de doelomschrijving van de overeenkomst volgt dat partijen de bedoeling hadden 'de gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te regelen zulks mede in relatie tot de bepalingen van de arbeidsovereenkomst'. Servatius wordt in de overeenkomst aangeduid als 'de werkgever'. Verzijlbergh baseert zijn gestelde verwachting (dat hem niet alleen als directeur maar ook als bestuurder kwijting is verleend) uitsluitend op theoretische argumenten over de gemengde rechtsbetrekking van een directeur/bestuurder van een stichting. Door Verzijlbergh is niet gesteld dat bij de onderhandelingen aandacht is besteed aan de beëindiging van zijn statutair bestuurderschap en dat een kwijting voor eventuele bestuurdersaansprakelijkheid daarbij ter sprake is gekomen (rechtsoverweging 5.1.9).

Daarna overwoog de rechtbank:

> De rechtbank is van oordeel dat het ondertekenen van de garantstellingen een schending heeft opgeleverd van de aanwijzing van de Minister. De Minister heeft bepaald dat de financiële deelname van Servatius in het commerciële deel van het project beperkt moest blijven tot € 2 miljoen in aandelenkapitaal. De Minister heeft daarbij uitdrukkelijk vermeld dat dus geen sprake mocht zijn van verstrekking van

[168] HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (G. Ermes en B.J.C. Langerwerf *tegen* Haviltex BV) waarin de Hoge Raad overwoog: 'De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht'.

leningen aan de vennootschap, borgstelling voor leningen van de vennootschap en/of andere financiële bijdragen. De Minister ging er daarbij vanuit dat financiering mogelijk was door een bancaire lening, waarvoor een langdurig huurcontract met de universiteit (mede) als zekerheid kon dienen, zoals Verzijlbergh de Minister zelf had voorgehouden. In werkelijkheid ontbrak echter een dergelijk langjarig huurcontract, en in weerwil van het verbod van de Minister heeft Verzijlbergh op 2 juli 2008 garanties ondertekend die inhielden dat Servatius zich garant stelde voor de betalingsverplichtingen van Campus BV uit de realisatieovereenkomsten met de aannemers die de bouw van de Campus zouden gaan verzorgen (rechtsoverweging 5.2.8.),

en:

De RvT is akkoord gegaan met de garantstellingen op voorwaarde dat deze voor de kosten van de woningen volledig zouden gelden, maar voor de kosten van de commerciële gebouwen slechts naar rato van het aandeel van Servatius in Campus BV. De RvT ging er hierbij vanuit dat dit aandeel conform de aanwijzing van de Minister 40% zou zijn (€ 2 miljoen van de in totaal € 5 miljoen aan aandelenkapitaal). In de zaak tegen de toezichthouders zal nog aan de orde komen of deze voorwaardelijke akkoordverklaring van de RvT al dan niet in overeenstemming is met de aanwijzing van de Minister. Maar wat hier ook van zij, vaststaat dat Verzijlbergh met het ondertekenen van de garanties ook heeft gehandeld in strijd met de voorwaarde die de RvT heeft verbonden aan zijn statutair vereiste goedkeuring voor de te geven garantiestellingen. Servatius heeft immers garanties afgegeven voor de totale bouwkosten die verbonden waren aan de contracten met de aannemers die deel uit maakten van het bouwteam, en daarin geen onderscheid gemaakt tussen de woningen en het commerciële gedeelte van het plan, en hij heeft evenmin een maximum percentage bedongen voor de garanties voor het commerciële gedeelte (rechtsoverweging 5.2.9).

Vervolgens overwoog de rechtbank:

Zoals volgt uit het arrest Berghuizer Papierfabriek,[169] is het aan Verzijlbergh om feiten en omstandigheden aan te voeren op grond waar-

[169] HR 29 november 2002, *JOR* 2003/2 (G.W. Schwandt *tegen* Berghuizer Papierfabriek NV) waarin de Hoge Raad overwoog: 'Voor aansprakelijkheid op de voet van art. 2:9 BW is vereist dat aan de bestuurder een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Of van een ernstig verwijt sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. De omstandigheid dat gehandeld is in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, moet in

van zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen – hoewel in strijd met de aanwijzing van de Minister en in strijd met een statutaire bepaling – toch geen ernstig verwijt oplevert. […] Verzijlbergh voert diverse feiten en omstandigheden aan (zie hieronder sub a t/m e) waaruit volgens hem zou blijken dat lopende de bouw alsnog aan alle voorwaarden van de Minister zou worden voldaan, en dat door hem geen onverantwoorde risico's zijn genomen.
(a) De afgegeven betalingsgaranties hadden slechts een beperkte omvang omdat de overeengekomen aanneemsommen van in totaal € 94 miljoen bedoeld waren als maximumbedragen en het de bedoeling was dat de aannemers hun expertise zouden inbrengen om tot goedkopere oplossingen te komen. […],

[hierover overwoog de rechtbank:]

[…] Anders dan Verzijlbergh stelt, waren de afgegeven betalingsgaranties niet gemaximeerd op € 94 miljoen. Zij golden voor alle betalingsverplichtingen van Campus BV uit de realisatieovereenkomsten. Anders dan Verzijlbergh meent, was niet uitgesloten dat de kosten voor de aannemers zouden oplopen door meerwerk of

(b) De garanties hadden slechts tijdelijke werking en zouden vervallen op het moment dat de externe financiering rond zou zijn. Dit was voor alle betrokkenen duidelijk, ook voor de aannemers. De financiering van het commerciële deel van het project was nog niet geregeld toen de bouw in september 2008 begon, maar dat hoefde ook niet want Servatius kon voorfinancieren met geld dat was vrijgemaakt door middel van een 'doorzakoperatie' […],

[hierover overwoog de rechtbank:]

[…] Dat de garanties slechts tijdelijke werking zouden hebben, is niet aannemelijk. In de garantstellingen staat niet vermeld dat deze zouden vervallen bij het beschikbaar komen van externe financiering. Verder bestond ten tijde van het ondertekenen van die garantstellingen nog geen enkele duidelijkheid over de vraag of externe financiering kon worden verkregen en zo ja, op welke termijn. Die onduidelijkheid

---

dit verband als een zwaarwegende omstandigheid worden aangemerkt, die in beginsel de aansprakelijkheid van de bestuurder vestigt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken'.

over de financiering bestond zowel ten aanzien van het sociale gedeelte als ten aanzien van het commerciële gedeelte. […],

[en over de 'doorzakoperatie':]

[…] Servatius verwijt Verzijlbergh onverantwoord te hebben gehandeld door haar maatschappelijk kapitaal op deze wijze risicodragend te maken ten behoeve van het (deels commerciële) Campusproject, en tegen een hoge commerciële rente. De rechtbank overweegt dat Verzijlbergh zijn bewering dat een dergelijke operatie destijds 'common practice' was onder woningcorporaties, niet goed heeft onderbouwd. In de door Verzijlbergh overgelegde publicatie over deze doorzakoperatie bij Servatius staat immers dat deze structuur in de institutionele vastgoedwereld al jaren opgeld doet, maar voor woningcorporaties 'baanbrekend' is. […] De rechtbank ziet hierin echter onvoldoende reden om het uitvoeren van de doorzakoperatie op zichzelf als onbehoorlijk bestuur te kwalificeren,

(c) In overeenstemming met de aanwijzing van de Minister is het project in een aparte rechtspersoon ondergebracht. Het project moest worden ondergebracht in een vennootschap met naast Servatius ook de gemeente en de universiteit als aandeelhouders. Het was echter niet nodig dat deze partijen direct vanaf de oprichting zouden participeren in Campus BV. De Minister meende dat niet zozeer de bouw maar vooral de exploitatie van de Campus samen met de gemeente en de universiteit moest plaatsvinden. […],

[hierover overwoog de rechtbank:]

[…] De rechtbank ziet geen reden om aan te nemen dat de Minister ook akkoord was met een constructie waarbij de bouw van het complex zou worden verzorgd door een vennootschap met Servatius als enig aandeelhouder en waarbij de andere twee partijen pas in de exploitatiefase zouden gaan deelnemen. Dit zou immers betekenen dat Servatius gedurende de bouwfase als enige verantwoordelijk zou zijn voor het gehele project, inclusief het commerciële deel daarvan. […] Na discussie heeft de RvT geconcludeerd en als actiepunt opgenomen dat Campus BV moest worden opgericht en dat de aandelen (direct) moesten worden aangeboden aan de gemeente en de universiteit. Verzijlbergh heeft hier geen gehoor aan gegeven,

(d) De exploitatie van het complex was voldoende veiliggesteld. Met de universiteit bestond overeenstemming over de te hanteren huurprijs voor de ruimten die zij zou gaan huren. Er was nog geen huurcontract omdat over de servicekosten nog discussie bestond en omdat de uni-

versiteit nog niet precies wist wat men wilde afnemen (men wilde steeds meer), maar de universiteit is een betrouwbare partner en er was alle reden om er vanuit te gaan dat men de mondeling gemaakte afspraken zou nakomen. […] De ruimten die de universiteit niet zou huren, zou Servatius zelf gaan verhuren tegen marktconforme huurprijzen en er was alle reden om aan te nemen dat hier vraag naar was. […] Er was destijds nog sprake van een euforische vastgoedmarkt en er was voldoende vraag naar woon-, kantoor- en winkelruimte. […],

[hierover overwoog de rechtbank:]

[…] De rechtbank volgt Verzijlbergh niet in zijn standpunt dat de exploitatie van het complex voldoende was veiliggesteld. Tot op het moment dat Verzijlbergh vertrok was er nog geen enkel huurcontract gesloten. De universiteit wilde een deel van het complex huren (een aantal studentenappartementen, sporthal (voor sport en examens), en een aantal kantoren) en over de te hanteren huurprijs per eenheid of vierkante meter was men het volgens Verzijlbergh met elkaar eens, maar er waren nog discussiepunten – zoals over de servicekosten – en concrete afspraken over de huur waren nog nergens vastgelegd. De universiteit wilde ongeveer een kwart van de kantoren huren. De overige kantoren moest Servatius zelf zien te verhuren aan startende ondernemers. Daarvoor waren nog geen huurders bekend. […],

(e) Diverse malen is intern en extern advies gevraagd, zowel juridisch, organisatorisch als financieel. Verzijlbergh diende vervolgens als bestuurder op basis van deze adviezen een eigen afweging te maken. Voor zover die adviezen daartoe noopten zijn aanpassingen aangebracht. […],

[hierover overwoog de rechtbank:]

[…] Het is juist, zoals Verzijlbergh stelt, dat hij als bestuurder op basis van deze adviezen een eigen afweging diende te maken. Dit betekent niet dat Verzijlbergh elk advies naast zich neer mocht leggen. Zo had Verzijlbergh naar het oordeel van de rechtbank onder meer het advies van [X] om met potentiële afnemers afspraken vast te leggen over o.a. huurprijzen, afnamegaranties en de contractduur niet mogen negeren (rechtsoverweging 5.2.14-5.2.26, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten, volgorde van de rechtsoverwegingen gewijzigd).

De rechtbank besliste als volgt: ‘Iedere verdere beslissing, waaronder een beslissing op het beroep van Verzijlbergh op matiging van het schadebedrag, wordt aangehouden’.

geen aansprakelijkheid van de leden van de raad van toezicht

[**97**] In haar uitspraak van 26 februari 2014 is de Rechtbank Oost-Brabant ingegaan op de vordering van Woningstichting Servatius tegen acht voormalige leden van de raad van toezicht.[170] Woningstichting Servatius vorderde ook hier veroordeling van de acht leden van de raad van toezicht 'tot betaling van € 66.715.569,73, vermeerderd met wettelijke rente, en, voor zover een gedeelte van de schade nog niet kan worden begroot, tot vergoeding van dat gedeelte van de schade nader op te maken bij staat'. Woningstichting Servatius was van mening 'dat de leden van de RvT hun toezichthoudende taak in het kader van het Campus-project onbehoorlijk hebben vervuld en dat hen daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt zodat zij op grond van artikel 6:162 BW ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade'. Ook hier voerde Woningstichting Servatius aan dat dit zou hebben geresulteerd in een 'risicovol prestigeproject' buiten de kerntaak van de woningcorporatie, met onbeheersbare kosten, en waarvan stopzetting de enige reële optie was. Daartegenover stelden de leden van de raad van toezicht met name dat zij hun taak niet onbehoorlijk hadden vervuld. Ook beriepen zij zich erop dat er geen causaal verband bestond tussen hun handelen en de schade die Woningstichting Servatius zei te hebben geleden, en dat als zij al aansprakelijk waren, het bedrag van de schadevergoeding die zij zouden moeten betalen moest worden gematigd.

De rechtbank overwoog in het algemeen:

> Servatius verwijt de toezichthouders kort gezegd dat zij Verzijlbergh niet hebben belet onverantwoord te handelen. De gestelde aansprakelijkheid van de toezichthouders is dus afgeleid van die van het bestuur. Het kan daarom naar het oordeel van de rechtbank niet zo zijn dat de toezichthouders aansprakelijk worden gehouden voor (de schadelijke gevolgen van) een handelwijze van Verzijlbergh waarvoor deze zelf niet aansprakelijk is omdat de rechtbank ten aanzien van hem daarover heeft geoordeeld dat het geen ernstig verwijtbaar onbehoorlijk handelen oplevert (rechtsoverweging 4.4).

Twee leden van de raad van toezicht voerden aan dat zij niet aansprakelijk waren omdat zij vanaf 1 januari 2008 geen lid meer waren geweest van de raad van toezicht. De rechtbank honoreerde dit verweer:

---

[170] Rechtbank Oost-Brabant 26 februari 2014, *JOR* 2014/126 (Woningstichting Servatius *tegen* A.B.M. Verzijlbergh en acht leden van de raad van toezicht van Woningstichting Servatius). Vergelijk A. Hendrikse & M. Kalff, *Derdenbeslag op een BCA-Verzekering*, Nederlands Juristenblad 2014-31, p. 2172-2178, E.-M. Peeters, *Intern toezicht bij woningcorporaties: de vrijblijvendheid voorbij*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 57-58.

> Bovenstaand verweer slaagt. Uit het tussenvonnis van 20 november 2013 volgt dat het onbehoorlijk handelen van Verzijlbergh plaatsvond begin juli 2008 […]. De handelwijze van Verzijlbergh van vóór juli 2008 is door de rechtbank uitdrukkelijk niet als onbehoorlijk aangemerkt […]. Zonder deugdelijke toelichting valt niet in te zien hoe toezichthouders [H] en [I] gedurende hun zittingstermijn het onbehoorlijk handelen van Verzijlbergh, zoals dat uiteindelijk begin juli 2008 plaatsvond, hadden kunnen en moeten beletten (rechtsoverweging 4.15).

Wat betreft de overige leden van de raad van toezicht overwoog de rechtsbank vervolgens:

> Uit de notulen van de verschillende vergaderingen van de RvT komt naar voren dat de RvT steeds voorop heeft gesteld dat aan de voorwaarden van de Minister moest worden voldaan. Hierover bestond tussen de RvT en Verzijlbergh geen misverstand. De RvT kon naar het oordeel van de rechtbank echter niet volstaan met het stellen van dit algemene kader aan Verzijlbergh, maar diende de planvorming voor het project voldoende nauwlettend te volgen omdat het een groot project was, dat voor een substantieel deel bestond uit commercieel vastgoed, wat buiten de kerntaken van Servatius viel en waarmee zij (dus) minder ervaring had. Servatius zou in dit grote project een veelomvattende rol gaan spelen, met alle risico's van dien. De RvT wist bovendien uit eerdere projecten dat Verzijlbergh zich niet altijd aan de regels hield en de RvT niet altijd volledig en tijdig informeerde. Gelet op al deze omstandigheden was intensief toezicht geboden, zoals door Servatius met recht is aangevoerd. De RvT heeft zijn toezichthoudende taak inzake het Campusproject naar het oordeel van de rechtbank zeker vanaf eind 2007 serieus genomen. Op 18 december 2007 heeft hij besloten om een extern bureau het kostenaspect van het Campusproject te laten monitoren. Op 29 januari 2008 zijn door de RvT veel kritische vragen gesteld en zorgen geuit over het project. Ook is het rapport besproken dat op verzoek van de RvT door [Y] was opgesteld over de kwaliteit van de contractdocumenten en van de projectorganisatie. […] De RvT heeft vervolgens op 5 juli 2008 zijn (statutair vereiste) goedkeuring verleend voor de oprichting van Campus BV, maar daarbij ook een aantal afspraken met Verzijlbergh gemaakt. Zo is de afspraak gemaakt dat de aandelen aan de partners (gemeente en universiteit) zouden worden aangeboden. […],
>
> De RvT heeft op 5 juli 2008 ook zijn (statutair vereiste) goedkeuring verleend voor het afgeven van een garantstelling aan de aannemers, niet alleen voor de kosten voor het sociale deel, maar ook – naar rato van haar aandeel in de BV – voor de kosten van het commerciële deel

van het complex. Althans, zo staat het genotuleerd. Een dergelijke garantie was door de Minister verboden. De uitleg die de toezichthouders geven aan dit goedkeuringsbesluit is niet helder. In hun conclusie van antwoord […] stellen [B] c.s. dat zij akkoord zijn gegaan met een garantstelling naar rato van het aandeel van Servatius in Campus BV, omdat voor hen een garantstelling voor het commerciële deel evident verbonden was aan de door de Minister goedgekeurde aandelenverhouding binnen Campus BV. Zij dachten daarmee dus te handelen binnen de aanwijzing van de Minister. […] Wat hiervan zij, ook als de RvT op 5 juli 2008 wel heeft ingestemd met de afgifte van een garantstelling die mede zag op (40% van) het commerciële deel van het project, dan neemt de rechtbank aan, gezien de stelligheid waarmee ook op 5 juli 2008 door de RvT is vastgehouden aan de eis dat volgens de aanwijzing van de Minister moest worden gehandeld, dat de RvT destijds heeft gemeend dat een dergelijke beperkte garantstelling in overeenstemming was met de aanwijzing van de Minister. De RvT heeft aldus niet welbewust zijn goedkeuring verleend aan een handelwijze in strijd met de aanwijzing van de Minister. […],

Over het verwijt van Servatius, dat de toezichthouders de zaak na 5 juli 2008 op zijn beloop hebben gelaten en er ten onrechte blind op hebben vertrouwd dat Verzijlbergh de geformuleerde actiepunten zou uitvoeren alvorens te starten met de bouw, overweegt de rechtbank als volgt. Het staat vast dat Verzijlbergh de door de RvT op 5 juli 2008 verleende goedkeuring heeft aangegrepen om het project door te zetten. Hij heeft zich van de daarbij gestelde voorwaarden weinig tot niets aangetrokken en er op vertrouwd dat een en ander gaandeweg het project wel goed zou komen. De RvT had zich na 5 juli 2008 actiever kunnen opstellen, door buiten de vergadering om de vinger aan de pols te houden over de voortgang van het project. Voor het nauwlettend in de gaten houden van Verzijlbergh was ook wel enige aanleiding, gezien de ervaringen van de RvT met Verzijlbergh. Toch komt de rechtbank niet tot het oordeel dat de RvT ernstig tekort is geschoten in het toezicht. De uitvoering van met de RvT gemaakte afspraken behoort tot de verantwoordelijkheid van de bestuurder. Gelet op de inhoud van de notulen van 5 juli 2008 moet het voor Verzijlbergh duidelijk zijn geweest dat de RvT wilde dat het project zou worden opgezet volgens de aanwijzing van de Minister, en dat de RvT met het oog daarop voorwaarden stelde aan zijn goedkeuring waaraan moest worden voldaan voordat groen licht kon worden gegeven aan de aannemers. […],
[waarna de rechtbank tot de volgende conclusie kwam:]

Op basis van het voorgaande concludeert de rechtbank als volgt. De RvT heeft op een serieuze wijze invulling gegeven aan zijn toezicht-

houdende taak door de voorbereiding en voortgang van het Campus-project nauwlettend te volgen, door vragen te stellen, door informatie van deskundige derden in te winnen, en door sturing te geven aan het handelen van Verzijlbergh middels het formuleren van kaders, het geven van concrete opdrachten, en het stellen van voorwaarden bij verlening van zijn statutair vereiste goedkeuring voor het oprichten van Campus BV en het afgeven van betalingsgaranties voor de bouw van de Campus' (rechtsoverweging 4.22-4.30, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten).

F. RECHTSPRAAK: DE TWEEDE STANDAARDVORM

case study no. 6: gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 31 december 2013: *Stichting De Wieden*

[**98**] Stichting De Wieden die in oktober 2008 was opgericht had tot doel leer- en werkcentra te exploiteren voor personen 'met een afstand tot de arbeidsmarkt'. Stichting De Wieden had een bestuur dat bestond uit F. Ziengs en C en een de raad van toezicht die bestond uit A en B. De stichting is in 2009 op verzoek van F. Ziengs failliet verklaard. De curator in het faillissement van Stichting De Wieden heeft een vordering ingesteld tegen F. Ziengs, A en B. De curator vorderde veroordeling van deze drie personen 'tot betaling van de door Stichting en/of haar schuldeisers geleden schade'. Deze vordering was gebaseerd op artikel 2:138 BW (wat betreft F. Ziengs via artikel 2:300a BW en wat betreft A en B via artikel 2:300a en 2:149 BW), artikel 2:9 BW (wat betreft A en B via artikel 2:300a en 2:149 BW) en artikel 6:162 BW. De curator stelde zich op het standpunt dat F. Ziengs, A en B ervoor verantwoordelijk waren dat de stichting in het kader van haar doelstelling een winkel was gaan exploiteren als leer- en werkcentrum die van meet af aan verliesgevend was en die exploitatie hadden voortgezet, wat had geleid tot het faillissement van de stichting. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen op grond van artikel 2:138 BW. Zowel F. Ziengs als A en B hebben tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft het hoger beroep van F. Ziengs in zijn arrest van 31 december 2013 afgewezen en het tussen F. Ziengs en de curator gewezen vonnis van de rechtbank bekrachtigd.[171] F. Ziengs voerde aan de rechtbank ten onrechte tot de conclusie was gekomen dat sprake was van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur van Stichting De Wieden. Het hof overwoog in het algemeen: 'Of in een bepaalde situatie sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur moet door de rechter naar redelijkheid en billijkheid, met inachtneming van de concrete omstandigheden van het geval, worden beantwoord. Kennelijk onredelijk bestuur in de zin van art. 2:138 en

[171] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 31 december 2013, *JOR* 2014/156 (F. Ziengs *tegen* E.A.M. Claassen in zijn hoedanigheid van curator van Stichting De Wieden).

2:248 BW doet zich slechts voor als geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus zou hebben gehandeld'. Vervolgens overwoog het hof:

> Dat Ziengs de stichting een winkel heeft doen exploiteren en die exploitatie circa acht maanden heeft doen voortduren volgt uit de notulen van de bestuursvergadering. De enkele stelling dat Ziengs niet betrokken was bij bestuurlijk handelen aangaande die exploitatie en de voortzetting daarvan, verdraagt zich niet met de diverse en gedetailleerde notulen van de bestuursvergaderingen, waarbij Ziengs steeds aanwezig was. Uit die notulen volgt tevens duidelijk dat Ziengs wist of behoorde te weten dat die exploitatie van meet af aan verliesgevend was terwijl enige financiële dekking voor die verliezen ontbrak en er evenmin sprake was van uitzicht op het verkrijgen van dekking. […] Ziengs heeft derhalve bewust de exploitatie doen beginnen en deze voortgezet wetend dat enige vorm van dekking voor daaruit voortvloeiende verliezen ontbrak (rechtsoverweging 5.2.5-5.2.6, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten),

met als verdere motivering:

> Hoewel een bestuurder enig risico mag aanvaarden bij het exploiteren van de onderneming van de door hem bestuurde rechtspersoon heeft Ziengs bewust een tekort doen ontstaan in de ongefundeerde verwachting dat deze in de toekomst wel zouden kunnen worden voldaan. De [bank], de gemeente, de provincie en diverse fondsen weigerden echter alle financiering of verbonden daaraan voor de stichting onhaalbare voorwaarden. Het salaris van Ziengs werd na enige tijd in het geheel niet meer betaald en ook andere schuldeisers bleven onvoldaan. Het bestuurlijk handelen van Ziengs was lichtvaardig en het optimisme van de bestuurders vond geen steun in de gegeven omstandigheden. Naar het oordeel van het hof had geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld (rechtsoverweging 5.2.10).

Het hof verwierp het beroep van F. Ziengs op artikel 2:138 lid 3 BW dat hem geen verwijt trof omdat hij 'geen bestuurlijke rol van betekenis vervulde' als volgt:

> Disculpatie door een bestuurder is mogelijk, als hij feiten en omstandigheden stelt waaruit volgt dat hem persoonlijk geen verwijt treft en door hem schade beperkende maatregelen zijn getroffen. Het verwijt dat de bestuurders in deze zaak wordt gemaakt treft ieder van hen echter in gelijke mate. Van iedere bestuurder mag waakzaamheid worden verwacht ten aanzien van bestuursverplichtingen op financieel vlak.

> Dat geldt te meer als, zoals hier het geval is, de bestuurders bekend waren met een verliesgevende situatie die zij uit de bestaande middelen niet konden opvangen, terwijl er geen aanleiding was verbetering van de resultaten en/of dekking van de tekorten te verwachten en enige dekking voor het oplopende verlies ontbrak. Ziengs nam deel aan alle bestuursvergaderingen waar het beleid werd gevormd en afspraken werden gemaakt over de wijze van exploiteren en overige financiele aangelegenheden van de stichting. In die vergaderingen had Ziengs, getuige de notulen, een actieve bijdrage en ontving hij informatie over de gang van zaken. Met (A) en (B) heeft Ziengs bewerkstelligd en toegestaan dat een ongedekt tekort is ontstaan dat uiteindelijk heeft geleid tot het faillissement van de stichting. Het hof ziet dan ook geen aanleiding, om gezien het verweten bestuurlijk handelen, de rol die Ziengs heeft gespeeld als minder zwaar te beoordelen dan die van (A) en/of (B) (rechtsoverweging 5.3.2-5.3.4, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten).

Het hof verwierp ook het beroep van F. Ziengs op artikel 2:138 lid 4 BW dat er redenen waren om het bedrag waarvoor hij aansprakelijk was te matigen. In dat verband overwoog het hof :'Het door Ziengs genoemde uitbreken van de economische crisis versterkt het verwijt dat de onderneming is gestart met een negatieve exploitatie en zonder dekking, wat in een tijd van ongunstige economische ontwikkelingen riskanter is dan in een gunstig economisch klimaat. Bedacht dient daarbij te worden dat gesteld noch gebleken is dat met de exploitatie van de winkel is begonnen voorafgaand aan de crisis en dat door de daarop volgende ongunstige economische ontwikkelingen de exploitatie van de winkel is mislukt'.

case study no. 7: rechtbank Midden-Nederland 30 april 2014: *Stichting Daidalos*

de feiten in de Daidalos-zaak

[**99**] Stichting Daidalos was in 1996 opgericht door A (beeldend kunstenaar) en B (arts/psychotherapeute). Stichting Daidalos hield zich bezig met het aanbieden van somatische en psychosomatische zorg aan personen die herstelden van een operatie of ziekte of die (ernstige) vermoeidheidsklachten hadden, mede door het in stand houden van een instelling waar deze personen zich konden voorbereiden op een terugkeer in de samenleving door gebruik te maken van therapievormen waarin kunst een belangrijke rol speelde. Stichting Daidalos was een algemeen nut beogende instelling. Stichting Daidalos is in december 2011 in staat van faillissement verklaard. A en B zijn gedurende vrijwel de gehele periode waarin de stichting werkzaam was bestuurder geweest van de stichting (naast A en B waren er ook andere be-

stuurders); tot in 2005-2006 functioneerde binnen de stichting ook een raad van toezicht. In 1996 heeft Stichting Daidalos voor een bedrag van 2.000.000 gulden een perceel gekocht waarop een voormalig klooster en een voormalig woonhuis stonden. Stichting Daidalos heeft het woonhuis voor een bedrag van 300.000 gulden verkocht aan A en heeft het klooster voor een bedrag van 1.700.000 gulden verkocht aan Daidalos BV. De aandelen in Daidalos BV werden gehouden door Stichting Administratiekantoor Daidalos die certificaten had uitgegeven aan A en B; A en B waren de bestuurders van zowel Daidalos BV als de stichting. Daidalos BV was voor de koop van het klooster een bancaire lening aangegaan lening en had ten behoeve van de bank een recht van hypotheek gevestigd op het klooster. De aflossing van de lening gebeurde uit de opbrengst uit de verhuur van het klooster aan Stichting Daidalos.

In 2006 heeft het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg de inschrijving van B als arts en physiotherapeute doorgehaald (in 2007 heeft het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg deze beslissing in hoger beroep bevestigd). Als gevolg hiervan heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg beslist dat in de instelling van Stichting Daidalos geen nieuwe patiënten meer mochten worden opgenomen; vanaf eind 2006 zijn geen patiënten meer behandeld in de instelling. A en B hebben onderling verschillende juridische procedures gevoerd. Daidalos BV heeft het klooster in 2007 verkocht voor € 3.275.000.

De curator in het faillissement van Stichting Daidalos heeft een vordering ingesteld tegen A en B op grond van artikel 2:9 BW en 6:162 BW. Daartoe voerde de curator aan 'dat het faillissement van de Stichting een gevolg is van een opeenstapeling van disfunctioneren van (A) en (B)'. De curator vorderde hoofdelijke veroordeling van A en B tot betaling van het faillissementstekort van Stichting Daidalos (voorlopig begroot op iets meer dan € 67.000). De rechtbank Midden-Nederland heeft deze vordering in haar vonnis van 30 april 2014 afgewezen.[172] Daarbij heeft de rechtbank na enkele algemene overwegingen de stellingen van de curator besproken. Hierna volgen de algemene overwegingen van de rechtbank en de overwegingen van de rechtbank over enkele van de stellingen van de curator.

de algemene overwegingen van de rechtbank

[**100**] De rechtbank overwoog over de op artikel 2:9 en 6:162 BW gebaseerde vordering van de curator:

[172] Rechtbank Midden-Nederland 30 april 2014, *JOR* 2014/291 (R. van Dijk in hoedanigheid van curator in het faillissement van Stichting Daidalos *tegen* A en B).

5.1 De curator baseert zijn vorderingen in de eerste plaats op onbehoorlijke taakvervulling van (A) en (B) jegens de Stichting in de zin van artikel 2:9 BW. Van aansprakelijkheid van een bestuurder jegens de vennootschap op de voet van dat artikel is pas sprake wanneer geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zo gehandeld zou hebben als de in het geding zijnde bestuurder. Die bestuurder moet van de verweten gedragingen een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt. Of dat het geval is moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.
5.2 In de tweede plaats baseert de curator zijn vorderingen op een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) van (A) en (B) in hun hoedanigheid van bestuurders van de Stichting jegens de gezamenlijke schuldeisers van de Stichting. Van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad kan sprake zijn bij een handelen of nalaten in strijd met een wettelijke of ongeschreven gedragsnorm die strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden. Een vordering die door een curator op deze grondslag wordt ingesteld tegen een bestuurder van een failliete vennootschap is alleen toewijsbaar indien de schade die hij op de bestuurder tracht te verhalen door de schuldeisers gezamenlijk is geleden.
5.3 Ook indien komt vast te staan dat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van artikel 2:9 BW danwel van een onrechtmatige daad jegens de gezamenlijke schuldeisers zijn de vorderingen van de curator alleen toewijsbaar wanneer de gedragingen waaruit de onbehoorlijke taakvervulling/het onrechtmatig handelen heeft bestaan afzonderlijk, of in ieder geval in hun onderlinge samenhang bezien, tot schade voor de Stichting en/of de gezamenlijke schuldeisers van de Stichting hebben geleid ter hoogte van het faillissementstekort.

de overwegingen van de rechtbank over de administratie en de jaarrekeningen

[**101**] De curator voerde aan dat ‘de Stichting geen deugdelijke administratie heeft bijgehouden’, dat ‘de jaarrekening 2007 van de Stichting onjuist is’ en ‘het bestuur van de Stichting in strijd met haar wettelijke en statutaire plicht over de jaren 2008 en later geen jaarrekening heeft opgemaakt’, en dat ‘de gepubliceerde jaarstukken van de Stichting in strijd met de statuten niet zijn ondertekend door de Raad van Toezicht’. Bij de beoordeling van dit standpunt heeft de rechtbank na enkele algemene overwegingen deze stellingen van de curator besproken. De rechtbank overwoog in het algemeen:

5.14 Het voeren van een deugdelijke administratie behoort tot de kerntaken van het bestuur van een rechtspersoon zoals een Stichting (artikel 2:10 BW). Op grond van de Regeling Verslaggeving Wet Toelating Zorginstellingen en op grond van artikel 26 van de statuten van de

Stichting was het bestuur ook verplicht een jaarrekening op te maken conform titel 9 van boek 2 BW. Ook dat is een kerntaak van het bestuur. Worden deze verplichtingen niet nagekomen dan staat daarmee in beginsel vast dat het bestuur collectief een ernstig verwijt kan worden gemaakt, zodat sprake is van onbehoorlijke taakvervulling. Daarnaast geldt dat een schending van een statutaire bepaling die de rechtspersoon beoogt te beschermen een zwaarwegende omstandigheid is die in beginsel leidt tot aansprakelijkheid van het bestuur jegens de rechtspersoon.
5.15 De hiervoor bedoelde verplichtingen strekken niet alleen tot bescherming van het belang van de rechtspersoon maar ook van haar schuldeisers. Wordt in die verplichtingen zodanig tekortgeschoten dat dit handelen kwalificeert als onbehoorlijke taakvervulling, dan staat daarmee ook vast dat onrechtmatig is gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers.

Vervolgens overwoog de rechtbank in concreto:

5.16 Vast staat dat de Stichting en Daidalos BV een gezamenlijke bankrekening hadden waarop de inkomsten van beide rechtspersonen binnen kwamen. Ook werden vanaf deze bankrekening de uitgaven van de Stichting en Daidalos BV gedaan. Deze gang van zaken brengt het risico mee dat niet kan worden vastgesteld welke inkomsten en uitgaven aan de Stichting dan wel aan Daidalos BV moeten worden toegerekend. Voor de jaren tot en met 2007 leidt dit echter niet tot de conclusie dat (A) en (B) ter zake van de administratie een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Tot en met het jaar 2007 deed accountantskantoor [X] de boekhouding van de Stichting. Ook heeft dat accountantskantoor tot en met boekjaar 2007 de jaarrekeningen van de Stichting samengesteld. Niet gesteld of gebleken is dat het voeren van een gezamenlijke bankrekening door de Stichting en Daidalos BV tot onoverkomelijke problemen heeft geleid voor de accountant dan wel dat de accountant bij het verzorgen van de boekhouding van de Stichting een beroepsfout heeft gemaakt. Van onbehoorlijk bestuur van (A) en (B) ten aanzien van de boekhouding tot en met 2007 is dan ook geen sprake. De omstandigheid dat de curator over het jaar 2007 geen (digitale) administratie bij de Stichting heeft aangetroffen maakt dit oordeel niet anders.
5.17 De Stichting heeft vanaf 1 januari 2008 tot de datum van haar faillissement geen (digitale) administratie bijgehouden. Evenmin heeft zij in die periode gebruik gemaakt van de diensten van een boekhouder. De Stichting en Daidalos BV voerden ook in die periode een gezamenlijke bankrekening. De curator heeft afschriften overgelegd van die bankrekening over de periode van januari 2008 tot en met oktober 2009. Het totaal beslaat 31 pagina's en vermeldt een aanzienlijk aantal

boekingen. Op verzoek van de curator heeft (B) geprobeerd inzichtelijk te maken welke bedragen in 2008 en 2009 konden worden toegerekend aan de Stichting en welke aan Daidalos BV. Ten aanzien van de uitgaven is zij daarin niet geslaagd […]. Hieruit blijkt dat het bestuur van de Stichting in de periode vanaf 1 januari 2008 niet in staat was te alle tijden inzicht te verkrijgen in de rechten en verplichtingen van de Stichting. Ondanks dat er in die periode geen patiënten meer werden behandeld en de Stichting ten opzichte van de periode tot en met 2006 veel minder activiteiten heeft ontplooid moet de conclusie gelet op het voorgaande luiden dat (A) en (B) hun bestuurstaak om zorg te dragen voor een deugdelijke administratie niet zijn nagekomen en dat hen daarvan een ernstig verwijt treft,

5.19 Volgens (A) en (B) was [de jaarrekening 2007] een concept en hebben zij als bestuurders de jaarrekening 2007 nooit ondertekend. Daar vanuit gaande staat vast dat zij als de (in 2008 en later) enige twee bestuurders van de Stichting in strijd met hun wettelijke en statutaire plicht geen jaarrekening 2007 van de Stichting hebben opgemaakt. Dat geldt ook voor de jaarrekeningen over 2008 tot en met 2010 (over 2011 hoefde in verband met het op 27 december van dat jaar uitgesproken faillissement geen jaarrekening te worden opgemaakt). De stelling van (A) en (B), dat hun nieuwe accountant [Y] hun heeft meegedeeld dat de Stichting geen jaarrekeningen hoefde op te maken omdat zij al sinds 1 december 2006 geen activiteiten meer had, wordt door de rechtbank gepasseerd. Dit standpunt vindt immers geen steun in het wettelijk systeem zodat het zonder nadere onderbouwing, bijvoorbeeld een schriftelijke verklaring van die accountant, niet aannemelijk is dat een dergelijk advies is gegeven. Van het niet opmaken van de jaarrekeningen over 2007 tot en met 2010 kan (A) en (B) dan ook een ernstig verwijt worden gemaakt,

en:

5.20 Ten aanzien van de wel opgemaakte jaarrekeningen staat vast dat deze in strijd met [de relevante bepalingen in] de statuten niet zijn ondertekend door de Raad van Toezicht. Gelet op het debat van partijen gaat de rechtbank er van uit dat het hierbij de jaarrekeningen betreft die zijn opgemaakt nadat de Raad van Toezicht in het najaar van 2005 is afgetreden (dus in ieder geval de jaarrekeningen 2005 en 2006). Op grond van de statuten had de aftredende Raad van Toezicht een nieuwe Raad van Toezicht moeten benoemen maar zij heeft dat nagelaten. Terecht voert de curator aan dat de verantwoordelijkheid voor het herstellen van het toezichthoudende orgaan op (A) en (B) rustte omdat sprake was van belangenverstrengeling. (A) en (B) waren immers tevens de enige bestuurders en (indirect) aandeelhouders van Daidalos

> BV, van welke vennootschap tot 1 december 2006 het klooster door de Stichting werd gehuurd en met welke vennootschap tot aan de datum van het faillissement een bankrekening werd gedeeld. (A) en (B) hebben echter geen inspanningen verricht die ertoe konden leiden dat een nieuwe Raad van Toezicht werd aangesteld. Onder de hiervoor genoemde omstandigheden kan hen ook daarvan een ernstig verwijt worden gemaakt,

maar:

> 5.21 Op grond van het voorgaande kan worden vastgesteld dat sprake is van onbehoorlijk bestuur van (A) en (B) wat betreft de administratie vanaf 2008 en de jaarrekeningen over 2005 tot en met 2010. Hun tekortschietend handelen op deze deelterreinen leveren ook een onrechtmatige daad op jegens de gezamenlijke schuldeisers. De curator heeft echter geen feiten of omstandigheden aangevoerd die aannemelijk maken dat deze schendingen van de bestuurstaak tot schade voor de Stichting of haar gezamenlijke schuldeisers hebben geleid. De conclusie luidt […] dat het causaal verband tussen de hier aan de orde zijnde gedragingen van (A) en (B) en de gestelde schade (ter hoogte van het faillissementstekort) ontbreekt.

de overwegingen van de rechtbank over selectieve betaling

[**102**] De curator voerde aan dat 'twee schuldeisers doelbewust niet zijn betaald' door Stichting Daidalos. De rechtbank overwoog over deze stelling van de curator:

> 5.23 De curator betoogt dat (A) en (B) ook onrechtmatig hebben gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers van de Stichting doordat zij hebben bewerkstelligd dat (C) en (G) als enige twee schuldeisers doelbewust niet zijn betaald. […] Hierover oordeelt de rechtbank als volgt.
> 5.24 Selectieve wanbetaling is onder omstandigheden onrechtmatig jegens de individuele (benadeelde) schuldeiser. De behartiging van de belangen van individuele (benadeelde) schuldeisers valt echter buiten de grenzen van de in artikel 68 lid 1 Fw aan de curator gegeven opdracht, terwijl ook overigens in de Faillissementswet daarvoor geen grondslag valt te vinden. Op grond van de Peeters/Gatzen-jurisprudentie is de curator wel bevoegd om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de failliete rechtspersoon een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen jegens een derde (zoals een bestuurder van een rechtspersoon) wegens benadeling van deze gezamenlijke schuldeisers. Het selectief betalen van schuldeisers kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn jegens de gezamenlijke

schuldeisers indien dit plaats vindt nadat de bestuurder wist of behoorde te weten dat een faillissement redelijkerwijs te verwachten was. Na dat moment – de peildatum – heeft de bestuurder niet de vrijheid om bepaalde schuldeisers, anders dan op grond van de wettelijke regels, met voorrang te voldoen boven andere schuldeisers. Onder de gezamenlijke schuldeisers vallen in dit verband degenen die al op de peildatum schuldeiser waren (de oude schuldeisers) en degenen die dat daarna zijn geworden (de nieuwe schuldeisers). Volgens de curator kan als peildatum 11 november 2005 worden gehanteerd. Bij gebrek aan betwisting op dit punt van de zijde van (A) en (B) zal de rechtbank die datum als peildatum hanteren.

5.25 Gelet op het kleine aantal bij de curator ingediende vorderingen […] staat vast dat de Stichting na de peildatum het grootste deel van haar schulden heeft voldaan. Volgens (A) en (B) is van doelbewuste niet-betaling van (C) en (G) geen sprake. De vraag of dat zo is hoeft echter niet te worden beantwoord. Ook indien er veronderstellenderwijs van uit wordt gegaan dat (C) en (G) doelbewust niet zijn betaald valt immers niet in te zien dat de gezamenlijke schuldeisers van de Stichting daardoor zijn benadeeld. Voor de curator is hier dus geen taak weggelegd zodat hij in zijn vordering, voor zover gebaseerd op doelbewuste niet-betaling van (C) en (G), niet ontvankelijk is.

HOOFDSTUK 8
ADVIESRECHT EN ENQUÊTERECHT

A. ADVIESRECHT: REORGANISATIE EN OVERNAME

inleiding: de Wet op de ondernemingsraden

[**103**] De ondernemingsraad is een belangrijke belanghebbende (*stakeholder*) en *internal constituency*. Artikel 2 lid 1 Wor bepaalt: 'De ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, is in het belang van het goed functioneren van die onderneming in al haar doelstellingen verplicht om ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen een ondernemingsraad in te stellen'. In dat verband bepaalt artikel 1 lid 2 Wor: 'Voor de toepassing van het bij of krachtens deze wet bepaalde wordt onder in de onderneming werkzame personen verstaan: degenen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens een publiekrechtelijke aanstelling bij dan wel krachtens een arbeidsovereenkomst met de ondernemer die de onderneming in stand houdt'. Enkele bepalingen over de ondernemingsraad zijn artikel 6 lid 1 Wor: 'Een ondernemingsraad bestaat uit leden die door de in de onderneming werkzame personen rechtstreeks uit hun midden worden gekozen. Hun aantal bedraagt in een onderneming

- met minder dan 50 personen 3 leden;
- met 50 tot 100 personen 5 leden;
- met 100 tot 200 personen 7 leden;
- met 200 tot 400 personen 9 leden;
- met 400 tot 600 personen 11 leden
- met 600 tot 1000 personen 13 leden;
- met 1000 tot 2000 personen 15 leden;
- en zo vervolgens bij elk volgend duizendtal personen 2 leden meer, tot ten hoogste 25 leden',

artikel 7 Wor: 'De ondernemingsraad kiest uit zijn midden een voorzitter en een of meer plaatsvervangende voorzitters. De voorzitter, of bij diens verhindering een plaatsvervangende voorzitter, vertegenwoordigt de ondernemingsraad in rechte', artikel 12 Wor: 'De leden van de ondernemingsraad treden om de drie jaren tegelijk af. Zij zijn terstond herkiesbaar' (lid 1) en 'Wanneer een lid van de ondernemingsraad ophoudt in de onderneming werkzaam te zijn, eindigt van rechtswege zijn lidmaatschap van de ondernemingsraad' (lid 3), artikel 22 lid 1 Wor: 'De kosten die redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de ondernemingsraad en de commissies van die raad komen ten laste van de ondernemer', en artikel 22a Wor: 'In rechtsgedingen tussen de ondernemer en de ondernemingsraad kan de ondernemingsraad niet in de proceskosten worden veroordeeld'.

Het overleg tussen de ondernemer en de ondernemingsraad vindt plaats in de zogenoemde overlegvergadering: 'In de overlegvergadering wordt ten minste tweemaal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming besproken. De ondernemer doet in dit kader mededeling over besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot de aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27. Daarbij worden afspraken gemaakt wanneer en op welke wijze de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken' (artikel 24 lid 1 Wor). Namens de ondernemer treedt in het overleg met de ondernemingsraad de *bestuurder* in de zin van de Wet op de ondernemingsraden op: 'hij die alleen dan wel te zamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid' (artikel 1 lid 1 onder e Wor). 'De overlegvergadering wordt, tenzij de ondernemer en de ondernemingsraad te zamen een andere regeling treffen, beurtelings geleid door de bestuurder […] en de voorzitter of de plaatsvervangende voorzitter van de ondernemingsraad' (artikel 23a lid 2 Wor). Kernbevoegdheden van de ondernemingsraad zijn het instemmingsrecht over voorgenomen besluiten op het gebied van arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden en privacy, en het adviesrecht over voorgenomen besluiten op bedrijfseconomisch, bedrijfsfinancieel en bedrijfsorganisatorisch gebied. Het instemmingsrecht is geregeld in artikel 27 Wor en omvat onder andere: 'een arbeids- en rusttijdenregeling of een vakantieregeling' (lid 1 onder b), 'een belonings- of een functiewaarderingssysteem' (lid 1 onder c) en 'een regeling inzake voorzieningen die gericht zijn op of geschikt zijn voor waarneming van of controle op aanwezigheid, gedrag of prestaties van de in de onderneming werkzame personen' (lid 1 onder l). Het adviesrecht is geregeld in artikel 25 Wor en omvat onder andere 'belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming' (lid 1 onder d), 'belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming' (lid 1 onder e) en 'het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming' (lid 1 onder i). Aan het adviesrecht is het beroepsrecht van artikel 26 Wor verbonden: 'De ondernemingsraad kan bij de ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam beroep instellen tegen een besluit van de ondernemer […] wanneer dat besluit niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad' (lid 1). De Ondernemingskamer toetst een ingesteld beroep aan de norm van lid 4 en 5: 'Het beroep kan uitsluitend worden ingesteld ter zake dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen' (lid 4), en 'Indien de ondernemingskamer het beroep gegrond bevindt, verklaart zij dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het betrokken besluit had kunnen komen'. De ondernemingskamer kan de volgende voorzieningen treffen als de ondernemingsraad daarom vraagt (zowel in de vorm van voorlopige voorzieningen (lid 8) als in de vorm van definitieve voorzieningen (lid 5): 'a . het opleggen van de verplichting aan de ondernemer om het besluit geheel of ten dele in te trek-

ken, alsmede om aan te wijzen gevolgen van dat besluit ongedaan te maken' en 'b. het opleggen van een verbod aan de ondernemer om handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit of van onderdelen daarvan' (lid 5). De toetsing door de Ondernemingskamer is tweeledig. Ten eerste toetst de Ondernemingskamer aan de procedurevoorschriften van artikel 25 Wor:
- lid 1: de ondernemer moet advies vragen als een voorgenomen besluit onder art. 25 lid 1 valt,
- lid 2: de ondernemer moet tijdig advies vragen,
- lid 3: de ondernemer moet de adviesaanvraag motiveren, en:
- lid 5: de ondernemer moet afwijking van het advies van de OR motiveren.
Ten tweede toetst de Ondernemingskamer aan de inhoudelijke vraag of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen. De inhoudelijke toetsing door de Ondernemingskamer verder dan een beperkte ('marginale') toetsing die de tekst van de norm van artikel 26 lid 4 en 5 Wor suggereert. Dit komt doordat de procedurele toetsing door de Ondernemingskamer mede een inhoudelijke toetsing is: de Ondernemingskamer toetst het besluit indringend aan de combinatie van artikel 25 lid 3 Wor ('Bij het vragen van advies wordt aan de ondernemingsraad een overzicht verstrekt van de beweegredenen voor het besluit') en artikel 25 lid 5 Wor ('Indien het advies van de ondernemingsraad niet of niet geheel is gevolgd, wordt aan de ondernemingsraad tevens meegedeeld, waarom van dat advies is afgeweken'). Dan kan blijken dat de kritiek van de Ondernemingskamer op de motivering van het besluit ertoe leidt dat een bepaalde motivering zo zwak is dat het erop lijkt dat het besluit ook bij een nieuwe adviesaanvraag niet anders of beter gemotiveerd kan worden. Dat doet zich met name voor als de ondernemer de motivering van het besluit heeft gebaseerd op prognoses en toekomstverwachtingen of in de motivering van het besluit heeft verwezen naar in de toekomst nog te nemen maatregelen. Een nieuwe adviesaanvraag kan dan beter wachten tot de omstandigheden zijn veranderd. Dat levert de ondernemingsraad op zijn minst tijdwinst op.

case study no. 8: Ondernemingskamer 27 november 2014: *Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen* (te laat advies vragen: een onredelijk opheffingsbesluit)

In de zaak *Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen* was sprake van een besluit tot opheffing van een instituut waarover te laat advies was gevraagd aan de ondernemingsraad.

[**104**] De Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen was een publiekrechtelijke rechtspersoon met een door de Ondernemingskamer als volgt omschreven wettelijk taak: 'Zij is werkzaam op het gebied van wetenschappelijk onderzoek en bevordert uitwisseling van gedachten en informa-

tie tussen haar leden onderling en tussen haar leden en andere wetenschapsbeoefenaren en wetenschappelijke organisaties, is adviseur van de minister op het gebied van wetenschapsbeoefening en bevordert de wetenschapsbeoefening door werkzaamheden op dat gebied (te doen) verrichten. In dat kader voert de KNAW het beleid en het beheer over wetenschappelijke onderzoeksinstituten'. De middelen van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen waren afkomstig van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. De Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen werd geconfronteerd met door het Ministerie aangekondigde bezuinigingen. Dit leidde tot het voornemen het Interuniversitair Cardiologisch Instituut Nederland op te heffen dan wel buiten de KNAW-organisatie te plaatsen. De keuze om juist het Interuniversitair Cardiologisch Instituut Nederland op te heffen of buiten de KNAW-organisatie te plaatsen was onder meer ingegeven door de omstandigheid dat binnen het Interuniversitair Cardiologisch Instituut Nederland geen onderzoek werd verricht (dat was binnen andere KNAW-instituten wel het geval). De Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen heeft de ondernemingsraad op 12 februari 2014 in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over het opheffen van het Interuniversitair Cardiologisch Instituut Nederland. Daarbij vermeldde de adviesaanvraag 'dat er op dat moment geen derde partij is die bereid is de basisfinanciering van de KNAW geheel over te nemen en dat de KNAW niet verwacht dat dit gaat gebeuren'. De ondernemingsraad heeft op 26 maart 2014 negatief geadviseerd. De ondernemingsraad was met name van mening dat het advies te laat was gevraagd 'zodat een advies van de ondernemingsraad niet meer van wezenlijke invloed kan zijn'. De ondernemingsraad wees er onder meer op dat de voorzitter van het bestuur van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen de ondernemingsraad al in juli 2013 had ingelicht over de voornemens van het bestuur van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen met betrekking tot het Interuniversitair Cardiologisch Instituut Nederland. De Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen heeft op 7 mei 2014 besloten overeenkomstig haar voornemen. De ondernemingsraad heeft in januari 2014 tegen het besluit beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. In haar beschikking van 27 november 2014 heeft de Ondernemingskamer beslist dat de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid had kunnen komen tot het opheffingsbesluit en verplichtte zij de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen het besluit in te trekken, met het verbod uitvoering te geven aan het besluit en de met de verplichting de gevolgen van het besluit ongedaan te maken.[173] De Ondernemingskamer overwoog:

[173] OK 27 november 2014, *JAR* 2015/50 (de ondernemingsraad van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen *tegen* de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen).

'De Ondernemingskamer is van oordeel dat de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed op het besluit van 7 mei 2014 tot opheffing van het ICIN heeft kunnen uitoefenen. Voor dit oordeel is het volgende redengevend. Het besluit tot het stopzetten van de financiering van het ICIN, welk besluit in het kader van de door het Ministerie van OCW opgelegde bezuinigingen in de zomer van 2013 was genomen en waarover geen advies was gevraagd, leidt er de facto toe dat het ICIN als instituut van de KNAW wordt opgeheven. Dat de KNAW in de zomer van 2013 nog uitging van de mogelijkheid dat het ICIN elders kon worden ondergebracht dan wel dat zij als een zelfstandig instituut verder zou gaan, maakt dit niet anders. Dat het besluit strekte tot opheffing van het ICIN, blijkt onder andere uit de notitie bij de notulen van 8 juli 2013 [van de vergadering van het bestuur van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen], de brief van [de voorzitter van het bestuur] aan de ondernemingsraad van 22 juli 2013 […] en de brief van het KNAW aan het ICIN van 23 oktober 2013 […]. In deze laatste brief staat dat het besluit tot het beëindigen van de lumpsum bijdrage al op 17 juni 2013 aan het ICIN bekend is gemaakt en dat dit besluit betekent dat stapsgewijs toegewerkt gaat worden naar de opheffing van het ICIN per 1 januari 2015. De KNAW spreekt weliswaar steeds van een *voornemen* om van het ICIN als instituut van de KNAW afscheid te nemen, maar dat laat onverlet dat het besluit de financiering te beëindigen noodzakelijkerwijs leidt tot opheffing van het ICIN als instituut van de KNAW. Nu dit principebesluit was genomen, bestond er voor de ondernemingsraad geen mogelijkheid meer om daadwerkelijk invloed uit te oefenen op het voorgenomen besluit van de KNAW in haar adviesaanvraag van 12 februari 2014 'tot opheffing van het ICIN' en kon hij alleen nog maar advies uitbrengen over de implementatie van dit besluit en de personele gevolgen. Door de ondernemingsraad voorgestelde alternatieve maatregelen om de bezuinigingen op te vangen, konden alleen al om die reden niet meer bij het nemen van het besluit van 7 mei 2014 worden betrokken: dit was al een gepasseerd station. Bovenstaande overwegingen leiden tot de conclusie dat de KNAW in redelijkheid niet tot het besluit van 7 mei 2014 heeft kunnen komen' (rechtsoverweging 3.3).

case study no. 9: Ondernemingskamer 12 juni 2012: *Vereniging Veilig Verkeer Nederland* (een onredelijk reorganisatiebesluit)

In de zaak *Vereniging Veilig Verkeer Nederland* was sprake van een onredelijk reorganisatiebesluit.

[**105**] Vereniging Veilig Verkeer Nederland was een organisatie die zich bezighield met het bevorderen van de verkeersveiligheid. Binnen haar organi-

satie waren 87 medewerkers in dienst (74 fte's) en was een groot aantal vrijwilligers werkzaam. Omdat de rijksoverheid de subsidie zou verminderen en de toekomst van de subsidies van gemeentes en provincies onzeker was heeft Vereniging Veilig Verkeer Nederland de ondernemingsraad in december 2011 in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over een voorgenomen reorganisatie. Het reorganisatieplan ging uit van een vermindering van de rijkssubsidie met 25% (wat minder was dan de aanvankelijk aangekondigde 50%) en van een schatting van de vermindering van de subsidies van gemeentes en provincies, en bevatte een verkleining van de omvang van de staf met 15 fte's. Toen bleek dat de vermindering van de rijkssubsidie 15% zou worden gaf de ondernemingsraad aan dat hij een personeelsreductie van 15 fte's te omvangrijk vond. Maar het reorganisatieplan en de nadere motivering daarvan bleven algemeen: 'De aanleiding voor de reorganisatie is deels ingegeven door de korting van de rijkssubsidie. De Missie, Visie en Strategie (MVS) en de managementagenda zijn cruciale beweegredenen voor de reorganisatie'. In februari 2012 adviseerde de ondernemingsraad: 'De OR heeft meerdere malen gevraagd om de argumentatie en de doorrekeningen, die de FTE-reductie kunnen verantwoorden. De OR heeft de doorrekeningen niet gekregen en de gegeven argumentatie niet als voldoende ervaren. (...) Vanuit het Landelijk Bestuur is aangegeven dat bezuiniging van ongeveer 15 FTE als een "verantwoord risico wordt gezien", hetgeen is herhaald door de bestuurder […]. (...) Tevens is de OR van mening dat het totale reorganisatieplan (...) te groots is opgezet. (...) het [is] voor de OR niet duidelijk geworden hoe de voorgenomen reorganisatie in de organisatie en voor de werknemers nadere invulling en praktische uitwerking gaat krijgen. (...) Concluderend was (en is) de OR van mening dat de OR onvoldoende informatie heeft ontvangen van de bestuurder om te komen tot een gefundeerd advies'. Eveneens in februari 2012 heeft Vereniging Veilig Verkeer Nederland haar besluit genomen waarin zij aangaf bereid te zijn de personeelsreductie te beperken tot 12 fte's. De ondernemingsraad heeft in maart 2012 beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. In haar beschikking van 12 juli 2014 besliste de Ondernemingskamer dat Vereniging Veilig Verkeer Nederland bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet had kunnen komen tot het reorganisatiebesluit en verplichtte zij de vereniging dat besluit in te trekken.[174] De Ondernemingskamer overwoog in het algemeen:

> De Ondernemingskamer stelt voorop dat het binnen redelijke grenzen aan de ondernemingsraad en niet aan de ondernemer is om te bepalen welke informatie hij nodig heeft om een verantwoord advies te kunnen geven. Voorts rust de zorgplicht voor het goede verloop van het medezeggenschaptraject eerst en vooral op de bestuurder, waartoe de be-

[174] OK 12 juli 2012, *JAR* 2012/239 (de ondernemingsraad van Veilig Verkeer Nederland *tegen* Veilig Verkeer Nederland).

> stuurder er naar dient te streven de ondernemingsraad effectief en zo volledig mogelijk te informeren over de achtergronden en gevolgen van het voorgenomen besluit (rechtsoverweging 3.4).

Vervolgens overwoog de Ondernemingskamer:

> Naar het oordeel van de Ondernemingskamer is VVN tekort geschoten in haar verplichting de beweegredenen van het voorgenomen besluit voldoende duidelijk te maken en het voorgenomen besluit voldoende uit te werken […]. VVN heeft ondanks daarop gerichte vragen van de ondernemingsraad onvoldoende duidelijk gemaakt waarop de door VVN reeds in augustus 2011 […] geformuleerde doelstelling 'om 15 fte te besparen' berust en waarom deze doelstelling aanvankelijk is gehandhaafd, ook nadat bleek dat de aanvankelijk aangekondigde korting op de rijkssubsidie van 50% beperkt zal blijven tot 15%, gelet op de omstandigheid dat de subsidie van het Rijk grosso modo een derde van de inkomsten van VVN uitmaakt. De […] uitleg door VVN acht de Ondernemingskamer ontoereikend omdat onduidelijk is gebleven (a) welk gewicht en welke betekenis met betrekking tot de reorganisatie toekomen aan de 'Missie Visie Strategie' en aan 'de managementagenda', (b) op grond van welke feiten en omstandigheden VVN aangenomen heeft dat bezuinigingen van lokale overheden de reorganisatie mede noodzakelijk maken […]. Ook de […] passages […] over toekomstige ontwikkelingen zijn te onbepaald om de beweegredenen voor het besluit voldoende inzichtelijk te maken (rechtsoverweging 3.6),

met nog als handreiking aan Vereniging Veilig Verkeer Nederland voor de toekomst:

> Dat neemt niet weg dat aannemelijk is dat er aanleiding bestaat om een reorganisatie van VVN tot stand te brengen. […] ook de ondernemingsraad heeft in zijn advies te kennen gegeven de noodzaak en het nut van een verandering binnen VVN in te zien. Naar de indruk van de Ondernemingskamer heeft het hoge abstractieniveau van (onderdelen van) het Reorganisatieplan, in de weg gestaan aan de verwezenlijking van behoorlijke medezeggenschap door de ondernemingsraad (rechtsoverweging 3.15).

case study no. 10: Ondernemingskamer 19 april 2013: *NCRV* (een nieuwe koers)

In de NCRV-zaak zag de ondernemer zich genoodzaakt een nieuwe koers in te slaan.

[**106**] In 2010 heeft de rijksoverheid bezuinigingen aangekondigd bij de financiering van de landelijke publieke omroep. Als gevolg van die bezuinigingen zouden er in 2016 acht publieke omroeporganisaties overblijven. De publieke omroeporganisaties hebben daarop gereageerd door het 3-3-2 model te ontwikkelen waarin drie gefuseerde omroeporganisaties (fusie van KRO en Nederlandse Christelijke Radiovereniging, TROS en AVRO, en VARA en BNN), drie niet gefuseerde omroeporganisaties (EO, MAX en VPRO) en twee 'taakomroepen' (NOS en NTR) zouden blijven bestaan. Nadat KRO en NCRV in juni 2012 overeenstemming hadden bereikt over het 'Fusieplan op hoofdlijnen', heeft NCRV in juli 2012 de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over het voorgenomen besluit 'inzake fusie van bedrijfsorganisaties KRO en NCRV op hoofdlijnen'. Dit voorgenomen besluit bevatte drie deelbesluiten:

> a. de afsplitsing van de bedrijfsorganisaties van NCRV en KRO naar afzonderlijke BV's, die vervolgens worden gefuseerd in een nieuwe BV, die daarna zal worden omgezet in een vereniging, te weten de vereniging Omroepbedrijf KRO-NCRV, van welke vereniging de (bestaande) verenigingen KRO en NRCV de leden zullen zijn.
> b. de inrichting op hoofdlijnen van de governance van de nieuwe vereniging Omroepbedrijf KRO-NCRV bestaande uit:
> i. een federatieraad (de voltallige ledenraad van de KRO en de verenigingsraad van NCRV),
> ii. een raad van toezicht waarvan één lid wordt benoemd op voordracht van de nieuwe gezamenlijke ondernemingsraad en de overige zes leden drie om drie worden benoemd via de raden van toezicht en ledenraden van KRO en NCRV, en
> iii. een collegiale statutaire directie, die door de raad van toezicht wordt benoemd en die bestaat uit drie leden.
> c. de inrichting op hoofdlijnen van de werkorganisatie van de vereniging (in beeld gebracht in een organogram).

De ondernemingsraad heeft in oktober 2012 een advies uitgebracht waarin hij aangaf over onvoldoende (financiële en andere) informatie te beschikken, dat de personele gevolgen van het besluit onduidelijk waren, 'dat het geven van een advies op hoofdlijnen op basis van niet uitgewerkte plannen het gevaar in zich houdt dat op die hoofdlijnen in een later stadium niet kan worden teruggekomen', en een aantal suggesties deed, met als afronding: 'De Ondernemingsraad vraagt u uw schriftelijke besluit toe te lichten, en indien uw besluit afwijkt van ons advies, dit als negatief te beschouwen'. NCRV heeft in november 2012 een besluit genomen dat overeenkwam met het voorgenomen besluit. Daarbij gaf zij aan dat de adviesaanvraag (slechts) 'een adviesaanvraag op hoofdlijnen (ten aanzien van een set "principebesluiten") die zal worden gevolgd door een aantal adviesaanvragen' betrof en dat de ondernemingsraad naar haar mening te weinig aandacht had besteed

aan die hoofdlijnen en al te veel had willen vooruitlopen op de vervolgadviesaanvragen. De ondernemingsraad heeft in december 2012 tegen het besluit beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. De ondernemingsraad was, stelde hij, 'nooit met een gefaseerd besluitvormingstraject akkoord gegaan en heeft van begin af aan bezwaar gemaakt dat slechts op hoofdlijnen om advies werd gevraagd'. Hierover overwoog de Ondernemingskamer in haar uitspraak van 19 april 2013:[175]

> Het staat NCRV in beginsel vrij om de besluitvorming en daarmee de advisering door de ondernemingsraad over de fusie tussen de bedrijfsorganisaties van de KRO en NCRV in fases vorm te geven, met dien verstande dat NCRV als ondernemer primair verantwoordelijk is voor het goede verloop van het medezeggenschaptraject. Die verantwoordelijkheid houdt onder meer in dat de ondernemer moet voorkomen dat onduidelijkheid ontstaat over de fasering en dat hij moet waarborgen dat de fasering geen afbreuk doet aan de effectiviteit van de medezeggenschap. Fasering mag er niet toe leiden dat de ondernemer zich in de eerste fase van de besluitvorming op het standpunt stelt dat bedenkingen van de ondernemingsraad tegen het voorgenomen besluit of vragen met betrekking tot dit besluit 'te vroeg' naar voren worden gebracht en in een latere fase aan de ondernemingsraad tegenwerpt dat die bedenkingen en vragen 'te laat' komen, gelet op het reeds genomen (deel)besluit in een eerdere fase (rechtsoverweging 3.5).

Een aantal daarop volgende overwegingen van de Ondernemingskamer kunnen tegen de achtergrond van rechtsoverweging 3.5 worden gelezen:

> De in de adviesaanvraag opgenomen tekst onder Personele gevolgen is zodanig vaag dat de ondernemingsraad met recht vragen kon formuleren en om nadere financiële informatie kon vragen. NCRV heeft ten onrechte nagelaten daarop afdoende in te gaan. […] Het primaire verweer van NCRV dat het overleggen van financiële gegevens onmogelijk was omdat die gegevens niet beschikbaar waren, wordt door de Ondernemingskamer verworpen. In het voorgenomen besluit wordt aangekondigd dat met de voorgestelde organisatiestructuur de 'bezuinigingstargets gerealiseerd kunnen worden' […] welke opmerking slechts op zijn plaats is als er financiële gegevens voor handen zijn – althans anderszins een toereikende toelichting wordt gegeven – die deze verwachting rechtvaardigen. […] In ieder geval heeft NCRV haar stelling dat er geen financiële gegevens voorhanden waren respectievelijk dat voormelde verwachting gerechtvaardigd was niet aannemelijk gemaakt (rechtsoverweging 3.6),

[175] OK 19 april 2013, *JAR* 2013/155 (de ondernemingsraad van de Nederlandse Christelijke Radiovereniging *tegen* de Nederlandse Christelijke Radiovereniging).

> NCRV heeft […] subsidiair ten verwere aangevoerd dat een nadere financiële onderbouwing in een later stadium in het kader van een nieuwe adviesaanvraag met betrekking tot de inrichting van de organisatie zal worden verstrekt. Dat betoog miskent dat alsdan de drie deelbesluiten reeds vaststaan en dat de ondernemingsraad de in die latere fase te verstrekken financiële gegevens dus niet heeft kunnen betrekken bij zijn advisering over de thans genomen deelbesluiten. In die zin werpt het (voorgenomen) besluit met de drie deelbesluiten zijn schaduw vooruit (rechtsoverweging 3.8),
>
> De conclusie uit de voorgaande overwegingen is dat het bestreden besluit met betrekking tot de door de ondernemingsraad opgeworpen punten […] niet van een deugdelijke motivering is voorzien. De ondernemingsraad is aldus niet in de gelegenheid gesteld deze aspecten in zijn advisering te betrekken, terwijl het besluit onmiskenbaar gevolgen voor het personeel heeft. Daarmee heeft NCRV tevens in strijd gehandeld met het voorschrift van artikel 25 lid 3 WOR waarin de ondernemer wordt opgedragen een overzicht te verstrekken van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (rechtsoverweging 3.11).

De Ondernemingskamer oordeelde dat Nederlandse Christelijke Radiovereniging bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen, verplichtte haar het besluit en in te trekken, en verbood haar het besluit uit te voeren.

case study no. 11: Ondernemingskamer 1 oktober 2013: *Stichting Cordaid* (een nieuwe koers)

In de Stichting Cordaid-zaak zag de ondernemer zich ook genoodzaakt een nieuwe koers in te slaan.

[**107**] Stichting Cordaid was een ontwikkelingsorganisatie die werkzaam was in 34 landen en waar 240 werknemers werkzaam waren. Haar financiering bestond voor een groot deel uit overheidssubsidie die in 2015 zou aflopen. Omdat de subsidie zou aflopen heeft Stichting Cordaid in 2012 een reorganisatie doorgevoerd en de toekomstvisie ‘Sociale Onderneming’ ontwikkeld. Bij dat laatste hoorde samenwerking met Stichting Enviu Nederland door het oprichten van een stichting. Die stichting zou fungeren als ‘business development program/business incubator’ ten behoeve van ‘impact gedreven ondernemingen voor de base of the pyramid’: ‘Samen zullen Cordaid en Enviu daartoe “The Social Business Incubator” oprichten; een nieuwe stichting die tot doel heeft om “social enterprises” te ontwikkelen

die impact nastreven binnen die thema's waar Cordaid actief'. Daarbij was het de bedoeling 'dat de stichting op lange termijn niet afhankelijk is van financiële bijdragen van Cordaid en Enviu; daartoe zal een substantieel deel van de winsten van de op te richten sociale ondernemingen terugvloeien naar de stichting'. Stichting Cordaid en de ondernemingsraad verschilden van mening over de vraag of de samenwerking met Stichting Enviu Nederland onder het adviesrecht van artikel 25 Wor viel. Stichting Cordaid heeft de ondernemingsraad niet in de gelegenheid had gesteld advies uit te brengen over het besluit tot samenwerking met Stichting Enviu Nederland. Toen Stichting Cordaid op 15 mei 2013 de samenwerking als feit presenteerde op haar intranet heeft de ondernemingsraad op 14 juni 2013 beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer. De ondernemingsraad voerde aan dat Stichting Cordaid hem ten onrechte niet in de gelegenheid had gesteld advies uit te brengen over het besluit tot samenwerking met Stichting Enviu Nederland. Stichting Cordaid voerde aan dat de ondernemingsraad te snel beroep instelde omdat overleg tussen de ondernemingsraad en Stichting Cordaid over de gevallen waarin Stichting Cordaid de ondernemingsraad advies zou vragen over het aangaan van samenwerkingsverbanden nog gaande was, en dat Stichting Cordaid ook in het verleden over het aangaan van samenwerkingsverbanden geen advies had gevraagd (wat gegeven het aantal samenwerkingsverbanden dat Stichting Cordaid aanging volgens haar ook nauwelijks kon). In haar beschikking van 1 oktober 2013 stelde de Ondernemingskamer vast dat het besluit tot het aangaan van een samenwerkingsverband met Stichting Enviu Nederland een besluit in de zin van artikel 25 Wor was waarover advies gevraagd had moeten worden en verwierp de beide argumenten van Stichting Cordaid.[176] De Ondernemingskamer besliste dat Stichting Cordaid bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen, legde haar de verplichting op het besluit in te trekken en verbood haar het besluit uit te voeren. De Ondernemingskamer overwoog:

> Uit de inhoud van de conceptovereenkomst tussen Cordaid en Enviu […] en de inhoud van de schriftelijke toelichting van 18 juli 2013 op de samenwerking met Enviu […] blijkt dat de beoogde samenwerking tussen Enviu duurzaam en exclusief is, en gestalte krijgt in een afzonderlijke, daartoe op te richten rechtspersoon waarin zowel Cordaid als Enviu zeggenschap zullen hebben en waaraan Cordaid financiële middelen en medewerkers ter beschikking zal stellen. Het desbetreffende besluit strekt derhalve tot het aangaan van duurzame samenwerking met een andere onderneming als bedoeld in artikel 25 lid 1 onder b WOR (rechtsoverweging 3.5),

[176] OK 1 oktober 2013, *JAR* 2013/273 (de ondernemingsraad van de Stichting Cordaid *tegen* Stichting Cordaid).

en:

> Daargelaten dat het feit dat in het verleden geen advies is gevraagd over het aangaan van deze en andere samenwerkingsverbanden niet de conclusie rechtvaardigt dat de ondernemingsraad thans geen aanspraak zou kunnen maken op naleving van zijn recht op medezeggenschap, miskent dit verweer van Cordaid dat het besluit tot duurzame samenwerking met Enviu niet zonder meer op één lijn te stellen is met eerdere samenwerkingsverbanden tussen Cordaid en derden. Uit de hierboven weergegeven feiten blijkt dat Cordaid zich geconfronteerd ziet met beëindiging van de [subsidie]regeling met ingang van 2016 en daarmee met het wegvallen van een groot deel van haar huidige inkomsten en dat Cordaid in reactie daarop in 2012 heeft besloten haar bakens te verzetten door zich te ontwikkelen tot een sociaal ondernemer. [Dit vergt], in de visie van Cordaid, nieuwe vormen van samenwerking. […] Anders dan Cordaid het in haar verweer doet voorkomen, is het besluit dus geen *business as usual* (rechtsoverweging 3.7).

case study no. 12: Ondernemingskamer 27 februari 2014: *Fundis* (overname)

De Fundis-zaak ging over een overname van een ziekenhuis.

[**108**] De Fundis-groep hield zich bezig met het aanbieden van intramurale zorg (met name revalidatiezorg), thuiszorg en welzijnsactiviteiten voor chronisch zieken en kwetsbare ouderen. Bij de Fundis-groep waren ongeveer 3.500 werknemers werkzaam. Aan het hoofd van de Fundis-groep stond Stichting Fundis. Een onderdeel van de het concern was Fundis Holding BV: Stichting Fundis was de 100%-aandeelhouder en enige bestuurder van Fundis Holding BV. Stichting Fundis had één bestuurder, J.G.J.M. van den Oever. J.G.J.M. van den Oever en twee andere personen vormden het management van Fundis Holding BV. Op het niveau van Stichting Fundis was een raad van commissarissen ingesteld. In april 2013 heeft Fundis Holding BV de ondernemingsraad in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over haar voornemen tot een (strategische) 'participatie' in het financieel noodlijdende 't Lange Land Ziekenhuis in Zoetermeer. Daarbij was nog onduidelijk hoe deze 'participatie' vorm zou krijgen ('t Lange Land Ziekenhuis werd in stand gehouden door een stichting die wellicht in een besloten vennootschap zou worden omgezet), en door wie (door Stichting Fundis, door Fundis Holding BV, of door een andere concernvennootschap). De adviesaanvraag gaf aan dat de financiële situatie bij 't Lange Land Ziekenhuis slecht was. Er was sprake van schulden van ongeveer € 43,6 miljoen en de banken waarmee 't Lange Land Ziekenhuis een bankrelatie onderhield waren niet langer bereid 't Lange Land Ziekenhuis krediet te verstrekken. De adviesaanvraag ging verder uit van een 'winstpotentieel' van 't Lange Land

Ziekenhuis van € 2 miljoen per jaar en een aflossing van de schulden van 't Lange Land Ziekenhuis over een periode van ongeveer twintig jaar met € 2 à 2,5 miljoen per jaar (het verschil zou moeten worden gefinancierd uit de 'operationele kasstroom' van 't Lange Land Ziekenhuis). Volgens antwoorden op vragen van de ondernemingsraad zou de Fundis-groep voor 80% participeren in 't Lange Land Ziekenhuis, en zou de Fundis-groep om risico's te vermijden 'aan de belangrijkste crediteuren en de banken [van 't Lange Land Ziekenhuis] als voorwaarde […] stellen dat er pas wordt afgelost als de marges van het ziekenhuis dit toelaten'. In juli 2013 sloten Stichting Fundis en Stichting 't Lange Land Ziekenhuis een intentieovereenkomst die ook aan de ondernemingsraad is verstrekt. De intentieovereenkomst gaf aan dat de Fundis-groep (onder voorwaarden) aan Stichting 't Lange Land Ziekenhuis een achtergestelde lening zou verstrekken van € 9 miljoen waarvan € 6 miljoen zou worden geconverteerd in aandelen nadat Stichting 't Lange Land Ziekenhuis zou zijn omgezet in een besloten vennootschap. Uit een in september 2013 aan de ondernemingsraad verstrekt document kwam naar voren dat de Fundis-groep voor het bedrag van € 9 miljoen voor € 6 miljoen een beroep zou doen op haar reserves en € 3 miljoen zou lenen van een Vebego International NV (een partij waarmee de Fundis groep samenwerkte) of van een dochtervennootschap van Vebego International NV. In oktober 2013 heeft de ondernemingsraad negatief geadviseerd. De ondernemingsraad wees daarbij op de financiële risico's van een participatie in 't Lange Land Ziekenhuis en de nog onduidelijke standpunten van andere betrokkenen zoals de schuldeisers. Die maand heeft Fundis Holding BV besloten (en/of Stichting Fundis: de raad van commissarissen heeft het besluit dat de Fundis groep zou participeren in 't Lange Land Ziekenhuis goedgekeurd) tot de participatie in 't Lange Land Ziekenhuis over te gaan, waarbij onder meer werd opgemerkt:

> De OR noemt de schuldenlast 'extreem hoog'. Dit is echter niet het geval en ook niet de constatering van de accountants die het boekenonderzoek hebben uitgevoerd. Het punt is evenwel dat de schuldenlast in combinatie met de risico's die het ziekenhuis op de korte termijn loopt problematisch kan worden als de banken het ziekenhuis houden aan een straffe aflossing van de schulden. Daarom hebben wij aangedrongen bij de banken om mee te werken aan een flexibele aflossing op basis van de exploitatieresultaten in de komende jaren. Deze toezegging hebben we inmiddels gekregen, zoals u weet,

en:

> Het kernbezwaar van de OR is dat de investering die wij gaan doen in het ziekenhuis gespaard moet blijven voor de moeilijke tijden die ons te wachten staan in de AWBZ- en Wmo-gerelateerde sectoren. Wij vinden dit een cruciaal argument en hebben dat dus ook uiteraard wil-

> len meenemen in onze afwegingen, en wel op twee manieren. De eerste heeft betrekking op een vergelijking tussen de situatie dat we wel investeren en de situatie dat we niet investeren. (…) Juist investeren in deze onderscheidende constructie met het ziekenhuis kan onze groep veel weerbaarder maken voor de veranderingen die op ons af komen. In dat geval is 6 miljoen eerlijk gezegd 'klein bier' ten opzichte van de belangen die voor onze bedrijven in Zoetermeer op het spel staan. De tweede afweging, die wij hebben gemaakt, is of wij deze investering goed kunnen dragen. Het antwoord is positief.

Toch heeft Fundis Holding BV (en/of Stichting Fundis) diezelfde maand het besluit weer ingetrokken om nogmaals in overleg te treden met de ondernemingsraad. In november 2013 heeft de ondernemingsraad aangegeven onder welke voorwaarden hij een positief advies zou kunnen uitbrengen: 'Het betreft, kort gezegd: (i) betrokkenheid van minimaal één andere (extra) partij als aandeelhouder, (ii) fasering van de financiële injectie in LLZ door Fundis, (iii) heldere financiële structuur van de transactie, inclusief definitieve (contractuele) overeenstemming met de banken over de financiering van LLZ en over de garanties die Fundis aan financiers moet verstrekken, en (iv) een realistische meerjarenprognose waaruit onder meer blijkt dat Fundis na de investering in LLZ financieel gezond blijft'. Eveneens in november 2013 kwam de ondernemingsraad tot de conclusie dat niet aan de voorwaarden kon worden voldaan, en heeft Fundis Holding BV (en/of Stichting Fundis) alsnog besloten over te gaan tot de participatie in 't Lange Land Ziekenhuis. De ondernemingsraad heeft in december 2013 tegen het besluit beroep in gesteld bij de Ondernemingskamer. In haar beschikking van 27 februari 2014 kwam de Ondernemingskamer tot het oordeel dat Fundis Holding BV bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid had kunnen komen tot het besluit om in 't Lange Land Ziekenhuis te Zoetermeer participeren, en Fundis Holding BV de verplichting opgelegd het besluit in te trekken en het verbod opgelegd het besluit uit te voeren.[177]

De Ondernemingskamer begon haar uitspraak met een algemene overweging:

> De Ondernemingskamer stelt te dezen voorop dat het besluit van Fundis om in een andere zorgonderneming zoals LLZ te participeren, in beginsel een aangelegenheid van de ondernemer (het bestuur van Fundis) is, dat er strategische en/of commerciële en/of bedrijfseconо-

[177] OK 27 februari 2014, *JAR* 2014/82, *JOR* 2014/129 (de ondernemingsraad van Fundis Holding BV (v/h Vierstroom Holding BV) *tegen* Fundis Holding BV (v/h Vierstroom Holding BV)). Vergelijk J. van der Kroon & M. Faber, 'Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 27 februari 2014', *Ondernemingsrecht* 2015-4, p. 142-144.

mische redenen voor zo'n besluit kunnen zijn en dat het aan de ondernemer is om die redenen te inventariseren en te beoordelen. Een dergelijk besluit kan aanzienlijke financiële en andere risico's tot gevolg hebben en ook meebrengen dat (een deel van) de binnen de groep beschikbare financiële reserves wordt/worden aangewend, zoals bij het doen van een investering of het nemen van een participatie veelal het geval is. Het voorgaande neemt niet weg dat de ondernemer de belangen van de onderneming en haar *stakeholders*, onder wie de werknemers, in zijn besluitvorming dient te betrekken en dat hij een afweging dient te maken van de beweegredenen voor, en de voor de onderneming te verwachten gevolgen van het voorgenomen besluit. De ondernemer zal het daarbij ook tot zijn taak dienen te rekenen om de door de onderneming beoogde en redelijkerwijs te behalen voordelen van de investering/participatie af te wegen tegen de nadelen, waaronder die van financiële aard. Voor het onderhavige geval brengt dit een en ander mee dat niet alleen de (transactie-) voorwaarden waaronder Fundis in LLZ participeert in ogenschouw dienen te worden genomen, maar ook de (overige) omstandigheden waaronder de investering/participatie wordt geëffectueerd (rechtsoverweging 3.3).

De overwegingen van de Ondernemingskamer daarna vallen in twee delen uiteen: overwegingen over de financiële risico's van het besluit van Fundis Holding BV om te participeren in 't Lange Land Ziekenhuis en overwegingen over de mate waarin Fundis Holding BV had geprobeerd die risico's in te dammen:

3.5 De Ondernemingskamer overweegt in de eerste plaats dat moet worden aangenomen dat het afwenden van een dreigend faillissement als gevolg van liquiditeitsproblemen van een ziekenhuis, zoals Fundis voornemens is te doen, voor de verschaffer van het vereiste extra kapitaal steeds gepaard zal gaan met aanzienlijke (financiële) risico's. Dat geldt met name in het onderhavige geval, waar beide zorginstellingen moeten opereren in een economisch onzeker tijdsgewricht en zij voor een belangrijk deel van haar bedrijfsvoering afhankelijk zijn van door het politieke veld gemaakte keuzes en bepaalde waarden. Zoals de Ondernemingsraad terecht heeft gesignaleerd, is immers (ook) het beleid van het huidige kabinet evenals dat van de zorgverzekeraars erop gericht om de zorgkosten in te dammen althans te beheersen en kan er niet van worden uitgegaan dat een geprognosticeerde omzetgroei vanzelfsprekend kan worden behaald. Naar blijkt uit hetgeen onder de feiten is vermeld […] en naar de Ondernemingskamer overigens uit de gedingstukken afleidt, lijkt de ondernemer zich dit een en ander terdege te hebben gerealiseerd: hij heeft de hier aan de orde zijnde kansen (op voordeel) en risico's (op nadeel) mede met behulp van externe deskundigen in kaart gebracht en zich ervoor ingespannen dat de kans

van slagen van de transactie zou worden geoptimaliseerd en de risico's daarvan zouden worden geminimaliseerd. Hiervan getuigt onder meer ook de opname van de essentiële voorwaarde en de opschortende voorwaarden in de intentieovereenkomst met LLZ van 10 juli 2013: voor minimalisering van de risico's is noodzakelijk dat de medewerking/instemming van bepaalde met name bij de onderneming van LLZ betrokken partijen wordt verkregen, in het bijzonder de financierende banken […], de gemeente Zoetermeer, de vrijgevestigde medisch specialisten, de 'reguliere crediteuren' van LLZ, de zogeheten A12-Coöperatie en [het Groene Hart Ziekenhuis in Gouda].

3.6 Ofschoon Fundis een aanzienlijk deel van haar participatie in LLZ zou financieren uit haar eigen vermogen, was – kennelijk – van aanvang af duidelijk dat ook een beroep op vreemd vermogen zou moeten worden gedaan. De Ondernemingskamer stelt vast dat de wijze waarop die financiering zou geschieden […] lange tijd voor Fundis niet duidelijk was, althans door haar niet duidelijk is gemaakt aan de ondernemingsraad. […]

3.7 De ondernemingsraad heeft op zich niet miskend dat het uiteindelijk aan de ondernemer is om over het al of niet participeren in LLZ en over de wijze waarop dat zal plaatsvinden, te beslissen, doch hij heeft gesteld te vrezen dat de ondernemer de kans van slagen van de transactie te positief ziet en dat hij de (met name financiële) risico's te licht heeft opgevat. Fundis heeft daartegenover, onder verwijzing naar haar laatste meerjarenprognose […], gesteld dat zij naar verwachting, ondanks voorlopig voorziene schommelingen in de resultaten in 2014 en 2015, vanaf 2016 stabiele marges kan realiseren van bijna 1%, vanaf 2018 een solvabiliteit kan behalen van 25% en eind 2018 'financieel gezond' zal zijn en het beter zal doen dan de gemiddelde branchegenoot. […]

3.8 De Ondernemingskamer acht niet aannemelijk geworden dat aan de juistheid van deze door Fundis Holding naar voren gebrachte feiten en omstandigheden moet worden getwijfeld. […] Alsdan kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer, gelet op het […] in 3.5 tot en met 3.7 overwogene, niet worden gezegd dat Fundis omstreeks juli 2013 niet in redelijkheid in principe heeft kunnen besluiten om de zeggenschap over LLZ over te nemen en in LLZ te participeren zoals zij voornemens is te doen,

en:

3.9 De Ondernemingskamer onderschrijft echter het standpunt van de ondernemingsraad dat Fundis onvoldoende heeft zorggedragen voor daadwerkelijke vervulling van in de intentieovereenkomst opgenomen, 'risicomatigende' voorwaarden alvorens zij op 15 november 2013 definitief tot participatie besloot en de uitvoering daarvan – uit-

sluitend – liet afhangen van de goedkeuring van de gemeente Zoetermeer. Immers, diverse van de voorwaarden waren, zonder meer, niet vervuld en (kennelijk) ook welbewust onvervuld gelaten. Van [één bank] was slechts een 'zachte' bereidverklaring ontvangen dat zij onder voorwaarden een bijdrage in de herfinanciering wilde leveren 'langs bepaalde uitgangspunten' […] en van de beide andere banken waren evenmin 'harde' toezeggingen verkregen […]. […] Evenmin is, althans was ten tijde van het bestreden besluit en op de dag van de terechtzitting in deze zaak, sprake van 'harde' afspraken met de medisch specialisten van LLZ (de Ondernemingskamer heeft althans in de gedingstukken geen document van die strekking aangetroffen), met [Vebego], met de A12-Coöperatie en met [het Groene Hart Ziekenhuis in Gouda]:
- met [Vebego] waren tot de dag van de terechtzitting uitsluitend intentieovereenkomsten gesloten […];
- [het Groene Hart Ziekenhuis in Gouda] had uitsluitend een intentieverklaring tot het verlenen van een financiële bijdrage onder nader door haar te stellen voorwaarden, verstrekt […];
- met de A12-Coöperatie waren geen schriftelijke afspraken gemaakt over de afwikkeling/afboeking van de vordering op LLZ en van de tussen de leden over en weer bestaande vorderingen;
- de gemeente Zoetermeer had niet alleen nog geen definitief besluit omtrent haar garantstelling/borgstelling genomen [...], doch evenmin over de statutenwijziging van LLZ […].

B. ENQUÊTERECHT: OMGAAN MET CLIËNTENRADEN

De dialoog op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen tussen een zorgaanbieder en een cliëntenraad verloopt niet altijd even goed. Wanneer de cliëntenraad tevens het orgaan is 'dat de cliënten van de instelling vertegenwoordigt' waaraan op grond van artikel 6.2 Uitvoeringsbesluit WTZi enquêtebevoegdheid toekomt en zich in een 'eerste fase'-enquêteprocedure tot de Ondernemingskamer wendt, verbindt de Ondernemingskamer daaraan soms wel (Stichting Zorgcentra De Betuwe) en soms niet (Stichting Ilmarinen) de conclusie dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen.[178]

inleiding: het enquêterecht als rechterlijke procedure

[**109**] Het recht van enquête (het enquêterecht) neemt in het ondernemingsrecht een belangrijke plaats in als rechterlijke procedure. Het enquêterecht

[178] Vergelijk OK 20 mei 2010, *JOR* 2010/188 (de centrale cliëntenraad van Stichting Sherpa en de centrale vertegenwoordigersraad van Stichting Sherpa *tegen* Stichting Sherpa).

geeft belanghebbenden de mogelijkheid zich met een 'eerste fase'-enquêteverzoek (in een 'eerste fase'-enquêteprocedure) te wenden tot de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam met het verzoek 'een of meer personen [te] benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een gedeelte of een bepaald tijdvak', als sprake is 'van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen', en geeft belanghebbenden vervolgens de mogelijkheid zich met een 'tweede fase'-enquêteverzoek (in een 'tweede fase'-enquêteprocedure) te wenden tot de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam met het verzoek 'een of meer […] voorzieningen [te] treffen, welke zij op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht', als 'uit het verslag [van het onderzoek] van wanbeleid is gebleken'.

Het enquêterecht is van toepassing op naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen (artikel 2:344 onder a BW), en op verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid en stichtingen die een onderneming in stand houden waarvoor op grond van de Wet op de ondernemingsraden een ondernemingsraad moet worden ingesteld (artikel 2:344 onder b BW). Bij deze rechtspersonen betrokken belanghebbenden kunnen de Ondernemingskamer met een 'eerste fase'-enquêteverzoek (in een 'eerste fase'-enquêteprocedure) verzoeken een of meer personen benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon, hetzij in de gehele omvang daarvan, hetzij met betrekking tot een gedeelte of een bepaald tijdvak (artikel 2:345 lid 1 BW). Die belanghebbenden zijn:
- bij een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap, beide met een geplaatst kapitaal van maximaal € 22,5 miljoen: één of meer aandeelhouders en/of certificaathouders die alleen of samen a) ten minste 10% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of b) rechthebbenden zijn op een bedrag van aandelen en/of certificaten met een nominale waarde van ten minste € 225 000 (of in beide gevallen zoveel minder als de statuten bepalen) (artikel 2:346 lid 1 onder b BW),
- bij een naamloze vennootschap en een besloten vennootschap, beide met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen: één of meer aandeelhouders en/of certificaathouders die alleen of samen ten minste 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen (of zoveel minder als de statuten bepalen) (artikel 2:346 lid 1 onder c BW),
- bij een beursgenoteerde naamloze vennootschap met een geplaatst kapitaal van meer dan € 22,5 miljoen: één of meer aandeelhouders en/of certificaathouders die alleen of samen a) ten minste 1% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen of b) een waarde vertegenwoordigen van ten minste € 20 miljoen volgens de slotkoers op de laatste handelsdag voor indiening van het verzoek (of in beide gevallen zoveel minder als de statuten bepalen) (artikel 2:346 lid 1 onder c BW),

- bij een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij: a) ten minste 300 leden of b) ten minste 10% van de leden of c) leden die samen bevoegd zijn tot het uitbrengen van ten minste 10% van de stemmen in de algemene vergadering (of in al deze gevallen zoveel minder als de statuten bepalen) (artikel 2:346 lid 1 onder a BW),
- bij een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap, een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborg maatschappij, en een stichting: de rechtspersoon zelf (artikel 2:346 lid 1 onder d BW),
- bij een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap, een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborgmaatschappij, en een stichting: degenen, aan wie daartoe in de statuten van de rechtspersoon of in een overeenkomst met de rechtspersoon de bevoegdheid is toegekend (artikel 2:346 lid 1 onder e BW),
- bij een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap, een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborg maatschappij, en een stichting: een vakbond/vakvereniging (artikel 2:347 BW: 'een vereniging van werknemers die in de onderneming van de rechtspersoon werkzame personen onder haar leden telt en ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid bezit, mits zij krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemers te behartigen en als zodanig in de bedrijfstak of onderneming werkzaam is'), en:
- bij een naamloze vennootschap, een besloten vennootschap, een vereniging, een coöperatie en een onderlinge waarborg maatschappij, en een stichting: de advocaat-generaal bij het ressortsparket als sprake is van redenen van openbaar belang (artikel 2:345 lid 2 BW).
De Ondernemingskamer kan (niet: moet) het verzoek toewijzen als sprake is 'van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen' (artikel 2:350 lid 1 BW). Wanneer de Ondernemingskamer het verzoek toewijst benoemt zij één of meer onderzoekers ('enquêteurs', 'rapporteurs').

De onderzoekers leggen hun bevindingen neer in een onderzoeksverslag dat bij de griffie van het gerechtshof te Amsterdam wordt neergelegd (artikel 2:353 lid 1 BW). De verzoekers en hun advocaten, de onderzochte rechtspersoon en de advocaat-generaal bij het ressortsparket ontvangen een exemplaar van het verslag (artikel 2:353 lid 2 BW). De Ondernemingskamer kan bepalen dat het verslag ook geheel of gedeeltelijk ter inzage ligt voor de door haar aan te wijzen andere personen of voor iedereen. De bij de onderzochte rechtspersonen betrokken belanghebbenden kunnen de Ondernemingskamer met een 'tweede fase'-enquêteverzoek (in een 'tweede fase'-enquêteprocedure) verzoeken één of meer voorzieningen te treffen die de Ondernemingskamer op grond van de uitkomst van het onderzoek geboden acht (artikel 2:355 lid 1 BW). Die belanghebbenden zijn nu:
- de oorspronkelijke verzoekers,

- alle andere belanghebbenden die aan de in artikel 2:346 of 347 BW gestelde vereisten voldoen, mits het verslag op grond van een beslissing van de Ondernemingskamer ook voor hen ter inzage ligt, en:
- de advocaat-generaal bij het ressortsparket als sprake is van redenen van openbaar belang.

De Ondernemingskamer kan (niet: moet) het verzoek toewijzen als 'uit het verslag van wanbeleid is gebleken' (artikel 2:355 lid 1 BW). Wanneer de Ondernemingskamer het verzoek toewijst treft zij één of meer van de *definitieve* voorzieningen die in artikel 2:356 BW staan:
- schorsing of vernietiging van een besluit van de bestuurders, van commissarissen, van de algemene vergadering of van enig ander orgaan van de rechtspersoon,
- schorsing of ontslag van één of meer bestuurders of commissarissen,
- tijdelijke aanstelling van één of meer bestuurders of commissarissen,
- tijdelijke afwijking van de door de Ondernemingskamer aangegeven bepalingen van de statuten,
- tijdelijke overdracht van aandelen ten titel van beheer, en:
- ontbinding van de rechtspersoon.

De Ondernemingskamer kan ook – tussentijds – *onmiddellijke* voorzieningen treffen. Op grond van artikel 2:349a lid 2 BW kan de Ondernemingskamer (maar alleen op verzoek) op elk moment in de 'eerste fase'-enquêteprocedure onmiddellijke voorzieningen treffen voor ten hoogste de duur van die procedure, '[i]ndien gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken een onmiddellijke voorziening vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek'. En op grond van artikel 2:355 lid 3 BW kan de Ondernemingskamer (maar alleen op verzoek) op elk moment in de 'tweede fase'-enquêteprocedure onmiddellijke voorzieningen treffen voor ten hoogste de duur van die procedure, weer '[i]ndien gelet op de belangen van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken een onmiddellijke voorziening vereist is in verband met de toestand van de rechtspersoon of in het belang van het onderzoek ['in het belang van het onderzoek' moet hier worden gelezen als: in het belang van de beoordeling door de Ondernemingskamer van het 'tweede fase'-enquêteverzoek]'. Deze onmiddellijke voorzieningen zijn naar hun inhoud niet beperkt tot de specifiek in artikel 2:356 BW omschreven definitieve voorzieningen.

case study no. 13: Ondernemingskamer 29 april 2010: *Stichting Zorgcentra De Betuwe*

[**110**] Stichting Zorgcentra De Betuwe was werkzaam op het gebied van de dienst- en zorgverlening aan met name ouderen in aanleunwoningen, verzorgingshuizen, verpleeghuizen, zelfstandige woonvormen, kleinschalige

niet-zelfstandige woonvormen en zorgwoningen. Zij hield op zes locaties instellingen in stand: zorgcentrum Beatrix te Culemborg, zorgcentrum Elim te Ochten, zorgcentrum Kulenburg en zorgboerderij De Betuwehoeve te Culemborg, zorgcentrum Lingewaarde te Tiel, zorgcentrum Oranjehof te Buren en zorgcentrum De Valentijn te Maurik. Stichting Zorgcentra De Betuwe had een raad van bestuur die uit één persoon bestond en een raad van toezicht die uit vijf personen bestond. Zij had op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen voor elke locatie een cliëntenraad ingesteld en had ook een centrale cliëntenraad ingesteld. De relatie tussen Stichting Zorgcentra De Betuwe en de centrale cliëntenraad was geregeld in een Convenant centrale cliëntenraad. Dat convenant bepaalde onder meer dat elk van de lokale cliëntenraden één van zijn leden koos als lid van de centrale cliëntenraad en dat de centrale cliëntenraad een voorzitter benoemde die niet afkomstig was uit de lokale cliëntenraden, dat de centrale cliëntenraad uit zijn midden een plaatsvervangend voorzitter en een secretaris-penningmeester koos, dat de kosten van de centrale cliëntenraad 'die redelijkerwijs noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak' en 'voor het voeren van rechtsgedingen' voor rekening kwamen van Stichting Zorgcentra De Betuwe, en dat de voorzitter en de secretaris-penningmeester gezamenlijk bevoegd waren de centrale cliëntenraad in rechte te vertegenwoordigen. Ook bevatte het convenant bepalingen over informatieverstrekking aan de centrale cliëntenraad en de adviesbevoegdheid van de centrale cliëntenraad, en over een verzwaard adviesrecht van de centrale cliëntenraad (dit verzwaarde adviesrecht was een instemmingsrecht over onder meer 'de vaststelling of wijziging van dit Convenant' en 'de vaststelling of wijziging van (...) voor cliënten geldende regelingen'). Sinds de tweede helft van 2008 was de verhouding tussen de centrale cliëntenraad en het bestuur van Stichting Zorgcentra De Betuwe niet goed. Het bestuur heeft het overleg met de centrale cliëntenraad in april 2009 opgeschort. Toen de centrale cliëntenraad hierover in mei 2009 contact zocht met de raad van toezicht gaf de raad in juni 2009 aan 'dat hij het de verantwoordelijkheid van de RvB en de CCR acht om tot de gewenste hernieuwde samenwerking te komen en dat hij "vooralsnog geen nut en noodzaak (ziet) om separaat hierover met (de CCR) in gesprek te gaan"'. In augustus 2009 heeft het bestuur de centrale cliëntenraad bericht dat het vanwege de opschorting van het overleg een adviesvraag over samenwerking met een derde-partij niet aan de centrale cliëntenraad maar aan de lokale cliëntenraden voorlegde. In november 2010 drong de centrale cliëntenraad er bij de raad van toezicht op aan op korte termijn op te treden. Inmiddels was ook een mediationtraject op gang gekomen. De raad van toezicht berichtte de centrale cliëntenraad in december 2009 in reactie op dit aandringen dat hij niet verder op dat verzoek wilde antwoorden omdat zo'n reactie 'zich op dit moment niet verhoudt tot het ingezette mediationtraject'. Na het mislukken van het mediationtraject heeft de raad van toezicht de centrale cliëntenraad in januari 2010 bericht dat hij het verzoek van de centrale cliëntenraad zou bespreken en in februari 2010 de centrale

cliëntenraad uitgenodigd voor een gesprek. Dit gesprek vond in maart 2010 plaats. Na afloop overhandigde de raad van toezicht de centrale cliëntenraad een brief die was ondertekend door de voorzitter van de raad van toezicht en de bestuurder. In de brief werd hernieuwde mediation voorgesteld; 'Daaraan is toegevoegd dat de RvT geen aanleiding ziet tot het treffen van andere maatregelen'. Al voor dit gesprek had de centrale cliëntenraad een enquêteverzoek ingediend bij de Ondernemingskamer. De centrale cliëntenraad verzocht de Ondernemingskamer een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken van Stichting Zorgcentra De Betuwe en onmiddellijke voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer heeft dit verzoek in haar beschikking van 29 april 2010 toegewezen.[179] Stichting Zorgcentra De Betuwe voerde een aantal argumenten aan waarom de cliëntenraad niet ontvankelijk was in zijn verzoek. Die argumenten en de beoordeling daarvan door de Ondernemingskamer waren:

- de centrale cliëntenraad is geen representatieve cliëntenraad in de zin van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (en het convenant) omdat:

(a) één van haar leden is benoemd als 'waarnemend lid' en het convenant de status van waarnemend lid niet kent:

> De Ondernemingskamer overweegt dat de CCR is ingesteld op grond van het Convenant. De (huidige) leden zijn afgevaardigd door locale cliëntenraden, als voorzien in […] het Convenant. Dat één cliëntenraad (die van Zorgcentrum Oranjehof te Buren) een 'waarnemend lid' […] heeft afgevaardigd, terwijl het Convenant geen 'waarnemend lid' kent, kan naar het oordeel van de Ondernemingskamer – volgens een redelijke uitleg van het Convenant – niet meebrengen dat deze afgevaardigde niet rechtsgeldig deel uitmaakt van de CCR; deze afgevaardigde moet voor de toepassing van het Convenant dan ook als 'lid' worden beschouwd (rechtsoverweging 3.3).

(b) twee lokale cliëntenraden niet zijn vertegenwoordigd in de centrale clientenraad:

> Twee locale cliëntenraden (die van Zorgcentrum De Kulenburg te Culemborg en die van Zorgcentrum De Valentijn te Maurik) hebben er, om hen moverende redenen, tijdelijk van afgezien om een lid in de CCR te benoemen. Niet valt in te zien dat dit afdoet aan de legitimiteit

[179] OK 29 april 2010, *JAR* 2010/141, *JOR* 2010/187 (de centrale cliëntenraad van Stichting Zorgcentra De Betuwe *tegen* Stichting Zorgcentra De Betuwe). Vergelijk R. Goodijk, *Falend toezicht in semipublieke organisaties? Zoeken naar verklaringen*, Assen: Van Gorcum 2013, p. 35-36.

van de CCR, ook al bestaat hij daarmee – tijdelijk – uit minder dan het voorgeschreven aantal leden (rechtsoverweging 3.3).

(c) de zittingsperiode van de overige vier andere leden van de centrale cliëntenraad is verlopen:

De Ondernemingskamer behoeft de in dit verband aangevoerde argumenten niet te beoordelen reeds omdat, daargelaten de vraag of het aan ZDB is om de rechtsgeldigheid van de afvaardiging van de locale cliëntenraden in de CCR te beoordelen, zij (ZDB) de desbetreffende leden van de CCR steeds als overlegpartners heeft beschouwd en als zodanig heeft aangesproken (rechtsoverweging 3.4).

(d) de centrale cliëntenraad geen voorzitter en geen secretaris-penningmeester heeft zodat hij niet in rechte kan worden vertegenwoordigd:

Ook het betoog dat de CCR geen voorzitter en secretaris heeft en daarom niet in rechte vertegenwoordigd kan worden, gaat niet op. Niet in geschil is dat de CCR unaniem heeft besloten tot indiening van het onderhavige verzoek (rechtsoverweging 3.5).

- het enquêterecht van een cliëntenraad is niet bedoeld om naleving van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen (en het convenant) af te dwingen:

Wat er ook zij van de mogelijkheden om de door de CCR bestreden besluiten te kunnen voorleggen aan de Commissie van Vertrouwenslieden en van het toezicht door de Inspectie voor de Gezondheidszorg op de kwaliteit van de door ZDB geboden zorg, dat laat onverlet dat een verzoek als het onderhavige, dat op het enquêterecht is gestoeld, dient te worden beoordeeld naar de vraag of sprake is van gegronde redenen tot twijfel aan een juist beleid die nopen tot een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon (rechtsoverweging 3.7).

Vervolgens gaf de Ondernemingskamer haar inhoudelijke oordeel:

Te dien aanzien moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat, naar de CCR met recht naar voren heeft gebracht, in de afgelopen periode bij ZDB een aantal uit het oogpunt van – locatieoverstijgende – medezeggenschap belangrijke besluiten aan de orde is geweest, waaronder in elk geval: de vaststelling van de jaarrekening 2008, de samenwerking met de [derde-partij], de vaststelling van de begroting 2010, de vaststelling van de cliëntgebonden tarieven 2010 en de evaluatie en herziening van het Convenant. Ten aanzien van deze beslissingen is

door ZDB aan de CCR niet de gelegenheid geboden het in de WMCZ althans het Convenant voorgeschreven (en voor zover van toepassing: verzwaarde) adviesrecht uit te oefenen. Voor zover de CCR op eigen initiatief informatie heeft gevraagd omtrent deze onderwerpen is aan die verzoeken door (de RvB van) ZDB niet of slechts beperkt voldaan. Voor zover de CCR op eigen initiatief terzake advies heeft uitgebracht is niet overeenkomstig dat advies besloten. In die gevallen is voorts niet onder opgave van redenen medegedeeld dat de RvB van het advies is afgeweken. Daarmee heeft de RvB het bepaalde in […] het Convenant niet nageleefd. Deze handelwijze roept klemmende vragen op. De RvB heeft zich er weliswaar op beroepen dat hij op 22 april 2009, tijdens de laatste overlegvergadering van partijen, onder de constatering dat 'er een onwerkbare en niet constructieve situatie bestaat', het inhoudelijk overleg met de CCR tot nader order heeft opgeschort, maar dat vormt naar het oordeel van de Ondernemingskamer geen, althans onvoldoende rechtvaardiging voor de in de vorige overweging weergegeven gang van zaken (rechtsoverweging 4.2-4.4, nummering van de rechtsoverwegingen weggelaten),

De CCR heeft kort na het opschorten van het overleg door de RvB bij brief van 11 mei 2009 de RvT benaderd met het verzoek om een gesprek op korte termijn en aangedrongen op een tijdelijke voorziening om het medezeggenschapsoverleg te kunnen voortzetten. De RvT is hier niet op ingegaan en heeft het aan de RvB en de CCR overgelaten om tot herstel van hun relatie te komen. De RvT heeft hierin volhard, ook toen de mediation slechts zeer traag van de grond bleek te komen en de CCR bij brief van 16 november 2009 nogmaals om ingrijpen had verzocht. […] Eerst op 13 januari 2010 heeft de RvT de CCR bericht dat men inhoudelijk op de brief van 16 november 2009 zou ingaan en vervolgens heeft het nog meer dan een maand geduurd voordat de RvT de CCR heeft uitgenodigd voor een gesprek. Deze zeer terughoudende opstelling van de RvT, in een situatie waarin haar uitdrukkelijk werd verzocht om in de tussen de CCR en de RvB ontstane patstelling te bemiddelen dan wel andere maatregelen te nemen om het herstel van de medezeggenschap, al was het maar op voorlopige basis, te bevorderen, roept vragen op. In de onderhavige procedure is geen bevredigend antwoord op die vragen gekomen. De vermelding in de […] aangehaalde brief, dat herstel van de samenwerking de verantwoordelijkheid van de RvB en de CCR is, volstaat daartoe niet, evenmin als de bij monde van de voorzitter van de RvT ter terechtzitting gedane mededeling dat de RvT over de ontstane problemen voortdurend geïnformeerd werd door de RvB (rechtsoverweging 4.6),

met als conclusie:

Het vorenstaande, in het bijzonder het eenzijdig en voor onbepaalde tijd opschorten van de medezeggenschap en het informatierecht van de CCR door de RvB, de mede daardoor ontstane patstelling tussen de RvB en de CCR, alsook de ogenschijnlijke inactiviteit van de RvT dienaangaande, levert naar het oordeel van de Ondernemingskamer gegronde redenen op voor twijfel aan een juist beleid van ZDB (rechtsoverweging 4.7).

case study no. 14: Ondernemingskamer 19 april 2013: *Stichting Ilmarinen*

[**111**] Stichting Ilmarinen gaf zorg aan kinderen en volwassenen met een ernstige verstandelijke en/of meervoudige handicap. Zij hield een logeerhuis, een kinderdagcentrum, werkplaatsen voor (jong)volwassenen en woonhuizen in stand voor in totaal 67 personen. Bij Stichting Ilmarinen waren ongeveer 100 medewerkers werkzaam; zij had een bestuur dat uit twee personen bestond en een raad van toezicht die uit zes personen bestond. Zij had op grond van de Wet medezeggenschap cliënten zorginstellingen een cliëntenraad ingesteld. De relatie tussen Stichting Ilmarinen en de cliëntenraad was verder vormgegeven in een samenwerkingsovereenkomst. Daarnaast was er voor de cliëntenraad een huishoudelijk reglement dat onder meer bepaalde dat de leden van de cliëntenraad werden benoemd door Stichting Ilmarinen; daarbij was het streven dat uit iedere 'kernactiviteit' van Stichting Ilmarinen (kinderdagcentrum, werkplaatsen en woonfunctie) twee vertegenwoordigers deel zouden uitmaken van de cliëntenraad. In 2011 liep het aantal personen die een beroep deden op door Stichting Ilmarinen verleende zorg af waardoor haar inkomsten terugliepen. In dat jaar heeft Stichting Ilmarinen ongeveer € 485.000 verlies geleden. In februari 2012 heeft de cliëntenraad tegenover de raad van toezicht aangegeven dat de clientenraad van mening was dat hij van het bestuur onvoldoende informatie ontving om adequaat te kunnen functioneren. De cliëntenraad wees concreet op de informatieverstrekking over de resultaten van een onderzoeksrapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg naar het medicatiebeleid van Stichting Ilmarinen, de begroting van Stichting Ilmarinen voor 2012, de resultaten van een cliënttevredenheidsonderzoek en bezwaren van het bestuur tegen door de cliëntenraad voorgedragen nieuwe leden. In maart 2012 heeft de raad van toezicht de cliëntenraad bericht dat de cliëntenraad vooral zelf met het bestuur moest spreken over zijn bezwaren. In mei 2012 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de cliëntenraad, het bestuur en een lid van de raad van toezicht. Tijdens dat gesprek kwam naar voren dat het bestuur, daarin gesteund door de raad van toezicht, de samenwerkingsovereenkomst met de cliëntenraad wilde opzeggen omdat er 'geen chemie' was tussen het bestuur en de cliëntenraad, gedurende de opzegtermijn van de samenwerkingsovereenkomst niet meer met de cliëntenraad zou overleggen, en een nieuwe cliëntenraad zou samenstellen. De opzegging van de samenwer-

kingsovereenkomst heeft die maand plaatsgevonden. In september en oktober heeft het bestuur de eerste stappen gezet om te komen tot een nieuwe cliëntenraad (een informatieavond voor cliëntverwanten en een einddatum voor kandidaatstelling). In oktober 2012 heeft de cliëntenraad de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te gelasten naar het beleid en gang van zaken van Stichting Ilmarinen en onmiddellijke voorzieningen te treffen. De Ondernemingskamer heeft dit verzoek in haar beschikking van 19 april 2013 afgewezen.[180] De Ondernemingskamer overwoog achtereenvolgens:

> 3.6. Ilmarinen heeft bevestigd dat haar financiële situatie zorgwekkend is. Het enkele feit dat zij in 2011 verlieslijdend was en er voor 2012 een tekort is begroot, vormt echter nog geen gegronde reden om te twijfelen aan een juist beleid. Zij heeft toegelicht dat zij voor haar inkomsten grotendeels afhankelijk is van toekenning van gelden door een zorgverzekeraar. Naar verwachting van Ilmarinen zullen haar inkomsten als gevolg van het politieke zorgbeleid de komende jaren verder afnemen. Om die ontwikkeling het hoofd te bieden heeft het bestuur […] eind 2011 maatregelen aangekondigd ter verhoging van inkomsten en verlaging van uitgaven. Daarnaast heeft het bestuur in 2012 met het oog op beperking van het tekort een drietal aanvullende maatregelen voorbereid. […]
> 3.7. Gelet op het voorgaande heeft de cliëntenraad naar het oordeel van de Ondernemingskamer onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het bestuur niet met het vereiste gevoel voor urgentie heeft geopereerd,
>
> 3.9. Sinds begin 2012 is de verhouding tussen de cliëntenraad en het bestuur in toenemende mate verstoord geraakt. Aan de cliëntenraad moet worden toegegeven dat de informatieverstrekking door het bestuur ondermaats is geweest. Het bestuur heeft erkend dat het in een aantal gevallen informatie laat aan de cliëntenraad heeft verstrekt.
> 3.10. Specifiek ten aanzien van de begroting 2012 merkt de Ondernemingskamer daarover het volgende op. Terwijl het bestuur in december 2011 de begroting voor 2012 heeft opgesteld en naar de raad van toezicht heeft gezonden, heeft de cliëntenraad die begroting (inclusief de gevraagde toelichting op de personeelskosten) schriftelijk eerst op 29 februari 2012 van het bestuur ontvangen, pas nadat de cliëntenraad over het uitblijven hiervan bij de raad van toezicht had geklaagd […]. […]
> 3.11. Ook de (concept-)jaarrekening 2011 is niet tijdig aan de cliëntenraad verstrekt. De cliëntenraad heeft via de website van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport eerst in juni 2012, na

[180] OK 19 april 2013, *JOR* 2013/206 (de cliëntenraad van de Stichting Ilmarinen *tegen* Stichting Ilmarinen).

vaststelling van de jaarrekening 2011, over die jaarrekening kunnen beschikken. […]
3.12. Het IGZ-rapport terzake van het medicatiebeleid bij Ilmarinen was in augustus 2011 beschikbaar. Op 11 november 2011 heeft het bestuur dit rapport aan de cliëntenraad – na diens verzoek daartoe eind oktober 2011 – verstrekt. Het bestuur had het IGZ-rapport en informatie over de gevolgen daarvan voor Ilmarinen evenwel eerder met de cliëntenraad moeten delen […]. […]
3.13. Met betrekking tot het cliënttevredenheidsonderzoek mocht de cliëntenraad verwachten dat hij afzonderlijk over de resultaten zou worden geïnformeerd, in aanmerking genomen dat hij nauw betrokken is geweest bij de voorbereiding van het onderzoek, dit onderwerp is besproken in de overlegvergadering van 17 december 2011 en het bestuur daarin aankondigde dat in januari 2012 de resultaten van dat onderzoek zouden worden verwacht […]. Dat – zoals Ilmarinen stelt – pas in maart 2012 een digitaal exemplaar van het [rapport] beschikbaar was, vormt geen rechtvaardiging om de cliëntenraad niet al eerder afzonderlijk te informeren over de resultaten van het onderzoek. […]
3.14. Uit het voorafgaande volgt dat het bestuur van Ilmarinen onvoldoende oog heeft gehad voor de wettelijke bevoegdheden van de clientenraad en diens taak de gemeenschappelijke belangen van cliënten te behartigen. Het bestuur dient met het oog op de uitoefening daarvan de cliëntenraad tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die hij voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft. Verstrekking van die informatie dient – anders dan Ilmarinen kennelijk veronderstelt – niet (steeds) af te hangen van verzoeken van de cliëntenraad daartoe. […] De Ondernemingskamer overweegt dat het in beginsel aan de cliëntenraad is, en niet aan het bestuur, om te bepalen welke informatie de cliëntenraad nodig heeft voor de vervulling van zijn taak,

3.17. De houding van de raad van toezicht ten aanzien van de steeds diepere kloof tussen bestuur en cliëntenraad roept eveneens vragen op. […],

en:

3.22. Hetgeen de Ondernemingskamer hiervoor in 3.9 tot en met 3.17 heeft overwogen, levert op een aantal onderdelen wel gegronde redenen op om aan een juist beleid te twijfelen. Niettemin acht de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Ilmarinen niet op haar plaats. Zij overweegt daartoe als volgt.

3.23. Allereerst gaat de Ondernemingskamer ervan uit, dat deze beschikking op een aantal door de cliëntenraad aan de orde gestelde punten klaarheid schept en in zoverre onderzoek niet meer nodig is. […]
3.24. Op grond hiervan acht de Ondernemingskamer aldus – na afweging van alle bij Ilmarinen en het door haar in stand gehouden zorgcentrum betrokken belangen, waaronder haar financiële positie – een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Ilmarinen niet geraden, en zal zij het daarop gerichte verzoek van de cliëntenraad afwijzen. Bij die stand van zaken dient eveneens het verzoek tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen te worden afgewezen.

Bijlage 1: uit de Governancecode woningcorporaties 2015: bijlage 3: corporaties met de verenigingsvorm[181]

Een aantal woningcorporaties kent de verenigingsvorm. Daarvoor is het noodzakelijk dat enkele bepalingen uit de code anders worden ingevuld.

- De Herzieningswet bepaalt dat bij corporaties met verenigingsstructuur (zowel bij tweelagenstructuur als bij drielagenstructuur) de RvC wordt benoemd door de RvC. De Herzieningswet biedt geen mogelijkheid meer dat de leden van RvC worden benoemd door de Algemene Vergadering van leden (ALV), c.q. Raad van Afgevaardigden of ledenraad indien die de ALV vormt. Een RvA is geen apart orgaan, maar een 'invulling' van de ALV. De ALV kan namelijk worden gevormd door de gezamenlijke leden of door een RvA of ledenraad die door en uit de leden wordt gekozen.

- De Herzieningswet bepaalt dat bestuurders worden benoemd, geschorst en ontslagen door de RvC. Die bevoegdheid kan volgens de Herzieningswet niet meer aan de ALV worden verleend. Tot de inwerkingtreding van de Herzieningswet kan de bevoegdheid tot benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders van de vereniging bij de Algemene Vergadering liggen. De bevoegdheid tot vaststelling van het bezoldigingsbeleid kan bij de vereniging berusten bij de Algemene Vergadering. Gelet op het feit dat de benoemingsbevoegdheid bij de ALV is weggehaald is het niet logisch de ALV deze bevoegdheid toe te kennen. Wij adviseren dan ook het bezoldigingsbeleid bij de RvC onder te brengen. De minister heeft met de WNT een kader gesteld voor het bezoldigingsbeleid, waarbinnen de RvC dient te blijven.

- Voor het vaststellen van de jaarrekening geeft de Herzieningswet in artikel 35.3 een regeling: deze wordt vastgesteld door de Algemene Vergadering tenzij de statuten de RvC aanwijzen.

- Bij verenigingen is de ALV bevoegd tot statutenwijziging. De rol van het bestuur daarbij is wel nader ingevuld door de Herzieningswet: het bestuur doet een voorstel tot statutenwijziging aan de ALV, en de ALV neemt daar vervolgens een besluit over. Het besluit van het bestuur om een voorstel tot statutenwijziging te doen, is onderworpen aan goedkeuring door de RvC.

[181] Voetnoten weggelaten.

Bijlage 2: de bijlagen bij de WNT

Stand van zaken volgens de Aanpassingswet WNT, ontleend aan <www.topinkomens.nl>, voetnoot weggelaten:

Bijlage 1 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel d, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semi-publieke sector.
[het zwaarste bezoldigingsregime (regime 1: een bezoldigingsmaximum in paragraaf 2 van de wet en een openbaarmakingsverplichting in paragraaf 4 van de wet):]

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
1. De krachtens artikel 70, eerste lid, van de Woningwet toegelaten rechtspersonen.
2. De Stichting Centrum voor Arbeidsverhoudingen Overheidspersoneel te Den Haag.
3. De Stichting Huis voor democratie en rechtsstaat te Den Haag.
4. De Oorlogsgravenstichting te Den Haag.
5. De Stichting Europa Decentraal, Kenniscentrum Europees Recht en Beleid voor decentrale overheden te Den Haag.
6. De Vereniging Nederlandse Woonbond te Amsterdam.
7. De Stichting A+O Fonds Rijk te Den Haag.
8. De Stichting Verbond Sectorwerkgevers Overheid (VSO) te Den Haag.
9. De Stichting Bouwkwaliteit te Rijswijk.
10. De Stichting Platform 31 te Den Haag.
11. De Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen te Zoetermeer.
12. De Stichting Waarborgfonds Sociale Woningbouw te Hilversum.

Ministerie van Infrastructuur en Milieu
1. De drinkwaterbedrijven, bedoeld in artikel 1 van de Drinkwaterwet.
2. De stichting, bedoeld in de artikelen 6.5b van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, 20.14 van de Wet milieubeheer en 8.5 van de Wet ruimtelijke ordening.

Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
1. De privaatrechtelijke en openbare rechtspersonen die scholen als bedoeld in de artikelen 1 en 185 van de Wet op het primair onderwijs in stand houden, alsmede de openbare scholen, bedoeld in artikel 1 van de Wet op het primair onderwijs, die anders dan door een privaatrechtelijke of openbare rechtspersoon in stand worden gehouden, behoudens de privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens is toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.

2. De rechtspersoon, bedoeld in artikel 68 van de Wet op het primair onderwijs.
3. De erkende regionale verwijzingscommissies, bedoeld in artikel 24 van de Wet op het primair onderwijs.
4. De privaatrechtelijke en openbare rechtspersonen die scholen als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de expertisecentra in stand houden, alsmede de openbare scholen, bedoeld in dat artikel, die anders dan door een privaatrechtelijke of openbare rechtspersoon in stand worden gehouden, behoudens de privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens is toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.
5. De regionale expertisecentra, bedoeld in artikel 28b van de Wet op de expertisecentra.
6. De rechtspersoon, bedoeld in artikel 69 van de Wet op de expertisecentra.
7. De rechtspersonen die scholen als bedoeld in artikel 1 van de Wet op het voortgezet onderwijs in stand houden, alsmede de openbare scholen, bedoeld in dat artikel, die anders dan door een privaatrechtelijke of openbare rechtspersoon in stand worden gehouden, behoudens de privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens is toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.
8. De erkende regionale verwijzingscommissies, bedoeld in artikel 10g, tweede lid, van de Wet op het voortgezet onderwijs.
9. De rechtspersonen, bedoeld in artikel 53b van de Wet op het voortgezet onderwijs.
10. Het Instituut voor Leerplanontwikkeling (SLO) te Enschede.
11. Het Instituut voor Toetsontwikkeling (CITO) te Arnhem.
12. De Stichting Centrum voor Innovatie van Opleidingen (CINOP) te ’s-Hertogenbosch.
13. De Stichting Expertisecentrum Beroepsonderwijs (ECBO) te ’s-Hertogenbosch.
14. De instellingen, bedoeld in de artikelen 1.1.1, onderdeel b, onder 1° en 2°, 12.3.8 en 12.3.9 van de Wet educatie en beroepsonderwijs, behoudens de privaatrechtelijke rechtspersoon die tevens is toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.
15. De kenniscentra beroepsonderwijs bedrijfsleven, bedoeld in artikel 1.1.1, onderdeel b1, van de Wet educatie en beroepsonderwijs, met uitzondering van het kenniscentrum beroepsonderwijs bedrijfsleven op het gebied van landbouw en de natuurlijke omgeving.
16. De rechtspersonen, bedoeld in de artikelen 2.8.1 en 7.4.7 van de Wet educatie en beroepsonderwijs.
17. De instellingen, bedoeld in artikel 1.2, onderdeel a, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek, behoudens de instellingen waarvoor Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie verantwoordelijk is.
18. De landelijke publieke media-instellingen, NPO en de Ster, bedoeld in artikel 1.1 van de Mediawet 2008, met uitzondering van de kerkgenoot-

schappen en genootschappen op geestelijke grondslag, bedoeld in artikel 2.42 van de Mediawet 2008, doch met inbegrip van door deze genootschappen opgerichte rechtspersonen als bedoeld in artikel 2.49, derde lid, van de Mediawet 2008.
19. De instellingen, bedoeld in artikel 2.146, onderdelen i en j, van de Mediawet 2008.
20. De instellingen die een vierjaarlijkse instellingssubsidie ontvangen krachtens artikel 4a van de Wet op het specifiek cultuurbeleid.
21. Stichting Dedicon te Grave.
22. De Stichting Surf te Utrecht.
23. De Nederlands-Vlaamse Accreditatieorganisatie (NVAO) te Den Haag.
24. De Stichting Nederlandse organisatie voor internationale samenwerking in het hoger onderwijs (NUFFIC) te Den Haag.
25. De Stichting Platform Bèta en Techniek te Den Haag.
26. De Stichting Kennisnet te Zoetermeer.

Ministerie van Economische Zaken
1. De instellingen, bedoeld in artikel 1.1.1, onderdeel b, onder 3°, van de Wet educatie en beroepsonderwijs.
2. Het kenniscentrum beroepsonderwijs bedrijfsleven, bedoeld in artikel 1.1.1, onderdeel b1, van de Wet educatie en beroepsonderwijs op het gebied van de landbouw en de natuurlijke omgeving.
3. De instellingen, bedoeld in artikel 1.2, onderdeel a, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek waarvoor Onze Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie verantwoordelijk is.
4. De Stichting Dienst Landbouwkundig Onderzoek te Wageningen.
5. De netbeheerders, bedoeld in artikel 1, onderdeel k, van de Elektriciteitswet 1998, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk hoogspanningsnet, bedoeld in artikel 1, onderdeel j, van de Elektriciteitswet 1998.
6. De netbeheerders, bedoeld in artikel 1, onderdeel e, van de Gaswet, met uitzondering van de netbeheerder van het landelijk gastransportnet, bedoeld in artikel 1, onderdeel n, van de Gaswet.
7. De Stichting Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieprodukten, bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de Wet voorraadvorming aardolieproducten 2001.

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
1. De stichtingen die een bureau jeugdzorg in stand houden, bedoeld in artikel 4, eerste lid, van de Wet op de jeugdzorg.
2. De in Nederland gevestigde rechtspersoonlijkheid bezittende zorgaanbieders, bedoeld in artikel 18, eerste lid, van de Wet op de jeugdzorg behoudens de instellingen die tevens zijn toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.

3. De rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid, bedoeld in artikel 41, derde lid, van de Wet op de jeugdzorg die de steunfunctie, bedoeld in artikel 1, van de Wet op de jeugdzorg, uitvoeren behoudens de instellingen die tevens zijn toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.
4. De rechtspersonen met volledige rechtsbevoegdheid met volledige rechtsbevoegdheid, bedoeld in artikel 41, vierde lid, van de Wet op de jeugdzorg die de vertrouwenspersoon, bedoeld in artikel 1, van de Wet op de jeugdzorg, beschikbaar stellen behoudens de instellingen die tevens zijn toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.
5. De instellingen die zijn aangewezen op grond van artikel 104, eerste en tweede lid, van de Wet op de jeugdzorg, behoudens de instellingen die tevens zijn toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.
6. De stichting Vilans te Utrecht.
7. De stichting Movisie te Utrecht.
8. De stichting Nederlands Jeugdinstituut/NJi te Utrecht.
9. De op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen toegelaten instellingen, waaronder begrepen de academische ziekenhuizen, bedoeld in artikel 1.13, eerste lid, van de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.
10. De rechtspersoon, bedoeld in artikel 3 van de Wet inzake bloedvoorziening.
11. De Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie te Utrecht.
12. Het Landelijk Platform GGz te Utrecht.
13. De Stichting LOC, Zeggenschap in zorg te Utrecht.
14. De Stichting PGOsupport te Utrecht.
15. De Chronisch zieken en Gehandicapten Raad Nederland te Utrecht.
16. De Stichting Platform VG te Utrecht.

Ministerie van Veiligheid en Justitie
1. De in Nederland gevestigde particuliere justitiële jeugdinrichtingen die zijn aangewezen krachtens artikel 3b, eerste lid, van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, behoudens de inrichtingen die onderdeel uitmaken van een rechtspersoonlijkheid bezittende zorgaanbieder als bedoeld in artikel 18, eerste lid, van de Wet op de jeugdzorg.
2. De rechtspersoon die is aangewezen krachtens artikel 7, eerste lid, van de Wet Justitie-subsidies.
3. De rechtspersoon, bedoeld in artikel 48n, eerste lid, van de Wet Justitie-subsidies.
4. De reclasseringsinstellingen die zijn aangewezen krachtens de in artikel 14d, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht bedoelde algemene maatregel van bestuur, behoudens behoudens de instellingen die tevens zijn toegelaten op grond van artikel 5 van de Wet toelating zorginstellingen.

5. Een samenwerkingsverband van reclasseringsinstellingen, bedoeld in artikel 48e, eerste lid, van de Wet Justitie-subsidies.
6. De voorziening, bedoeld in artikel 7, tweede lid, van de Wet op de rechtsbijstand.
7. De Stichting Donorgegevens kunstmatige bevruchting, bedoeld in artikel 1, eerste lid, onderdeel b, van de Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting.
8. De rechtspersoon die is aanvaard krachtens de artikelen 254, tweede lid, en 302, tweede lid, van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

Ministerie van Buitenlandse Zaken
1. In Nederland gevestigde rechtspersonen die een subsidie ontvangen krachtens de Kaderwet subsidies Ministerie van Buitenlandse Zaken ten behoeve van de integrale kosten van de werkzaamheden van een instelling.
2. In Nederland gevestigde rechtspersonen die een subsidie ontvangen krachtens de Kaderwet subsidies Ministerie van Buitenlandse Zaken die tezamen met een andere vanwege de centrale overheid verstrekte subsidie meer bedraagt dan 50% van de jaarlijkse inkomsten van de rechtspersoon.
3. De Stichting Radio Nederland Wereldomroep, bedoeld in artikel 2.72 van de Mediawet 2008.

Ministerie van Financiën
1. Het Waarborgfonds Motorverkeer, bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.
2. Het informatiecentrum, bedoeld in artikel 27b, eerste lid, van de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen.

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
De Stichting Forum, Instituut voor Multiculturele Vraagstukken te Utrecht.

Bijlage 2 bij artikel 1.3, eerste lid, onderdeel e, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semi-publieke sector.
[bijlage 2: het zwaarste bezoldigingsregime (regime 1: een bezoldigingsmaximum in paragraaf 2 van de wet en een openbaarmakingsverplichting in paragraaf 4 van de wet):]

1. De Vereniging PO-raad te Utrecht.
2. De vereniging VO-raad te Utrecht.
3. De vereniging MBO Raad te Woerden.
4. De Vereniging Hogescholen te Den Haag
5. De Vereniging van Samenwerkende Nederlandse Universiteiten te Den Haag.
6. De Werkgeversvereniging Kenniscentra te Zoetermeer.

Bijlage 3 bij artikel 1.4, eerste lid, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.
[het middelste bezoldigingsregime (regime 2: een sectorale bezoldigingsnorm in paragraaf 3 van de wet en een openbaarmakingsverplichting in paragraaf 4van de wet):]

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
De zorgverzekeraars die zich overeenkomstig artikel 25 van de Zorgverzekeringswet of artikel 33 van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten als zodanig hebben aangemeld.

Bijlage 4 bij artikel 1.5, eerste lid, van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector.
[bijlage 4: het lichtste bezoldigingsregime (regime 3: alleen een openbaarmakingsverplichting in paragraaf 4 van de wet):]

Ministerie van Infrastructuur en Milieu
1. De krachtens de artikelen 15a, tweede lid, en 15b, eerste lid, van de Scheepvaartverkeerswet aangewezen organisatie.

INDEX

aansprakelijkheid
algemeen: no. 84
bestuurders (art. 2:9 BW): nos 87, 88, 94, 95, 96, 98, 99-102
bestuurders (art. 2:138/248 BW): nos 88, 98
bestuurders (art. 6:162 BW): nos 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 98, 99-102
commissarissen (art. 2:9 BW): nos 87, 88, 98
commissarissen (art. 2:138/248 BW): nos 88, 98
commissarissen (art. 6:162 BW): nos 87, 88, 89, 95, 97, 98
adviesrecht
algemeen: no. 103
ondernemingsraad: nos 104, 105, 106, 107, 108
pensioenfondsen: no. 42
volkshuisvesting: no. 10
zorginstellingen: no. 13
ambtelijk voorontwerp *bestuur en toezicht rechtspersonen*: nos 9, 88

belanghebbendenorgaan: nos 33, 37, 39, 41, 42, 43
bestuur en toezicht
algemeen: nos 7, 8, 9
pensioenfondsen: nos 33, 35, 36, 38, 39
bestuursmodellen (dualistisch en monistisch)
algemeen: nos 7, 8, 9, 15
structuurregeling: nos 26, 27, 29
bestuursorgaan: no. 50
bewonerscommissie: no. 10
bezoldigingsregimes
bezoldigingsmaximum: nos 44, 47, 49, 50, 56, 57, 58, 59, 60, 70
openbaarmakingsverplichting: nos 44, 47, 52, 56, 57, 70
sectorale bezoldigingsnorm: nos 44, 47, 51, 56, 57, 58, 59, 61, 70

cliëntenraad: nos 13, 14, 110, 111
commissie Behoorlijk Bestuur (commissie Halsema): nos 2, 3
commissie Dijkstal: nos 2, 44, 46, 50, 53, 54, 60

decharge (kwijting): nos 85, 87, 88, 95, 96

enquêterecht
algemeen: nos 2, 22, 109
pensioenfondsen: no. 43
zorginstellingen: nos 13, 14, 110, 111

Fundis-uitspraak: no. 108

huurdersorganisatie: nos 10, 12

Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen-uitspraak: no. 104

NCRV-uitspraak: no. 106
Nederlandse Rode Kruis-uitspraak: no. 94
Nederlandse Vereniging Bestuurders Woning Corporaties- en Vereniging van Toezichthouders in Woningcorporaties-uitspraak: no. 83
NVZD-uitspraak: no. 82

Peeters/Gatzen-vordering: nos 86, 88, 102

rapport *Landelijk verenigd* (SCP): no. 4
rapport *Maatschappelijke organisaties in beeld* (SCP): no. 4
rapport *Van tweeluik naar driehoeken* (WRR): no. 3
rapport *Verenigd in verandering* (SCP): no. 4
rechtspersoon met een wettelijke taak: nos 2, 5, 44, 46, 53, 54, 55, 57

stichting (algemeen): nos 6, 8, 9
Stichting Cordaid-uitspraak: no. 107
Stichting Daidalos-uitspraak: nos 99-102
Stichting De Wieden-uitspraak: no. 98
Stichting Ilmarinen-uitspraak: no. 111
Stichting Woonfriesland-uitspraak: no. 12
Stichting Zorgcentra De Betuwe-uitspraak: no. 110

taakvervulling (wijze van)
bestuurders: nos 9, 11, 14, 15, 40
commissarissen: nos 9, 11, 14, 15, 40
topfunctionaris
algemeen: nos 44, 57, 70, 74
leden van toezichthoudende organen: nos 44, 47, 58, 65, 66, 74

verantwoordingsorgaan: nos 33, 37, 39, 41, 42, 43
vereniging (algemeen): nos 6, 8, 9
Vereniging Veilig Verkeer Nederland-uitspraak: no. 105

Woningstichting Servatius-uitspraak: nos 95-97

zelfstandig bestuursorgaan: nos 46, 55, 57, 69